

BOZZA PROVVISORIA NON CORRETTA

“Laceratevi il cuore e non le vesti”
Gioele, 2,12

PIERO GAETA¹

IN TEMA DI PROVA DICHIARATIVA: APPUNTI SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO E SUOI RIFLESSI SUL SISTEMA ITALIANO.

SOMMARIO: SEZIONE I^A: LA GIURISPRUDENZA EUROPEA SULLA PROVA DICHIARATIVA. § 1. – Premessa: i limiti della “missione della Corte europea”. § 2. – Il principio: il diritto di interrogare il dichiarante in contraddittorio. § 3. – Gli effetti del principio del contraddittorio *‘au moment de la déposition ou plus tard’*. § 4. – L’eccezione al principio: l’inosservanza del diritto al confronto. § 5. – Le applicazioni dell’eccezione: la giurisprudenza europea sul dichiarante “assente” dal contraddittorio. - SEZIONE II^A: IL SISTEMA ITALIANO. § 6. - Due fenomeni complementari (ed inquietanti): la prova dichiarativa tra indebiti ampliamenti e “recuperi” dibattimentali. § 7. - Corte costituzionale ed irripetibilità sopravvenuta. § 8. - I tentativi di una interpretazione “convenzionalmente conforme” dell’impossibilità sopravvenuta: a) la giurisprudenza di merito (C. Assise S. Maria Capua Vetere, 3 agosto 2005, A.ed altri). § 9 *Segue*. b) la giurisprudenza di legittimità: la sentenza Poltronieri (Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331) § 10. - *Segue*: c) la sentenza Marinkovic (Cass., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44158).

1. – Premessa: i limiti della “missione della Corte europea”.

Una schematizzazione dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo in tema di prova dichiarativa non può che muovere dall’affermazione ripetuta dalla Corte, come un vero *refrain*, pressoché in ogni pronuncia che abbia ad oggetto tale tema: e cioè che «non compete alla Corte pronunciarsi, per principio, sull’apprezzamento (da parte dei giudici nazionali) della colpevolezza del ricorrente né sul valore probante delle deposizioni testimoniali delle parti» nel giudizio nazionale (da ultimo *Osmanagaoglu c. Turquie* n. 12769/02, 21 luglio 2009). La Corte (v. di recente, tra le molte, *Taxquet c. Belgique*, n. 926/05, 13 gennaio 2009, § 57) si preoccupa di “difendere” essa stessa la prerogativa dei giudici nazionali, affermando chiaramente che spetta ad essi, sulla base delle regole del diritto interno, apprezzare tanto i profili relativi all’ammissibilità della prova dichiarativa, quanto gli elementi di colpevolezza suo tramite raccolti. Salvo il caso di procedura palesemente arbitraria, la Corte non è competente «per sostituire la propria interpretazione

¹ Magistrato – Assistente di studio presso la Corte costituzionale p.gaeta@cortecostituzionale.it

del diritto o il proprio apprezzamento dei fatti e delle prove a quelli delle giurisdizioni interne» (*Melich Et Beck c. République Tchèque* n. 35450/04, 24 luglio 2008). Essa non può apprezzare gli elementi di fatto che hanno condotto una giurisdizione nazionale ad adottare una certa decisione, piuttosto che un'altra: in caso contrario, la Corte stessa «si erigerebbe a giudice di terza o quarta istanza e misconoscerebbe i limiti della sua missione» (*Kemmache c. France* (n.3), 24 novembre 1994, serie A n. 296-C, § 44).

Dunque – afferma non senza solennità la Corte – «la missione assegnata dalla Convenzione alla Corte non consiste nel pronunciarsi sul punto di sapere se le deposizioni dei testimoni sono state ben ammesse come prove, ma di verificare se la procedura, considerata nel suo insieme, compreso il modo di ammissione (présentation) dei mezzi di prova ha rivestito un carattere equo» (*Taxquet c. Belgique, loc.ult.cit.*; *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, § 50; *De Lorenzo c. Italie*, n. 69264/01, 12 febbraio 2004).

Nondimeno, tale approccio, all'apparenza rispettoso delle giurisdizioni nazionali, si presta almeno a due obiezioni.

La prima è ben formulata da Paolo Tonini ²: una valutazione *d'insieme* della procedura, in termini di *complessiva equità* della procedura – e nell'ambito della quale la Corte spesso tiene conto se una singola violazione sia stata compensata da *altre* garanzie a favore dell'imputato – può davvero essere condotta «senza entrare nel merito della valutazione delle prove nel caso singolo»? (³) La risposta – già in punto di metodo, oltre che di effettiva prassi – è quantomeno dubbia: e difatti, scorrendo la giurisprudenza CEDU di sul tema, si scopre come il Giudice di Strasburgo sia, alla fine, assai attento al contenuto ed al risultato del processo nazionale *nel concreto* (gravità della fattispecie, quadro probatorio generale, entità della pena inflitta, ecc.) e come la disamina, quasi di merito, di tali elementi influisca sul giudizio di *fairness* della procedura.

La seconda obiezione riguarda l'evoluzione dell'ordinamento integrato. Infatti, se le giurisdizioni nazionali superiori arrivano ad affermare, come avvenuto solo qualche giorno fa per il Consiglio di Stato italiano, che «...questa Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della

² P. TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, 7, p.878

³ TONINI, *op. cit.*, p. 881, nt. 13.

Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)⁴; se cioè il “parametro” dell'art. 6, § 3, lett. d) della Convenzione diviene direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale italiano *come se (als ob...)* fosse una norma di diritto comunitario (ed, anzi, lo sarebbe proprio, per la “comunitarizzazione” del diritto convenzionale operata dal Trattato di Lisbona, secondo la sentenza appena citata); insomma, se avviene tutto ciò, è ancora possibile affermare che la giurisprudenza di Strasburgo non “condiziona” direttamente gli ordinamenti nazionali *anche* quanto alle regole di ammissione probatoria? In altri termini: se la norma convenzionale diviene direttamente applicabile, è da credere che l'interpretazione di essa, da parte dell'organo a ciò deputato “per Convenzione”, sia *sostanzialmente* precettiva, esattamente come, formalmente, avviene per la normativa comunitaria rispetto alla Corte di Lussemburgo. Dunque, la “non ingerenza” rispetto alla valutazione processuale dei giudici nazionali è proclamata sulle labbra dalla Corte EDU, ma probabilmente assai poco sentita nel cuore.

2. – Il principio: il diritto di interrogare il dichiarante in contraddittorio

Fatta questa premessa, è possibile verificare i principi. Occorre ovviamente muovere dal dato testuale dell'art. 6, § 3 lett. d della Convenzione: «ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico alle medesime condizioni dei testimoni a carico».

La prima considerazione, di carattere generale (quasi ovvia) è che nel testo dell'art. 6 e nella interpretazione della Corte “testimone” equivale genericamente a “dichiarante”: la definizione contenuta in Convenzione è, cioè, di tale ampiezza da abbracciare tutte le figure di dichiarante del nostro rito penale (vale a dire: coimputato, testimone in senso stretto, informatore, ecc.) Ciò rende - come bene, tra i molti, hanno notato Antonio Balsamo ed Angela Lo Piparo - totalmente irrilevante la qualifica del diritto “interno” e,

⁴ Si tratta della sentenza della IV Sez. (in sede giurisdizionale) del Consiglio di Stato del 19 gennaio 2010, depositata il 2 marzo 2010, Comune di Merano c. Tirelli Massimiliano ed altri, Pres. Cossu; Est. Maruotti, inedita.

persino, la distinzione fondamentale esistente tra qualifica di “teste” e qualifica di “parte”, basilare, invece, tanto per il nostro diritto interno, quanto per la tradizione continentale. La Corte EDU guarda all’aspetto oggettivo del fenomeno della testimonianza: è testimone chiunque abbia rilasciato una dichiarazione, in qualunque fase del procedimento o del processo, che sia valutata o valutabile quale prova per la decisione. Principio, questo, che potrebbe addirittura scandalizzare quanti, come noi, sono invece adusi ad un sistema in cui predomina la frammentazione assolutamente atomistica delle varie figure di dichiaranti e nel quale la distinzione tra dichiarazione concernente “il fatto proprio” e dichiarazione concernente “il fatto altrui” – foriera di molteplici, relevantissimi effetti – è labile, quanto rimessa alla sostanziale discrezionalità dell’organo inquirente prima e di quello giudicante poi.

Tale differente prospettiva potrebbe ingenerare delle “incomprensioni” di notevole portata tra il giudice nazionale ed i giudici di Strasburgo. A questi ultimi - attenti ad evitare un’inammissibilità della prova dichiarativa allorquando essa sia l’unica fonte probatoria in vicende in cui viene in gioco la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali - potrebbe risultare incomprensibile un bilanciamento tra diritto al silenzio e diritto al contraddittorio che, alla fine, sacrifichi quest’ultimo o, quantomeno, le esigenze di un accertamento giurisdizionale effettivo.

Al di là di tali precisazioni, e venendo ad esaminare i principi, si può affermare che, per la giurisprudenza CEDU, esiste in tema di prova dichiarativa un principio fondamentale con alcune eccezioni, sia pure “temperate”, per utilizzare il linguaggio di Paolo Tonini.

Il principio fondamentale è che la prova dichiarativa (al pari di ogni altra prova), per poter essere utilizzata ai fine dell’affermazione della responsabilità penale dell’imputato, deve essere assunta necessariamente in contraddittorio. L’imputato cioè, secondo la prescrizione dell’art. 6, § 3 lett. d) deve potere partecipare all’assunzione della fonte testimoniale in un pubblico dibattimento (*“Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l’accusé en audience publique, en vue d’un débat contradictoire”*: *Taxquet c. Belgique*, cit., § 58).

Tale principio - afferma testualmente la Corte - “*ne va pas sans exceptions*” (*loc.ult. cit.*), ammette, cioè, deroghe, ma in termini assai precisi. L’eccezione più rilevante- che vale a rendere storicamente applicabile un principio altrimenti inattuabile nella quasi totalità degli ordinamenti nazionali - è quella del c.d. contraddittorio differito.

Nella giurisprudenza di Strasburgo si afferma infatti, con una costanza assoluta e tetragona, che per rispettare il principio sopra visto è sufficiente che l’imputato abbia avuto un’occasione adeguata e sufficiente di interrogare l’autore delle dichiarazioni a suo carico: che, dunque, anche in un momento successivo alla (originaria) produzione della prova, egli abbia avuto la possibilità di contestare la testimonianza a carico e di contestarne il contenuto (“*L’article 6 §§ 1 et 3 d) commandent d’assurer à l’accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d’en interroger l’auteur, au moment de la déposition ou plus tard*”: *Kostovski c. Pays-Bas*, 20 novembre 1989, § 41; *Lüdi c.Suisse*, 15 giugno 1992, § 49; *Van Mechelen c.Pays-Bas*, cit., § 51, *Recueil* 1997-III *Raykov c. Bulgarie*, 22 ottobre 2009, § 71 e molte altre la cui citazione appare superflua).

3. – Gli effetti del principio del contraddittorio “*au moment de la déposition ou plus tard*”.

Quali effetti comporta la circostanza che l’imputato possa interrogare il teste a carico “*au moment de la déposition ou plus tard*”, come ripete, con formula tralaticia, la Corte ?

In primo luogo comporta che il confronto con l’accusatore possa avvenire anche *al di fuori* del dibattimento, in un luogo, cioè, diverso da quello che noi solitamente identifichiamo cioè come “luogo di formazione della prova dichiarativa”. Il giudice europeo, per certi aspetti, *de-struttura* e *de-localizza* la prova dichiarativa. Essa non si forma – come nel nostro sistema processuale – in un unico contesto di spazio e tempo (al dibattimento ed alla presenza dell’imputato); piuttosto, essa si forma tutte le volte in cui un dichiarante rende una dichiarazione (ad un organo di polizia; ad un magistrato inquirente; ad un giudice) poi utilizzata in chiave probatoria. Si potrebbe dunque dire che la prova dichiarativa si forma, in realtà ovunque e dinnanzi a chiunque: non c’è, alla fine,

separazione di fasi; non c'è una distinzione netta tra *principio* di prova e *prova* in senso stretto, e così via. L'importante è che ciascun segmento dichiarativo (anche segretamente raccolto dagli organi inquirenti nella fase dell'indagine) sia, prima della decisione, catarticamente "riscattato" dalla possibilità dell'imputato di interrogare quel dichiarante davanti ad un giudice terzo, che non si identifica necessariamente con il giudice chiamato ad adottare la decisione. L'architrave teorica è questa: l'occasione adeguata e sufficiente, almeno una volta, di confrontarsi con la fonte testimoniale.

In secondo luogo (ed in conseguenza di quanto appena detto), secondo la stessa giurisprudenza di Strasburgo, non sono *in sé* vietate le dichiarazioni raccolte nella fase dell'indagine e, soprattutto, ad esse può ben essere attribuito valore probatorio: alla condizione, tuttavia, che sia assicurata all'imputato la possibilità successiva del confronto con l'accusatore in dibattimento. [(...) *il peut s'avérer nécessaire, pour les autorités judiciaires, d'avoir recours à des dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire. Si l'accusé a eu une occasion adéquate et suffisante de contester pareilles dépositions, au moment où elles sont faites ou plus tard, leur utilisation ne se heurte pas en soi à l'article 6 §§1 et 3 d): Taxquet c. Belgique, cit. § 58; ma già Isgrò c. Italie, 19 febbraio 1991, § 34; Lüdic. Suisse, cit., § 47].*

Si tratta di uno snodo di estrema importanza, che occorre ben focalizzare.

Se vi è stato esercizio del diritto al confronto (chiamiamo così, per comodità, la sequenza procedurale prevista nella lett. d), § 3 dell'art. 6 CEDU), allora le precedenti dichiarazioni hanno pieno valore probatorio, in nulla inferiore a quelle rese dal dichiarante dinnanzi al giudice terzo ed al cospetto dell'imputato. Il giudice ben potrà utilizzarle e fondare su di esse una condanna, attribuendo loro persino un valore probatorio superiore a quelle rese in dibattimento (o, comunque alla presenza dell'imputato), eventualmente con esse contrastanti. E' quanto affermato dalla Corte, ad esempio, nella decisione (sull'ammissibilità) 16 marzo 2000, *Camilleri c. Malta*, n. 51760/99 (ma negli identici termini già *Doorson v. the Netherlands*, 25 febbraio 1996, § 78), dove si evidenzia, che, una volta garantito all'imputato il diritto al confronto con l'accusatore, non si può «sostenere in astratto che le dichiarazioni rese da un testimone nel corso dell'udienza pubblica e sotto giuramento debbano essere sempre preferite (considerate maggiormente attendibili) da

quelle rese dallo stesso testimone nel corso del procedimento (criminale) se tra le due vi sia conflitto» [“(…) *Furthermore, the Court cannot hold in the abstract that evidence given by a witness in open court and on oath should always be relied on in preference to other statements made by the same witness in the course of criminal proceedings, not even when the two are in conflict*”]. Dunque: per il giudice di Strasburgo non si pone un problema né di “contestazione” della dichiarazione assunta in contraddittorio, se incompatibile con quella precedentemente resa; né di preminenza o efficacia probatoria assorbente della eventuale ritrattazione dibattimentale: entrambe hanno pari dignità e possono essere valutate a fini probatori.

In terzo luogo (e quale naturale effetto di quanto appena detto), né l’art. 6, § 3, lett. d), né il principio della “parità delle armi nel processo” (di cui al § 1 dell’art. 6) consacrano il diritto, per il prevenuto, di assistere a tutti gli interrogatori delle fonti testimoniali a carico effettuati dagli organi inquirenti nel corso delle indagini preliminari [“(…) *ni le § 3 d) de l’article 6, ni le principe d’égalité des armes incorporé dans le § 1 de cette même disposition ne consacrent le droit pour un prévenu d’assister à tous les interrogatoires organisés par les organes de l’enquête : Raykov c. Bulgarie, cit., § 70*]: precisazione, questa, forse superflua, ma forse non troppo.

In quarto luogo, ottenere la presenza della fonte d’accusa non significa per ciò stesso – secondo la Corte di Strasburgo – il diritto, per l’imputato, di ottenere dal giudice la convocazione di *tutti* i testimoni a discarico con cui egli intende sterilizzare la fonte d’accusa. Si tratta di un passaggio delicato, che merita attenzione. La Corte ha affermato, anche di recente (*Affaire Taxquet c. Belgique* 13 gennaio 2009, § 60) che – fermo restando il principio che spetta alle giurisdizioni interne stabilire l’utilità e la conducenza di una richiesta probatoria, anche a discarico – l’art. 6 § 3 d) «*n’exige pas la convocation et l’interrogation de tout témoin à décharge*». Tale diritto per l’imputato non origina né dal principio della parità delle armi (che non è trasfuso, peraltro, nel citato art. 6, § 3 lett. d) e neppure dal diritto di far interrogare il teste d’accusa, costituente il contenuto peculiar ed espresso della norma suddetta. Perché il processo sia ritenuto *non equitable* non è sufficiente dimostrare che l’accusato non abbia potuto interrogare una certa persona: egli dovrà dimostrare che la dedotta richiesta di ammissione testimoniale fosse davvero

necessaria alla ricerca della verità e che il rifiuto da parte del giudice abbia causato un pregiudizio effettivo alla difesa. [“*En effet, il ne suffit pas de démontrer que «l'accusé» n'a pas pu interroger un certain témoin à décharge. Encore faut-il que l'intéressé rende vraisemblable que la convocation dudit témoin était nécessaire à la recherche de la vérité et que le refus de l'interroger a causé un préjudice aux droits de la défense*”: *loc. ult. cit.*, ove si richiama anche *Erich Priebke c. Italie* 5 aprile 2001].

Dunque, solo circostanze eccezionali possono condurre la Corte a concludere che è incompatibile con l'art. 6 la mancata audizione di un soggetto come testimone su richiesta della difesa [oltre la sentenza da ultimo citata, v. anche *Bricmont c. Belgique*, 7 luglio 1989, § 89; *Destrehem c. France*, 18 maggio 2004]. E' bene tenere presente tali passaggi in epoca in cui viene preannunciata come imminente una riforma della prova dichiarativa riguardante il diritto dell'imputato ad ottenere, in sede dibattimentale, tutte le prove testimoniali a discarico e tale proposta di riforma viene motivata proprio in ragione dei “principi espressi dalla Corte europea”. Che ha invece affermato – come spesso capita, quando si sbandiera la giurisprudenza europea per fini di proaganda politica – l'esatto contrario. Ma così va il mondo...

Molto ci sarebbe da dire sui punti sopra sintetizzati, è intuitivo. Per limitarci solo a qualche riflessione, è possibile evidenziare che il principio del diritto al confronto “*au moment de la déposition ou plus tard*” comporta, in generale, una divaricazione strutturale rispetto al sistema del processo penale italiano. Nell'ambito di quest'ultimo, l'efficacia probatoria della dichiarazione testimoniale è infatti inscindibilmente legata al contraddittorio contestuale, dunque alla presenza dell'imputato o del suo difensore nel momento in cui la prova si forma in dibattimento. Sotto tale profilo, il sistema di garanzie della CEDU, è, sul punto, alquanto più fragile rispetto a quello nazionale, perché sacrifica il principio di immediatezza: nella prospettiva di Strasburgo non è infatti in alcun modo prescritto il principio che intanto la prova è efficace, in quanto la sua stessa genesi è nel contraddittorio delle parti di fronte al giudice che adotterà la decisione, secondo la regola generale del nostro rito penale. In breve: in un certo modo ed entro certi limiti, Strasburgo ammette un contraddittorio successivo sulla prova, che non degrada a *contraddittorio critico sulla prova*, ma che non è neppure, interamente, *contraddittorio per la prova*,

secondo un modello accusatorio puro. Una scelta a metà strada: assai pragmatica, quanto poco suadente e coerente da un punto di vista epistemico

4. – L’eccezione al principio: l’inosservanza del diritto al confronto.

Il diritto al confronto, l’ “occasione adeguata e sufficiente” di interrogare il teste d’accusa non conosce tuttavia, nella prospettiva della Corte EDU, succedanei.

Secondo la Corte di Strasburgo, al suo mancato esercizio non può sopperirsi con la lettura degli atti di precedenti dichiarazioni (in tal senso, sia pure indirettamente il § 78 di *Raykov c. Bulgarie*, cit.); né rileva la circostanza che l’imputato ed il suo difensore abbiano avuto pieno e completo accesso, subito dopo la dichiarazione resa nella fase di indagine, ai relativi processi verbali, con la possibilità di contestarne, dinnanzi al giudice, il contenuto [(...) *Certes, le requérant et son conseil avaient eu accès aux procès-verbaux y afférents, de même qu’ils avaient eu la possibilité de contester devant les juges du fond la légalité et l’utilisation de ces preuves (paragraphes 28 et 33 ci-dessus). Cependant, comme la Cour l’a déjà dit, pareille possibilité ne pouvait remplacer la comparution et l’audition directes de D.D. et de M.Y. qui auraient permis au requérant de les interroger ou de les faire interroger: così Affaire Osmanagaoglu C. Turquie*, cit. § 49; v. anche *Hulki Günes c. Turquie*, § 95; *Sadak et autres c. Turquie*, §§ 63-68]

Ma quali effetti produce l’inosservanza del *right of confrontation*, quando cioè non sia stata assicurata all’imputato “un’occasione adeguata e sufficiente” di contestare la dichiarazione raccolta in segreto nella fase di indagine?

La giurisprudenza europea risponde con un principio che, fragile sul piano teorico, sembra ispirato al buon senso: e cioè che la dichiarazione raccolta nella fase di indagine dalla polizia o dall’organo inquirente è utilizzabile come prova, ma alla condizione che l’eventuale sentenza di condanna non si fondi esclusivamente o in modo determinante su di essa.

In breve, allorquando l’imputato non ha potuto controinterrogare il teste di accusa la sola dichiarazione di quest’ultimo non è sufficiente per motivare una condanna: occorrono altre prove idonee.

La giurisprudenza di Strasburgo non è particolarmente chiara sul punto: se, cioè, sia sufficiente un elemento di semplice *corroboration* (simile, insomma, al nostro comma 3 dell'art. 192 c.p.p.) ovvero se si richiedano delle prove “autonome”, sufficienti cioè, a prescindere dalla dichiarazione, ad integrare un quadro probatorio univoco ed autonomo ai fini di una condanna. Quel che comunque è evidente è che la “testimonianza”(rectius: la dichiarazione resa nella fase delle indagini) degrada a mero elemento (principio?) di prova e non può costituire la pietra d'angolo su cui poggiare l'affermazione di responsabilità del reo. Non può cioè essere – secondo la semantica della Corte EDU – prova *solely* (esclusiva) o *mainly* (determinante) posta a fondamento della condanna, poiché, in tal caso, risulterebbe violata la norma di garanzia di cui all'art. 6, § 3, lettera d) della Convenzione.

La giurisprudenza sul punto specifico – esprimibile testualmente così: *«les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats»* – è assolutamente costante.⁵

Come valutare un tale “sistema” probatorio?

Sotto il profilo epistemico – lo si accennava – esso non è sicuramente raffinato. In esso, l'efficacia probatoria delle dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini è variabile e non dipende dall'originaria modalità di assunzione. Il “metodo” conta poco, perché il “peccato d'origine” ben può essere rimesso, attraverso l'intervento catartico di ulteriori elementi probatori che concorrano alla condanna. Inoltre, lo stesso strumento è suscettibile di sanatoria se, su quella prova già assunta, si innesta la possibilità della successiva contestazione da parte dell'imputato: senza, tuttavia, che ciò annulli la valenza probatoria originaria dell'atto dichiarativo raccolto in segreto.

⁵ Cfr. *Taxquet C. Belgique*, cit., § 58, dove è riportata la citazione del testo; *adde: A.M. c. Italie*, cit., § 25; *Saïdi c. France*, 20 settembre 1993, §§ 43-44; *Bracci c. Italie*, cit., § 54 ss.; *Majadallah c. Italie*, cit., § ; *Raniolo c. Italia* (dec.), n° 62676/00, 21 marzo 2002; *Sangiorgi c. Italia* (dec.), n° 70981/01, 5 settembre 2002; *Chifari c. Italia* (dec.), n° 36037/02, 13 maggio 2004, *Scheper c. Paesi Bassi* (dec.), n° 39209/02, 5 aprile 2005, *Jerinò c. Italia* (dec.), n° 27549/02, 7 giugno 2005; *Cipriani c. Italia* (dec.), n° 37272/05, 9 febbraio 2006 e molte altre, fino alla recentissima *V.D. c. Roumanie*, del 16 febbraio 2010, § 110.

Nel processo italiano (o, perlomeno, nelle originarie intenzioni che lo ispirarono) si prescinde invece dall'esito probatorio, *recte*, dalla sua incidenza sull'affermazione di responsabilità del reo. La prova dichiarativa – sia essa unica o accompagnata da altri elementi probatori – è (normalmente) inutilizzabile se non assunta nel contraddittorio tra le parti. In Italia, in breve, si valorizza fino in fondo – come nota Paolo Tonini – il principio del contraddittorio come modalità di conoscenza, come valore epistemico *in sé*, prescindendo dall'esito processuale: questo porta ad escludere l'ammissibilità, nel sistema nazionale, di un metodo diverso fondato su di una sorta di *prova di resistenza* – come nota Paolo Ferrua – per verificare se la condanna rimane ancora in piedi pur sottraendo, dal quadro probatorio che l'ha determinata, la dichiarazione raccolta nella fase delle indagini preliminari. Viceversa, per la Corte di Strasburgo il contraddittorio è il metodo *solo* preferibile, ma non l'unico; è la migliore garanzia, ma non quella assoluta: e la sua mancanza comporta sì un degrado della prova raccolta *aliunde*, ma con ampie possibilità di emenda.

In breve: si potrebbe dire che l'ispirazione del sistema di Strasburgo sia improntata alla massima duttilità dello strumento, ad un pragmatismo forse indispensabile per “governare” sistemi processuali tra loro assai eterogenei.

E' naturale poi chiedersi *quale* tra i due sistemi sia fonte di maggiori garanzie per l'imputato. La risposta d'istinto privilegia, ovviamente, il sistema nazionale italiano. Esso, ponendo quale prima ed unica scelta di metodo di accertamento quella del contraddittorio, è indubbiamente più rigoroso, soprattutto più coerente, da un punto di vista teorico ed, ancora una volta, epistemologico. Esso non affida il metodo alle mutevoli sorti della storica vicenda processuale; non cede al compromesso della concreta struttura del quadro probatorio; è attento non solo a quanto emerge da una dichiarazione resa nel segreto dell'indagine, ma soprattutto a quello che la stessa dichiarazione sarebbe potuta essere se assunto nella dialettica delle parti. Il sistema italiano affida al contraddittorio «l'obiettivo di procurare una conoscenza affidabile» e dunque implica – in questo riconoscimento della funzione cognitiva di un contraddittorio “poietico” – che tale metodo sia rispettato «per ogni singolo atto che sia utilizzabile per la decisione, così da garantire credibilità a

tutto ciò che può essere speso per la sentenza».⁶ Il sistema processuale italiano, effettua, insomma, una scelta di *qualità* della prova, non di *quantità* e di *incidenza* di essa sulla decisione, così che “n” dichiarazioni, tutte raccolte nella fase delle indagini e tutte divenute eventualmente irripetibili, non attingono la certezza cognitiva che l’unica dichiarazione assunta nel contraddittorio possiede.

La diversa *qualità* del contraddittorio come metodo generale rispetto ad un contraddittorio utilizzato per occasionale esercizio di una (insopprimibile) esigenza difensiva è presto spiegata. Nel primo caso, la formazione della prova esige un rapporto diretto con la fonte dichiarativa *nel formarsi* della prova stessa, dunque una partecipazione attiva dell’imputato nella *poiesis* di essa: la prova dichiarativa diviene tale grazie anche al contributo dell’imputato alla ricostruzione dei fatti dichiarati. Nel secondo caso, il contraddittorio mancato non può trovare «surrogati asincroni: l’atto nato unilaterale resta tale a prescindere dai successivi confronti tra la difesa ed il dichiarante (...) il fatto che il diritto di difesa abbia trovato una sede per esprimersi non retroagisce positivamente su tutti gli atti unilaterali formati fino a quell momento, che continuano a scontare il difetto di attendibilità loro connaturato per il *deficit* metodologico che li affligge»⁷.

Nell’universo “concettuale” di Strasburgo il contraddittorio vale solo a recuperare un’occasione di esercizio delle prerogative difensive: al punto che è sufficiente che l’imputato abbia la semplice occasione di minare la credibilità di chi accusa, in una sede successiva alla dichiarazione, per recuperare quest’ultima al giudizio. E’ vero anche che, nella giurisprudenza più recente di Strasburgo, si nota una modifica lessicale, quasi impercettibile, ma significativa. La Corte, infatti, sembra sempre più spesso riferire, infatti, la possibilità per l’accusato di confrontarsi con i testimoni a carico «*en la présence du juge qui doit en dernier lieu prendre une décision concernant l’affaire*» (*Tarau c. Roumanie*, 24 febbraio 2009, § 74; *Reiner et autres c. Roumanie*, 27 settembre 2007, § 74). Dunque, non di un giudice qualunque (anche in fase “istruttoria”), né in qualunque momento: ma del giudice che deve adottare, che *sta per* adottare, la decisione definitiva:

⁶ Citazioni dal pregevole saggio di C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2033, 1447, ma spec. pp.1452-1453. Su tutta la problematica, si rinvia, per un fondamentale quadro di insieme, a P. FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna, 2005, *passim*

⁷ C. CESARI, *loc.ult.cit*

il che avvicinerebbe molto la garanzia difensiva ad un *metodo* generale di assicurarla, cioè il contraddittorio nella prossimità della decisione. Ma si tratta di indici testuali che si rischia, probabilmente, di sopravvalutare, perché ad essi non corrisponde, in realtà, un mutamento effettivo di impostazione teorica.

Nell'universo "concettuale" del processo italiano, viceversa, il contraddittorio è ciò che conferisce presidio di attendibilità della prova, di affidabilità della certezza storica che essa esprime: garanzia, come ha scritto Paolo Ferrua, della idoneità del processo ad assicurare un prodotto conoscitivo attendibile.

Dunque, nel giusto processo disegnato in Costituzione c'è un metodo ed una funzione maieutica di esso: ben più di una semplice *chance* difensiva.

5. Le applicazioni dell'eccezione: la giurisprudenza europea sul dichiarante "assente" dal contraddittorio.

Un dubbio è tuttavia legittimo ed è esprimibile attraverso una domanda. Le osservazioni che precedono vedono il mondo effettivamente per come è o quelle sul contraddittorio italiano sono solo "*parole inondate di sole e sorvolate di stelle*", come recita un bellissimo verso di Hölderlin? Insomma: quanto detto tiene adeguatamente conto del sistema "realizzato" e della prassi o rimane nell'ambito di "astratte modellistiche" – si sarebbe detto una volta – sul metodo del contraddittorio?

Domanda provocatoria, considerando che quest'ultimo, in realtà, trova raramente applicazioni assolute o compiute ed evidenza, anzi, numerosi punti di minore resistenza, attraverso cui gli atti di indagine divengono *comunque* materiale probatorio utilizzabile per una condanna. Sorge allora spontaneo chiedersi se la pragmatica soluzione di Strasburgo non rappresenti, alla fine, una più realistica "linea Maginot" per le garanzie minime dell'imputato: inferiore certo per qualità, ma non per resa pratica. In effetti, scorrendo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si ha la netta sensazione che l'eccezione di cui si è detto – vale a dire: la condanna non può fondarsi esclusivamente o prevalentemente su dichiarazioni accusatorie rispetto alle quali l'imputato non abbia avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare, in contraddittorio, la fonte di accusa – sia applicata in maniera rigorosa. E', cioè, logicamente conseguente che il sistema

disegnato dal giudice europeo risulti, sul punto, assolutamente severo: pena la stessa dissoluzione dell'intero impianto processuale immaginato. Non stupisce pertanto che, in tale prospettiva, risultino in qualche modo indifferenti, rispetto alla valutazione dell'equità del processo, le varie epifanie della irreperibilità di dichiaranti i cui *dicta* non possano essere reiterati in contraddittorio con l'imputato.⁸

Così – e per limitare l'analisi ai testimoni “assenti”, senza estenderla alle più vaste categorie del testimone “anonimo” o di quello “vulnerabile” – la Corte di Strasburgo ha ritenuto incompatibile con l'art. 6 della Carta fondare una condanna esclusivamente o in maniera determinante su dichiarazioni rese nel corso dell'indagine **allorquando il diritto al confronto è divenuto successivamente impossibile per morte del dichiarante o per sue condizioni di salute di tale gravità da rendere impossibile la sua presenza in dibattimento**. Sono i casi – abbastanza famosi – di cui si sono occupate le sentenze *Ferrantelli e Santangelo c. Italia* (7 agosto 1996) e *Craxi c. Italia* (5 dicembre 2002). Nella prima l'affermazione del principio è indiretta: la Corte affermò infatti che non vi era stata violazione dell'art. 6, § 3, lettera d) in un'ipotesi in cui: a) era stata assunta, in fase di indagine, la dichiarazione accusatoria di un coimputato poi deceduto; b) il decesso era avvenuto dopo venti mesi dalla dichiarazione stessa, lasso temporale che avrebbe consentito alle autorità inquirenti di instaurare un confronto con il coimputato raggiunto dalle dichiarazioni accusatorie, realizzando così un'occasione adeguata e sufficiente di contraddittorio, idonea a rispettare il precetto dell'art. 6 § 3, lett. d); c) tuttavia, la sentenza si era fatta carico di un esame dettagliato delle dichiarazioni del testimone a

⁸ Di contrario avviso S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni “assenti” in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass.pen.*, 2001, p. 2843 (ma spec. 2846-2847), secondo cui «nelle pronunce relative ai testimoni assenti, la Corte propone una soluzione di equilibrio per una serie di vicende processuali altamente critiche. Quelle cioè in cui per impossibilità naturale (decesso o malattia grave), impossibilità giuridica (attribuzione al teste del diritto o della facoltà di non rispondere in dibattimento) o, al limite, impossibilità pratica (individui non rintracciabili o sottoposti a giurisdizioni etere) il materiale raccolto dalla pubblica accusa rischi di andare automaticamente e irrimediabilmente perduto». Secondo l'A., in breve, la Corte – consapevole che molti «...sistemi penali nazionali non possono seriamente prescindere dall'utilizzo a fini probatori delle dichiarazioni rese da testimoni assenti» – avrebbe reso meno rigorosa la propria giurisprudenza in ordine alla valenza delle dichiarazioni di dichiaranti poi assenti dal dibattimento. In senso contrario a tale prospettiva (e, dunque, nel senso di una valutazione assai rigorosa della giurisprudenza di Strasburgo, come chiarito nel testo), si v. invece A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in A. BALSAMO – R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 333, ma spec., sul punto, 345-347; G. UBERTIS, *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, p. 33, ma spec. P. 40.

carico corroborate da una serie di elementi di prova [*“une analyse très élaborée des déclarations du témoin à charge et les juges corroborés par une série d’autres éléments de preuve”*: § 52]. Solo tale ultimo elemento ha impedito di ritenere in quel caso non equo il processo italiano.

Nella pronuncia Craxi del dicembre 2002, la Corte ribadisce la irrilevanza dell’evento morte del dichiarante allorquando la sua pregressa dichiarazione sia posta a fondamento esclusivo della responsabilità dell’imputato (§ 56) e ribadisce, nel paragrafo successivo, un principio di notevole importanza: e cioè la previsione nel diritto interno dell’utilizzabilità della dichiarazione del soggetto poi deceduto o che si sia giovato della facoltà di non rispondere non sposta i termini del problema. L’impossibilità di reiterare la dichiarazione nel contraddittorio, ancorché prevista per legge (nazionale), non può, in breve, privare l’imputato del diritto, riconosciutogli dall’art. 6, § 3, lett. d), di interrogare o di fare interrogare ogni fonte di prova dichiarativa a carico.

Tale affermazione sarà spesso ripetuta dalla Corte e pone – come meglio sarà evidenziato in seguito – la necessità che di tali norme interne l’interprete si sforzi di dare un’interpretazione “costituzionalmente orientata”.

La Corte – sempre proseguendo nell’esame della giurisprudenza sui c.d. testi “assenti” – ha poi ritenuto irrilevante la mancata presentazione del teste d’accusa al pubblico dibattimento in ipotesi in cui le dichiarazioni rilasciate ad un funzionario di polizia nella fase di indagine erano state assunte a fondamento essenziale della responsabilità dell’imputato (*Delta c. France*, 19 dicembre 1990, § 36 e 37, procedura nella quale era stata rifiutata, inoltre, la citazione di due testi a discarico).

La Corte inoltre, ai fini dell’esercizio del diritto al confronto dell’imputato, **non considera surrogato adeguato della presenza del teste a carico (poi divenuto irreperibile) la mera lettura delle sue precedenti dichiarazioni**, se queste sono state poste a fondamento della condanna o sono state determinanti per essa (*Barberà ed altri c. Spagna*, 6 dicembre 1988, § 86 e 89; *Doorson c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1996).

Parimenti, ai fini dell’equità del processo non rileva che la sottrazione al contraddittorio del teste sia determinata dalla circostanza che la dichiarazione originaria fosse stata resa all’estero [*A.M. c. Italia*, 14 dicembre 1999, § 26 e 28: *“La Cour relève*

qu'en l'espèce, pour condamner le requérant, les juridictions nationales se sont fondées exclusivement sur les déclarations recueillies aux Etats-Unis avant le procès, et que le requérant n'a été, à aucune phase de la procédure, confronté à ses accusateurs(...). Dans ces conditions, l'on ne saurait conclure que le requérant ait eu une occasion suffisante et adéquate de contester les témoignages sur lesquels sa condamnation a été fondée. L'intéressé n'a donc pas bénéficié d'un procès équitable et il y a eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d).]. Più articolata è l'ipotesi in cui **l'irreperibilità del teste sia dovuta alla circostanza che costui, dopo la dichiarazione rilasciata in fase di indagine, si sia recato all'estero**, rendendo così impossibile il confronto con l'imputato accusato. In proposito, la Corte, anche in recenti arresti giurisprudenziali, ha chiarito, per un verso, che sia eccessivo esigere dalle autorità giurisdizionali l'attivazione di una indagine per trovare e fare comparire un soggetto (che si assumeva) residente in un altro Stato (*Gossa c. Pologne*, 9 gennaio 2007, § 59), ma, per altro verso, ha affermato che, ai fini del disposto dell'art. 6, § 3, lettera d), è tuttavia necessario verificare se le autorità nazionali abbiano o no posto in essere procedure ragionevoli per tentare di identificare la residenza di un testimone importante che un accusato non aveva potuto interrogare (*Gossa c. Pologne*, cit. § 58 e 61; *Bonev c. Bulgarie*, 8 giugno 2006, § 44, e, di recente, *Tarau c. Romania*, 24 febbraio 2009, § 74: in tale ultima ipotesi, la Corte, constatata la assoluta negligenza dell'autorità giurisdizionale nazionale quanto ai tentativi di reperimento del teste all'estero e rilevata la sistematica, quanto immotivata, reiezione delle prove dichiarative a discarico, ha ritenuto superflua la verifica circa "l'essenzialità" delle dichiarazioni accusatorie nell'economia della pronuncia di condanna e, pertanto, violato *ex se* il disposto dell'art. 6, § 3, lett. d della Convenzione).

Ancora: ai giudici di Strasburgo **poco interessa che l'irreperibilità del teste, ai fini della garanzia difensiva nel contraddittorio, sia "giuridicamente giustificata" da un diritto dello stesso dichiarante**. Se la dichiarazione resa da quest'ultimo in fase di indagine è l'unico o determinante elemento probatorio su cui si fonda la condanna, non rileva che il teste si sia sottratto al confronto per un legittimo diritto al silenzio o per evitare la possibilità di autoincriminazioni o perché teste "vulnerabile" e, dunque, meritevole di tutela. In tali casi, la Corte esige un qualche contemperamento tra i diritti

del dichiarante – che pure in stratto ne giustificerebbero l’assenza dal processo – ed i diritti di difesa dell’imputato. Questa giurisprudenza si è sviluppata particolarmente, come si è accennato, per i testi vulnerabili, in particolare per le vittime di abusi sessuali, la cui protezione autorizza diversi ordinamenti nazionali a giustificare l’assenza al dibattimento. Ad esempio, nella recentissima pronuncia *V.D. c. Roumanie* del 16 febbraio 2010 (n.7078/02) la Corte, pur riconoscendo che, nel quadro di procedure relative a vittime di abusi sessuali sono legittime misure di protezione per la vittima, ha affermato che queste ultime possano (debbono?) poter essere conciliate con un esercizio adeguato ed effettivo dei diritti della difesa. Così, se non è possibile avere la presenza in dibattimento della vittima (in ragione della sua età avanzata e della sua condizione di salute), non può ritenersi tuttavia conforme ai diritti della difesa tutelati dall’art. 6, § 3, lett. d) della CEDU che la sola dichiarazione della vittima resa al posto fisso di polizia subito dopo il fatto e non registrata costituisca l’unica fonte probatoria della responsabilità dell’imputato, al quale non era mai stato assicurata la possibilità di contestare dichiarazioni e credibilità della teste al cospetto di un giudice (§ 113) . In questo caso, la Corte compie un intervento abbastanza inedito ed assai significativo: motiva la condanna dello Stato per violazione dell’art. 6 spiegando perché i giudici nazionali avrebbero dovuto accogliere la richiesta di prova del DNA avanzata dalla difesa dell’imputato, in quanto «*la réalisation d’un test ADN aurait pu, soit confirmer la version de la victime, soit fournir au requérant des éléments substantiels pour entamer la crédibilité de cette version*»: e, poiché tale richiesta probatoria non è stata invece accolta dai giudici nazionali, senza addurre ragionevoli motivazioni per tale diniego, ne segue la sussistenza della violazione della Convenzione. A chi nutrisse ancora dubbi sulla “dimensione integrata” del processo penale, la lettura di questa (ma anche di altre simili) pronuncia risulterebbe davvero utile: impregiudicate – è ovvio – le notevoli e numerose problematiche che si riverberano sul sistema interno delle giurisdizioni nazionali.

Considerazioni analoghe valgono per **il teste “assente” dal contraddittorio perché titolare della facoltà di non rispondere in quanto prossimo congiunto dell’imputato** (*Uterpertinger c. Austria*, 24 novembre 1986; *Ash c. Austria*, 26 aprile 1991): la Corte pur tenendo conto «dei problemi particolari che può sollevare un confronto tra un accusato ed

un testimone della sua famiglia» e che gli ordinamenti nazionali tendono a proteggere quest'ultimo e ad evitargli «una caso di coscienza», ribadisce che il diritto del teste va pur sempre armonizzato con l'altrettanto insopprimibile diritto di difesa dell'imputato, che finisce con il prevalere, sempre alla condizione che quella dichiarazione sia stata ritenuta essenziale per l'affermazione della sua responsabilità.

Soluzione identica a quella adottata in caso di conflitto tra il **diritto al silenzio dei coimputati** (*Carta c. Italia*, 20 aprile 2006)⁹ o **degli imputati di reato connesso** (*Lucà c. Italia*, 27 febbraio 2001)¹⁰. E ciò nonostante la Corte riconosca che (v. *Saunders contro Regno Unito*, 17 dicembre 1996, § 68) «anche se l'articolo 6 della Convenzione non lo menzioni espressamente, il diritto di non parlare ed – una delle sue componenti – il diritto di non contribuire alla propria incriminazione sono delle norme internazionali generalmente riconosciute che sono nel cuore della nozione dell'equo processo consacrato dal predetto articolo».

⁹ Si tratta del caso assai noto (ed in relazione al quale, per brevità, si omettono ulteriori richiami dottrinali) in cui il ricorrente Carta era stato condannato per rapimento, violazione di domicilio e porto abusivo di armi. Uno dei testimoni a suo carico era un coimputato, il quale, durante il dibattimento, si era avvalso della facoltà di non rispondere, riconosciutagli dalla legge italiana. Le dichiarazioni che egli aveva reso ai Carabinieri e al Procuratore della Repubblica di Cagliari erano state lette e utilizzate per affermare la sua colpevolezza. La Corte EDU, nella citata sentenza, rileva che la possibilità di utilizzare per la decisione sulla fondatezza dell'accusa le dichiarazioni pronunciate prima del dibattimento dai coimputati che si sono avvalsi della facoltà di non rispondere era prevista dal diritto interno dello Stato italiano, così come era in vigore all'epoca dei fatti, ossia dagli articoli 500 e 513 c.p.p.. Tale circostanza, tuttavia, non poteva privare l'imputato del diritto, che l'articolo 6 § 3 d) gli riconosce, di esaminare o di fare esaminare in contraddittorio qualsiasi elemento di prova sostanziale a carico. La Corte ha constatato che, in conseguenza delle circostanze suddette, la difesa non ebbe, a nessuno stadio del procedimento, la possibilità di porre domande al teste a carico. La Corte ha tuttavia osservato che le dichiarazioni del coimputato non fossero l'unico elemento di prova sul quale i giudici di merito avevano basato la condanna del ricorrente, né un elemento determinante, ritenendo pertanto che, solo in ragione di tale profilo, non si fosse integrata la violazione dell'art. 6, § 3, lett. d della Convenzione.

¹⁰ Vicenda, anche questa, notissima, all'esito della quale la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, § 3, lett. d) in una fattispecie di soggetto condannato a seguito di dichiarazioni provenienti da soggetto imputato in procedimento connesso. La Corte – premessa la tralatticia affermazione secondo cui i diritti della difesa sono limitati in maniera incompatibile con le garanzie dell'articolo 6 quando una condanna si fonda, unicamente od in misura determinante, su delle deposizioni fatte da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase dell'istruttoria né durante il dibattimento – ha chiarito che la circostanza che siffatte deposizioni provengano da un coimputato, come nel caso di specie, e non da un testimone non è pertinente. A tal riguardo, la Corte sottolinea che il termine «testimone» ha, nel sistema della Convenzione, un senso «autonomo», così che, dal momento in cui una deposizione, quale che sia fatta da un testimone *stricto sensu* o da un coimputato, è suscettibile di fondare, in maniera sostanziale, la condanna dell'imputato, essa costituisce una testimonianza a carico e le garanzie previste dall'articolo 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione a lui sono applicabili.

Sezione II^a: Il sistema italiano

6. – Due fenomeni complementari: la prova dichiarativa tra indebiti ampliamenti e “recuperi” dibattimentali

Esaminate le linee protanti della giurisprudenza europea in tema di prova dichiarativa, occorre ora esaminare quali siano i “punti di criticità”, per usare un’espressione di Antonio Balsamo, del nostro sistema rispetto ai principi affermati dalla Corte di Strasburgo.

I limiti del presente intervento obbligano, ovviamente, ad un’esposizione di sintesi, inevitabilmente sommaria, nell’ambito della quale è necessariamente prevalente un metodo di esemplificazione: una sorta di campionatura delle frizioni maggiormente evidenti tra i due sistemi, senza alcuna pretesa di completezza o sistematicità.

In proposito, è importante evidenziare, innanzitutto, alcuni fenomeni di sfondo su cui tale analisi si colloca. In generale, come è stato acutamente osservato da qualche autore (Recchione), la difficoltà di reperire prove storiche ha progressivamente assegnato a quelle dichiarative «un peso sempre maggiore», condizionando non soltanto le modalità di assunzione delle stesse, quanto, soprattutto, il loro regime di utilizzazione in fase processuale, «oggetto di continue modifiche e precisazioni in un altalenante – ed apparentemente interminabile – percorso di assestamento». Si potrebbe affermare, con una metafora, che, come nell’embrione umano il sistema nervoso è ciò che inizia a formarsi per primo, ma anche ciò che si completa per ultimo, così, nel sistema del processo, la “prova” dichiarativa è ciò che si abbozza per prima, agli albori dell’investigazione, e che si completa per ultima, nel contraddittorio dibattimentale. Su di essa si scarica la tensione di contrapposte esigenze: da un lato, la non dispersione dei mezzi di prova; per l’impossibilità, talvolta, di poter reiterare la dichiarazione a distanza di tempo rispetto alla prossimità del fatto relativamente al quale è stata in origine raccolta o anche solo per il naturale affievolirsi del ricordo dei dichiaranti; dall’altro lato, la garanzia che la colpevolezza sia provata solo sulla base di dichiarazioni acquisite in contraddittorio.

Tensioni che hanno generato due fenomeni tra loro complementari: per un verso, si è assistito al tentativo di un progressivo ampliamento, nella fase delle indagini preliminari, dei momenti “dichiarativi”, camuffando talvolta per dichiarativi atti aventi tutt’altra natura

e funzione; dall'altro, si è tentato di far trasmigrare questa bulimica produzione di atti a contenuto (artificiosamente) dichiarativo dall'indagine al dibattimento, adottando una nozione lasca di "irripetibilità" tale da consentire una siffatta operazione. Solo in tempi assai recenti, ed in esito ai cogenti *dicta* della Corte di Strasburgo, il Giudice della legittimità ha provato a limitare queste tendenze, le quali – com'è intuitivo – rischiavano e rischiano di creare una faglia rispetto ai principi sopra esposti della giurisprudenza fondata sulla Convenzione europea.

Il primo dei due fenomeni riguarda, come detto, l'espansione indebita della "prova" dichiarativa nella fase dell'indagine. Per rendersi conto di quanto poco logico sia tale connubio, è sufficiente ricordare, ad esempio, che una norma quale quella dell'art. 362 c.p.p. era addirittura assente nel progetto preliminare, perché ritenuta quasi superflua per l'informalità propria dell'investigazione del p.m.. Essa fu introdotta solo nel progetto definitivo, per sancire espressamente quanto peraltro già desumibile dal sistema: potere-dovere del p.m. di assumere informazioni utili alle indagini, congrue, cioè, "per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale" *ex art.* 326 c.p.p. In tale prospettiva, l'originaria previsione codicistica, coerente con la filosofia del modello processuale, fissava un obbligo di "collaborazione", consistente nel riferire all'organo inquirente conoscenze sui fatti oggetto del procedimento, non dissimile da quello previsto per i soggetti chiamati a fornire indicazioni alla p.g. Nella disciplina del fenomeno "dichiarativo" delle indagini preliminari, una volta introdotta la norma, comparivano, nella versione originaria del codice, solo pochi obblighi e diritti mutuati dalla disciplina della testimonianza, tra i quali le sole regole dell'astensione dei prossimi congiunti e quelle relative ai segreti, espressamente richiamate (artt. 199, 200, 201, 202 e 203): ma tra di essi era espressamente escluso l'obbligo di verità, "proprio per differenziare la posizione di tali soggetti dal testimone", atteso che la prevenzione dal mendacio poteva proporsi come problema "ipotizzabile solo in sede giurisdizionale" (rel. t. def., 187).

Sappiamo cosa accadde dopo e quale fu l'evoluzione del sistema. Attraverso un accavallarsi di integrazioni normative,¹¹ la disciplina dell'assunzione di informazioni

¹¹ Quali l'art. 5 del d.l. 306/1992, conv. dalla l. 356/1992, che ha esteso all'assunzione di informazioni del p.m. l'operatività delle norme previste dagli artt. 197 e 198, modifiche normative; artt. 8 e 13, l. n. 63 del 2001, che hanno

finisce per “adattarsi” a quella dell’atto esperibile dal giudice (Manziona), con un appiattimento completo sulla disciplina della testimonianza. Tanto da far ritenere appropriata – e soprattutto aderente alla prassi – l’affermazione secondo cui le persone informate sui fatti, sentite nella fase delle indagini preliminari sono dei potenziali testimoni: fonti ed embrioni il cui sviluppo verso lo *status* pieno di testimoni dipenderà dalla loro *vocatio* da parte del p.m. in sede di incidente probatorio, udienza preliminare o dibattimento.

A ciò si aggiunga che alle indagini preliminari è stata anticipata la delicata e complessa operazione di “qualificazione della fonte escussa”, aggiungendo alle difficoltà di una disciplina dispersa nei mille rivoli delle tipologie dichiarative, la difficoltà di applicarla agli albori della vicenda storica e procedimentale, allorquando la stessa fluidità della contestazione non garantisce alcuna stabilità formale.

Ma non è questo ancora il peggio: e per illustrarlo mi avvalgo di alcuni esempi, come detto, “a campione”.

Il primo è quello della metamorfosi, davvero kafkiana, dell’individuazione di persona, *ex art. 361 c.p.p.*, in prova dichiarativa e, di più, sovente in dichiarazione irripetibile.

Assai sinteticamente, l’evoluzione giurisprudenziale ha funzionato, ripetto a questo strumento investigativo, come un’idrovora: ha progressivamente assorbito la sua caratteristica connotazione, cioè la “percezione sensoriale”, in un indistinto contenuto dichiarativo; per altro verso, e non senza contraddizione, proprio esaltando l’unicità costituita dal *perceptum*, cioè dall’immagine fissata nell’atto investigativo, ne ha proclamato l’irripetibilità.

Sul primo versante, sono frequenti le affermazioni giurisprudenziali secondo le quali l’individuazione, pur costituendo un’operazione procedimentale a struttura complessa, non si presenta, relativamente a colui che è chiamato ad effettuare il riconoscimento, con connotazioni diverse dalla dichiarazione, sia pure designata da specifici dati di qualificazione (Cass., sez. VI 1 giugno 1994, Goddi, *CED* 197866), poiché, concettualmente, si tratta di null’altro che di sommarie informazioni “a contenuto

interpolato ulteriormente gli artt. 362 e 363 c.p.p., anche con riferimento alle diverse tipologie di dichiaranti, quali le persone imputate in un procedimento connesso.

predeterminato” (Cass., sez. II, 27 gennaio 1993, Morgante), non essendo dubbio, in generale, che l’individuazione rientri nell’ampio ambito delle sommarie informazioni (Cass., sez. II, 21 novembre 1990, Esposito).

Le conseguenze di tale prospettiva sono facilmente intuibili: se l’atto è, alla fine, di tipo dichiarativo, esso è recuperabile al dibattimento, quale legittima fonte di prova, attraverso la deposizione dibattimentale della parte offesa, nella quale la stessa “dichiara di aver proceduto all’identificazione dell’imputato avanti al p.m. ai sensi dell’art. 361” (così espressamente Cass., sez. II, 1 aprile 1993, p.m. in c. Calì) Ma è proprio tale equiparazione ad aprire la sequela delle conseguenze: in primo luogo alle contestazioni, *ex art. 500*, per cui, pur esclusa in origine dal fascicolo dibattimentale, la “dichiarazione di individuazione di persona” vi può entrare attraverso il meccanismo contestativo (v. di recente Cass., sez. IV, 25 febbraio 2009, *CED* 243212, Pellicori, ma già in precedenza Cass., sez. III, 27 ottobre 1995, Megna, *CED* 203906). In tempi recenti, la giurisprudenza (Cass., sez. II, 10 gennaio 2006, Rauchi, *CED* 233338) si attesta su posizioni ancora più ‘nette’. Si afferma, infatti, non soltanto che l’individuazione di un soggetto – sia personale sia fotografica – è manifestazione riprodotiva di una percezione visiva e rappresenta, perciò, una specie del più generale concetto di dichiarazione, ma soprattutto che il documento che la contiene può essere allegato al fascicolo d’ufficio. Ove in dibattimento venga contestata l’efficacia dimostrativa della individuazione eseguita nella fase delle indagini, si farà ricorso all’art. 500 c.p.p., non difformemente da quanto si verifica per la deposizione testimoniale, e solo se si sia proceduto alle necessarie contestazioni la dichiarazione può definitivamente allegarsi al fascicolo ed essere, quindi, utilizzabile. Come dire: l’individuazione di un soggetto - sia personale sia fotografica – essendo manifestazione riprodotiva di una percezione visiva e strutturandosi come *species* del *genus* dichiarativo non lega la sua forza probatoria alle modalità formali del riconoscimento, bensì al valore della dichiarazione confermativa, alla stessa stregua della deposizione testimoniale (Cass., sez. II, 28 ottobre 2003, Tortora, *CED* 227079; Cass., sez. II, 22 maggio 2008, n. 28899, imp. Camiolo, non massimata). Con l’ulteriore conseguenza che - se la forza probatoria non discende dalle modalità formali del riconoscimento, bensì dal valore della dichiarazione confermativa, alla stessa stregua della

deposizione testimoniale - è ben possibile che il riconoscimento fotografico effettuato dalle parti offese, al pari delle loro dichiarazioni, non necessiti di riscontri esterni (Cass., sez. VI, 5 febbraio 2007, Major, *CED* 239416). Esito per molti aspetti prevedibile della parabola giurisprudenziale sopra descritta è poi l'affermazione che i verbali di riconoscimento, rientrano nel novero degli atti irripetibili, che possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c. 1 lett. b (Cass., sez. II, 25 giugno 1996, Desimone, *CED* 205380; Cass., sez. II, 10 giugno 1994, Levak; *contra*, Cass., sez. I, 15 giugno 1994, Sannino). Insomma, il verbale di individuazione di persona è, in tutto, equiparato a quelli di restituzione dei beni sottratti al proprietario, in quanto finalizzati alla descrizione di beni suscettibili di essere alienati o trasformati da parte dei proprietari cui sono stati riconsegnati.

Tirando le fila: un atto concepito dai *conditores* quale mera propulsione investigativa, che, insomma, era finalizzato alla semplice prosecuzione delle indagini, diviene un atto a contenuto dichiarativo (pienamente fungibile rispetto alla ricognizione *ex* art. 213 c.p.p.), con i tratti della irripetibilità. Non senza considerare che il recupero dibattimentale assume profili assai singolari allorquando il giudice può ritenere maggiormente attendibile l'esito positivo dell'individuazione effettuata dalla persona offesa nel corso delle indagini, in prossimità temporale al fatto, rispetto a quello incerto della ricognizione effettuata in dibattimento, valorizzando, a fondamento del proprio convincimento, il decorso del tempo (è quanto affermato da Cass., sez. IV, 22 gennaio 2008, Distinto, *CED* 240054)

Secondo esempio dell'espansione indebita del dichiarativo nella fase delle indagini: la consulenza del p.m. *ex* art. 359 c.p.p.

Qui è singolare registrare come le oscillazioni della giurisprudenza circa l'assimilazione o meno del consulente del p.m. alla figura del "testimone esperto" determinino, alla fine, una notevole confusione teorica e problematici effetti pratici. La Corte Suprema ha affermato infatti, in via di principio, che l'accertamento effettuato in sede di consulenza tecnica non garantita disposta dal p.m. ai sensi dell'art. 359 cod. proc. pen. può essere utilizzato solo per le determinazioni che l'organo dell'accusa assume nella fase delle indagini preliminari e che dunque tale accertamento non può, di regola,

assumere valore probatorio al dibattimento, salve restando le ipotesi di consenso delle parti in tal senso o di sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'accertamento. Ma nella medesima pronuncia (Cass., sez. III, 24 aprile 2008, Califfi, CED 240258) si è anche specificato che, quando il PM si avvale del suo esperto investigativo incaricato nella fase delle indagini nel dibattimento e chiede la sua audizione come testimone, si determina una sorte di "conversione" del consulente nominato a termini dell'art. 359 in quello *praeter peritiam* previsto dall'art. 233 c.p.p.. In questo caso, se viene escusso in dibattimento nella piena dialettica del contraddittorio e dell'esame incrociato, il testimone - esperto, che ha cercato la verità per conto dell'organo dell'accusa, «può convogliare conoscenze nel processo e fornire elementi utili alla decisione». Di conseguenza, il contributo tecnico scientifico del consulente ed i suoi qualificati pareri possono essere veicolati nel novero delle prove utilizzabili ai fini decisorii qualora le relative conclusioni appaiano oggettivamente fondate, esaustive e basate su argomenti convincenti. Il giudice di merito, se recepisce il parere di un consulente, «deve adeguatamente motivare sulle ragioni che lo hanno indotto a reputare affidabile e scientificamente corretto il giudizio dell'esperto».

Nel solco di tale ampliamento, è stato ritenuto non incompatibile ad assumere l'ufficio di testimone l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia partecipato all'assunzione delle sommarie informazioni rese al P.M. dal minorenne offeso dal reato, in quanto non annoverabile tra gli ausiliari del P.M. stesso (Cass. sez. III, 9 ottobre 2008, Amicarelli, CED 241426).

Ora, ancora una volta il problema non è soltanto che un mezzo concepito solo "per le ulteriori determinazioni" investigative dell'organo dell'accusa viri verso la prova dichiarativa; il problema è che soprattutto tale anamorfosi dello strumento snaturi lo stesso contraddittorio dibattimentale. Se, infatti, il consulente del p.m. assurge al rango di teste, viene meno, per ciò stesso, la sua naturale funzione di contraddittore rispetto al perito d'ufficio eventualmente escusso nel dibattimento. La patologia non sta soltanto nel far assumere la veste di testimone a chi ha lavorato, nell'indagine, per conto esclusivo di una delle parti, ma anche nel privare il dibattimento di un apporto dialettico che proprio da quella parte dovrebbe provenire. Il consulente del p.m., al momento della deposizione del perito d'ufficio sarà isolato e non potrà essere presente: che possa essere, subito dopo,

escusso quale teste non restituisce mai alla dialettica del dibattimento la ricchezza del suo ruolo di “contraddittore naturale” dell’esperto d’ufficio.

Sono esempi marginali, si dirà. E’ vero. Ma al fondo di essi emerge una filosofia, un modo di intendere la prova dichiarativa, “fissandola” nelle sue essenziali coordinate fin dalla fase delle indagini preliminari. *Come se* tutto ciò che è a valle e che forma la prova fosse quasi un’inutile replica.

§ 7. - Corte costituzionale ed irripetibilità sopravvenuta

Esiste un “prima” ed un “dopo” nell’esegesi dell’art 512 c.p.p. da parte della Corte costituzionale. Una cesura strutturale, determinata dall’orizzonte di riferimento dei differenti valori costituzionali cui l’impossibilità di ripetizione della dichiarazione, dovuta a cause estrinseche intervenute successivamente alla formazione dell’atto, si intende rapportare. L’orizzonte di riferimento è la mutazione strutturale dell’art. 111 Cost. e, con essa, le stesse finalità dell’accertamento penale: dunque, l’ampiezza del “recupero della conoscenza” rispetto a quanto prodotto nella fase dell’indagine.

Prima della riforma costituzionale dell’art. 111 Cost., la disciplina codicistica, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (ma anche della Corte Suprema di Cassazione), prevedeva la possibilità di acquisire le dichiarazioni predibattimentali rese da persone che si fossero avvalse della facoltà di non rispondere o che avessero scelto di non presentarsi al processo. Il Giudice delle leggi, ad esempio con la **sentenza n. 179 del 1994**, aveva ritenuto addirittura costituzionalmente imposta un’interpretazione assai estesa dell’art. 512 c.p.p., tale da qualificare l’esercizio della facoltà del prossimo congiunto dell’imputato di astenersi dal deporre come una causa di “oggettiva e non prevedibile impossibilità di ripetizione dell’atto dichiarativo”, che consentiva di dare lettura degli atti assunti anteriormente al dibattimento.

Tale soluzione ermeneutica fu determinata da una precisa opzione ideologica e favorita da un equivoco dato letterale.

L’opzione ideologica era stata inaugurata con la “triade veritativa” delle sentenze del 1992 (sentenze nn. 24, 254 e 255) e proseguita successivamente con la giurisprudenza sull’art. 507 c.p.p. (ad es., sentenze n. 241 del 1992 e n.111 del 1993): essa postulava,

com'è ampiamente noto, non soltanto che la ricerca della verità rimanesse «il fine primario ed ineludibile del processo penale», ma che tale funzione conoscitiva potesse essere soddisfatta solo accedendo alla «verità reale», garantita dall'accertamento dei «fatti reali», necessario «per pervenire ad una giusta decisione». Senza dunque poter tollerare alcuna dispersione dei mezzi di prova già acquisiti nel patrimonio cognitivo del processo, sia pure nella fase delle indagini ed in assenza di contraddittorio.

L'equivoco letterale che favorì quella soluzione ermeneutica fu la generica formulazione dell'art. 512 c.p.p., rimasta peraltro inalterata nel corso degli anni, se si eccettua l'innocua estensione, nel 1992, agli organi di polizia del meccanismo previsto solo in relazione agli atti espletati dal p.m. e l'aggiunta, nel 2000, del comma 1-bis in ragione della disciplina delle indagini difensive. Il costrutto letterale della norma fu così ritenuto idoneo a comprendere tra i fatti (o le circostanze) imprevedibili che rendono impossibile la ripetizione dell'atto anche quelli che, pur se dipendenti dalla volontà del dichiarante (come nel caso disciplinato dall'art. 199 c.p.p.), di fatto determinano comunque l'impossibilità di procedere all'esame dibattimentale.

E' noto anche che, proprio sulla base di tale ermeneutica degli artt. 512 e 513 c.p.p. e dell'«istanza veritativa» posta a suo fondamento, lo Stato italiano ha subito una serie di condanne dalla Corte di Strasburgo,¹² cui della verità dei *duri fatti* sembra importare poco, quando sono in gioco le garanzie delle regole processuali.

La metàbasi dell'art. 512 c.p.p. si matura alla luce del nuovo art. 111 Cost.

E' la stessa Corte costituzionale a proclamarlo in una delle prime pronunce del nuovo evo costituzionale, la **sentenza n. 440 del 2000**. Scrivono i giudici della Consulta: «(...) il quadro normativo in base al quale questa Corte aveva pronunciato la sentenza interpretativa n. 179 del 1994 è in effetti radicalmente mutato a seguito delle modifiche introdotte nell'art. 111 Cost. dalla legge costituzionale n. 2 del 1999. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale

¹² Ad es., le più volte citate: Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001, n. 33354/96; A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999, n. 37019/97; Craxi c. Italia 5 dicembre 2002, n. 34896/97; Dorigo c. Italia n. 33286/96 (rapporto della Commissione del 9 settembre 1998 e risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 15 aprile 1999); Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005.

dei fatti, nella prima parte del quarto comma, mediante la formulazione “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”, ed è richiamato anche nella sua dimensione soggettiva, cioè quale diritto dell’imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel terzo comma del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata “la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”. Il principio trova poi una specifica puntualizzazione nella regola, dettata dalla seconda parte del comma 4, secondo cui la “colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore”. Contestualmente, l’art. 111 Cost. prevede nel comma 5 che eccezionalmente, nei casi regolati dalla legge, “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”».

Se, insomma, la Corte nel 1994 era alla ricerca del «criterio tendente a contemperare il rispetto del principio dell’oralità con l’esigenza di evitare la perdita, ai fini della decisione, di quanto acquisito prima del dibattimento e che sia irripetibile in tale sede» (sentenza n. 179 del 1994), dopo la riforma costituzionale dell’art. 111, essa ritiene invece che «il richiamo alla “impossibilità di natura oggettiva” non può che riferirsi a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, che di per sè rendono non ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza, a prescindere dall’atteggiamento soggettivo»

La conseguenza è che tra le cause di impossibilità di “natura oggettiva” previste dall’art. 111 Cost., comma 5, non può essere compreso l’esercizio della facoltà legittima di astenersi dal deporre, che è appunto riconosciuta al prossimo congiunto dell’imputato, attribuendosi rilievo ad una sua manifestazione di volontà e, dunque, l’art. 512 c.p.p. va interpretato nel senso che non è consentito dare lettura delle dichiarazioni in precedenza rese dai prossimi congiunti dell’imputato che in dibattimento si avvalgono della facoltà di astenersi dal deporre a norma dell’art. 199 c.p.p.

Gli stessi principi sono ribaditi dalla Corte in una successiva pronuncia, la **sentenza n. 32 del 2002**, che compie un ulteriore *overruling*, rispetto all’importante precedente costituito dalla sentenza n. 24 del 1992. Nella pronuncia del 2002 si afferma che il

legislatore, con la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio e da ciò «deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal difensore)», così che non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195 c.p.p., comma 4, poiché il divieto della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria sulle dichiarazioni ricevute dalle persone informate sui fatti «risponde all'esigenza, costituzionalmente garantita, di evitare che, attraverso la testimonianza degli operatori di polizia giudiziaria, possa essere introdotto come prova in giudizio il contenuto di dichiarazioni consacrate in verbali di cui è vietata l'acquisizione, salva l'ipotesi, contemplata dall'art. 512 c.p.p., che di tali verbali venga data lettura per essere divenuta impossibile l'assunzione della prova in dibattimento per fatti o circostanze imprevedibili».

Tali principi sono stati mantenuti fermi anche nelle successive pronunce n. 36 e n. 292 del 2002 (con riferimento all'art. 500 c.p.p., commi 2 e 7, e art. 195 c.p.p., comma 4), con le quali si rammenta «come l'art. 111 Cost. abbia espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti», così che «alla stregua di siffatta opzione, appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento - nella quale assumono valore paradigmatico i principi della oralità e del contraddittorio - da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari». Fondamentale la conclusione del ragionamento: in contrario - scrivono i giudici - non vale lamentare «la perdita di elementi di conoscenza e il nocimento che ne conseguirebbe per l'accertamento della verità», poiché le norme censurate, in quanto «finalizzate ad evitare l'elusione del contraddittorio nella formazione della prova», sono esse stesse «espressione di un principio assunto a regola costituzionale».

Ovvio, poi, che, in questo nuovo contesto (ma, con ogni probabilità, il risultato sarebbe stato identico anche rispetto al “vecchio” testo dell'art. 111 Cost. ed alla “vecchia” giurisprudenza costituzionale) l'art. 512 c.p.p. non è applicabile - contrariamente a quanto ritenuto da un giudice *a quo* che aveva sollevato la relativa questione in base ad erronea

interpretazione - alla situazione concernente la mera incapacità dedotta dal teste di richiamare alla memoria il contenuto dell'atto assunto durante le indagini preliminari (sentenza n. 375 del 2001).

Il quadro dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte si completa con alcune recenti puntualizzazioni effettuate dalla Corte, nelle quali la ricostruzione del sistema del "recupero" del precedente dichiarativo si conforma alla nuova realtà del quadro costituzionale. Ci si riferisce, in particolare, alla **sentenza n. 197 del 2009** con la quale la Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 5 e 6 dell'art. 503 c.p.p.¹³ La sentenza ha, formalmente, per oggetto l'efficacia probatoria delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, ma offre uno spaccato interessante per la messa a punto teorica di vari profili della prova dichiarativa.

Le questioni prospettate alla Corte investivano, infatti, lo specifico profilo dell'utilizzabilità delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini come prova dei fatti riferiti - oltre che nei confronti dell'imputato dichiarante - anche nei confronti dei coimputati che non abbiano prestato il loro consenso e il cui difensore non abbia potuto partecipare all'assunzione delle dichiarazioni stesse; e ciò, anche fuori dei casi eccezionali previsti dall'art. 500, comma 4, cod. proc. pen. con riguardo all'esame testimoniale.

Ad avviso del giudice *a quo*, le norme impugnate violavano, oltre che l'art. 24 Cost. soprattutto il principio del «contraddittorio nella formazione della prova», enunciato dall'art. 111, quarto comma, Cost., consentendo esse l'utilizzazione nel processo, ai fini della decisione di merito, il contenuto di dichiarazioni rese da uno degli imputati senza che vi sia stata la possibilità di controesaminarlo da parte dei difensori degli altri imputati: e ciò, anche quando non ricorrano le fattispecie di deroga previste dall'art. 111, quinto comma, Cost.

La Corte, per pervenire alla declaratoria di infondatezza, ha innanzitutto decostruito l'interpretazione posta a fondamento dell'eccezione da giudice *a quo*. Questi muoveva dal

¹³ Le questioni, sollevate dal Tribunale di Augusta, avevano ad oggetto, in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., l'art. 503, commi 5 e 6, c.p.p., nella parte in cui (comma 5) non prevede che «le dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso, salvo che ricorrano i presupposti di cui all'art. 500, comma 4, cod. proc. pen.» edesimo articolo nella parte in cui non prevede che «le dichiarazioni, rese [al giudice] a norma degli articoli 294, 299, comma 3-ter, 391 e 422 cod. proc. pen., non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso, salvo che ricorrano i presupposti di cui all'art. 500, comma 4, cod. proc. pen.».

presupposto che, in base alle norme censurate, le precedenti dichiarazioni difformi, rese dall'imputato prima del giudizio e utilizzate per le contestazioni, assumessero - una volta acquisite al fascicolo per il dibattimento - piena efficacia probatoria senza limitazioni non solo nei confronti dell'imputato che le ha rese, ma anche dei coimputati.

La Corte - nel ribadire che il principio del «contraddittorio nella formazione della prova», enunciato dal quarto comma dell'art. 111 Cost. comporta che tutte le parti devono essere poste in grado di partecipare attivamente al momento genetico, e non soltanto di formulare *a posteriori* valutazioni su elementi acquisiti unilateralmente - afferma che da tale sistema costituzionale «discende l'impermeabilità del processo rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti» e che «per le prove dichiarative, il contraddittorio e il suo necessario corollario della oralità sono ora, nel dibattimento, regola generale» con conseguente necessità di interpretare le regole codicistiche in coerenza con gli enunciati dell'art. 111 Cost.

Interpretazione necessaria a fronte di evidenti lacune o disarmonie che permangono nel sistema in esito all'attuazione della normativa sul "giusto processo". Infatti, la legge n. 63 del 2001, attuativa dei principi del giusto processo, pur avendo mutato la regola di utilizzabilità delle dichiarazioni servite per le contestazioni al testimone e ripristinata l'esclusione probatoria contenuta nella stesura iniziale del codice, ha lasciato formalmente inalterata la disciplina prevista dai commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen. Infatti tali norme, «derogando al principio d'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni rese durante le indagini», continuano a prevedere formalmente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, se utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni difformi rese dall'imputato in precedenza, cui il difensore aveva diritto di assistere, integrando così un palese *vulnus* tanto rispetto al nuovo precetto costituzionale, quanto all'interpretazione di esso fornito, sul punto, dalla Corte costituzionale (ordinanza n. 36 del 2002).

La Corte ritiene che l'unica interpretazione della disciplina censurata conforme a Costituzione sia quella di ritenere che il recupero probatorio per effetto delle contestazioni, prefigurato dai commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen., non operi comunque ai fini

dell'affermazione della responsabilità di soggetti diversi dal dichiarante¹⁴. Dunque, le dichiarazioni *contra alios* rese da uno di detti imputati nelle fasi anteriori al giudizio, ancorché acquisite al fascicolo del dibattimento a seguito di contestazione, hanno la stessa limitata valenza probatoria delle precedenti dichiarazioni difformi utilizzate per le contestazioni nell'esame testimoniale. Le norme di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 503 c.p.p. - anche alla stregua del rinvio, operato dal comma 4, all'art. 500, comma 2, dello stesso codice - comportano che le dichiarazioni rese nelle fasi anteriori al giudizio dall'imputato possono essere utilizzate, per quel che concerne la responsabilità dei coimputati, ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, salvo che gli stessi coimputati prestino consenso all'utilizzazione piena ovvero ricorrano le circostanze indicate dall'art. 500, comma 4.

8. - I tentativi di un' interpretazione “convenzionalmente conforme” dell'impossibilità sopravvenuta: a) la giurisprudenza di merito (C.Assise S. Maria Capua Vetere, 3 agosto 2005, A.ed altri)

Come spesso accade, le sensibilità a nuovi scenari di garanzia nel processo penale non sono calate dall'alto, dal vertice della legittimità: esse, piuttosto, provengono “dal basso”, dalla magistratura di merito. Sono cioè i giudici del merito a sperimentare per primi soluzioni che, talvolta, sembrano persino eccentriche rispetto all'ordine procedurale costituito nei codici: è avvenuto con la Carta costituzionale (e non solo attraverso gli incidenti di costituzionalità sollevati); avviene oggi rispetto alla Convenzione europea. Anche rispetto a

¹⁴ Per pervenire a tale conclusione, la Corte rileva, anzitutto, che le regole generali per l'interrogatorio sono state modificate dalla legge n. 63 del 2001. Il riferimento è innanzitutto all'art. 64 c.p.p. ove si prevede che, prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvisata che le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti e che, se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone. L' avvertimento - proseguono i giudici - indica al dichiarante la “sorte” che avranno nel dibattimento le sue dichiarazioni, qualora non intenda avvalersi della facoltà di non rispondere e la norma è stata ritenuta applicabile anche all' esame dibattimentale (ordinanza n. 191 del 2003). In tutti i casi, pertanto, in cui l'imputato - dichiarante *erga alios* - non versi in situazione di incompatibilità a testimoniare (alla stregua, in particolare, dell'art. 197-*bis* cod. proc. pen., introdotto anch'esso dalla legge n. 63 del 2001), trova diretta applicazione la disciplina dettata dall'art. 500 cod. proc. pen. per l'esame testimoniale: disciplina a fronte della quale le pregresse dichiarazioni difformi dell'imputato sulla responsabilità altrui, lette per la contestazione, sono utilizzabili dal giudice solo per valutare la credibilità del dichiarante e non costituiscono prova dei fatti in esso affermati (comma 2), salvo ricorrano le speciali ipotesi previste dal comma 4. Ma la conclusione - secondo la Corte - non può essere diversa neppure quando ricorra una situazione di incompatibilità all'assunzione dell'ufficio di testimone. Invero «le regole sull'esame testimoniale, di cui al citato art. 500 cod. proc. pen., risultano attualmente richiamate, difatti - in luogo di quelle dell'art. 503 - anche dall'art. 210 cod. proc. pen.: norma questa - parimenti oggetto di profonda revisione da parte della legge attuativa dei principi del giusto processo - che fissa i modi con i quali è possibile acquisire il contributo probatorio delle persone imputate in un procedimento connesso o di un reato collegato, che siano incompatibili come testimoni (quale, tra gli altri, l'imputato di concorso nel medesimo reato, nei cui confronti non sia stata pronunciata sentenza irrevocabile: ipotesi ricorrente nel giudizio *a quo*)».

quest'ultima, infatti, lo sforzo di una traduzione dei suoi principi nell'agire giudiziario pratico è stato sperimentato, ben prima del giudice di legittimità, con soluzioni "di merito" talvolta ardite e non ortodosse, ma sicuramente coerenti con i precetti della CEDU e con la nobile finalità di attuarli.

E' il caso della sentenza della Corte di Assise di S.Maria Capua Vetere¹⁵, la quale afferma una serie di principi e suggerisce una serie di soluzioni per conformare l'ordinamento processuale italiano alla giurisprudenza di Strasburgo che solo alcuni anni dopo la Corte di cassazione, con ben maggiore timidezza e cautela, recepirà.

I principi affermati dalla Corte di merito campana sono due. Con il primo - il più discutibile, va detto subito - si afferma che le norme giuridiche desumibili dalla Convenzione EDU «sono direttamente applicabili dal giudice italiano». E ciò sia perché sono numerose le disposizioni di detto Accordo a stabilirne l'effettività (come, ad esempio, gli artt. 1 e 13), sia perché i principi e le regole posti da detta fonte pattizia costituiscono ormai «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», cui l'ordinamento italiano «si conforma» *ex art.* 10 Cost.

Con il secondo principio, i giudice di S. Maria Capua Vetere applicano la regola dell'art. 6, § 3, lette d) come stabilita dalla giurisprudenza CEDU - vale a dire che sono utilizzabili ai fini della decisione elementi di prova non formati nel contraddittorio dibattimentale, ma essi non possono costituire l'unica e decisiva fonte di convincimento per affermare la penale responsabilità dell'imputato - ed escludono di poter affermare la colpevolezza dell'imputato in ordine ad un reato di estorsione in quanto l'unico elemento a carico era costituito dalle dichiarazioni di un testimone escusso nella fase delle indagini preliminari e deceduto prima che l'imputato o il suo difensore avessero la possibilità di esaminarlo.

Come accennato, il primo dei due principi lascia perplessi: ma non è questa la sede idonea per affrontare *funditus* tale problematica. E' sufficiente evidenziare che, anche alla luce della giurisprudenza, assai nota, della Corte costituzionale (anche antecedente alle sentenze gemelle del 2008, n. 348 e 349, non ancora esistenti all'epoca della pronuncia in

¹⁵ Corte di Assise di S. Maria Capua Vetere, 3 agosto 2005, Pres. Cosentino, Est. Corbo, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2029, con nota di A. BALSAMO, *La cultura della prova del giudice nazionale e l'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (p. 2036).

esame) :a) le norme della CEDU non sono direttamente applicabili dal giudice nazionale, avendo quali destinatari, a differenza delle norme comunitarie, non le singole autorità giurisdizionali degli Stati membri, ma solo questi ultimi; b) non sono (*rectius*: non lo sono tutte, certamente) norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e dunque, immediatamente precettive ed applicabili *ex art. 10*, primo comma, Cost.; c) il meccanismo della loro efficacia nell'ordinamento interno è quello, com'è noto, della interposizione attraverso il meccanismo dell'art. 117, primo comma, Cost..

Ma, al di là di questo, non si può non guardare con interesse al tentativo, espresso dal secondo principio affermato, di saldare la normativa interna alla giurisprudenza europea, facendo di essa quantomeno uno *standard* in tema di valutazione della prova: ciò che - al di là del meccanismo (errato) posto a premessa - costituisce una positiva innovazione per nulla incompatibile, tra l'altro, anche con le regole processuali "interne", perché perfettamente conforme ai principi del giusto processo sanciti in Costituzione in relazione alle dichiarazioni irripetibili. Come affermerà con chiarezza, quattro anni dopo la sentenza dei giudici della Corte d'Assise, la stessa Corte di cassazione (*v. infra*, § 10).

9. - *Segue.* b) la giurisprudenza di legittimità: la sentenza Poltronieri (Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331)

La prima, significativa pronuncia della Corte di legittimità che recepisce i principi affermati dalla Corte EDU sopra illustrati sopravviene ad oltre due anni di distanza dal tentativo dei giudici di merito della Corte di assise di S. Maria Capua Vetere.

Si tratta della sentenza della sez. II del 18 ottobre 2007, n. 43331, Poltronieri.

Due sono i principi di diritto affermati in questa sentenza.

Il primo inerisce all'interpretazione della nozione di irreperibilità che legittima la lettura della dichiarazione resa nella fase procedimentale: cioè *come* deve essere intesa la condizione posta dall'art. 512 c.p.p. per la lettura e l'acquisizione.

Il secondo principio stabilisce le regole di valutazione cui il giudice deve attenersi con riguardo alle dichiarazioni acquisite *ex art. 512 c.p.p.*: cioè, *come* valutare ciò che si è acquisito in forza di tale meccanismo di recupero.

Nel primo principio, la Corte afferma che la lettura dibattimentale ai sensi dell'art. 512 c.p.p., è legittima: a) se sia accertata la irreperibilità del teste sulla base di rigorose ed

accurate ricerche condotte a tal fine; b) se sia accertato, con prognosi postuma, che nella fase delle indagini preliminari non sussistevano le condizioni che, facendo prevedere un'impossibilità della ripetizione dell'atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l'espletamento dell'incidente probatorio; c) se sia accertato che l'irreperibilità non sia riconducibile ad una scelta volontaria e libera del teste di sottrarsi all'esame nel contraddittorio dibattimentale.

La Corte aggiunge che tali accertamenti, da condurre con riferimento alla specifica situazione di fatto, inducono a valutazioni riservate al giudice di merito, che deve fornire adeguata e logica motivazione.

Le molte sollecitazioni teoriche che questo "prontuario della irreperibilità" – assolutamente inedito¹⁶ per la giurisprudenza di legittimità – genera, non possono, ovviamente, essere sviluppate in questa sede nella loro integralità.

Possano tuttavia sottolinearsi i profili di maggiore pregnanza.

Innanzitutto, la Corte pone una domanda di grande centralità teorica: a quali condizioni è possibile considerare l'irreperibilità del teste quale "oggettiva impossibilità" sopravvenuta che legittima la lettura delle dichiarazioni predibattimentali. A tale domanda - che involge il profilo della "imprevedibilità" previsto dall'art. 512 c.p.p., ma non nel precetto costituzionale - la Corte risponde affermando che, in forza di un principio di interpretazione conforme al dettato costituzionale (art. 111, quinto comma, Cost.), i fatti o le circostanze che sono imprevedibili per la parte (privata o pubblica) che fa richiesta della lettura sono di natura oggettiva quando non siano imputabili alla stessa parte richiedente (perché imprevedibili) e non siano imputabili a libera scelta della fonte testimoniale di sottrarsi all'esame dibattimentale, sempre che tale scelta non sia stata coattivamente determinata da violenza fisica, psichica o economica esercitata sulla fonte testimoniale. A tali condizioni, «il requisito della "oggettività" dell'impossibilità assorbe quello della imprevedibilità».

L'accertamento di tale profilo di oggettività riferita all'impossibilità – accertamento richiesto espressamente dal comma quinto dell'art. 111 Cost. – deve essere tuttavia rigoroso, non potendo costituire idonea prova di irreperibilità una verifica burocratica e routinaria, come il difetto di notificazione o le risultanze anagrafiche. Nel concreto, tale accertamento

¹⁶ Tale è ritenuto da Tonini, *Il testimone irreperibile*, cit., 881.

deve svolgersi secondo il noto criterio della formulazione di una prognosi postuma, già ampiamente affermato in giurisprudenza. Nondimeno, è proprio sull'arco temporale che tale prognosi deve coprire che si innesta una delle più interessanti novità della pronuncia. Afferma, infatti, la Suprema Corte che il suddetto giudizio di imprevedibilità deve essere espresso con riferimento all'intera fase in cui è possibile chiedere l'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.). Ciò in quanto «il criterio dell'imprevedibilità costituisce il nesso tra gli istituti dell'incidente probatorio e quello dell'irripetibilità sopravvenuta, poiché si ricollega logicamente alla possibilità di instaurare un meccanismo procedurale che consenta di acquisire la prova in contraddittorio prima del dibattimento per evitarne la dispersione». Occorre, dunque, accertare che nella fase delle indagini preliminari non sussistevano le condizioni che, facendo presagire un'impossibilità della ripetizione dell'atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l'espletamento dell'incidente probatorio.

Questo insistito riferimento temporale è stato letto come una sorta di avallo, da parte della Corte di legittimità, a quelle proposte della dottrina che auspicano un superamento della tassatività delle ipotesi di incidente probatorio dell'art. 392 c.p.p. per l'ammissione dell'incidente probatorio. Sulla scorta anche di note pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità europee¹⁷ si è richiesto al giudice dell'indagine preliminari una dilatazione interpretativa che – ad onor del vero – risulterebbe assai eccentrica rispetto alla lettera della norma: precisamente, di «interpretare in senso ampio il presupposto prognostico del “grave impedimento” come causa ostativa del futuro esame dibattimentale del testimone».¹⁸ Operazione ermeneutica, questa, che potrebbe giustificarsi (posto il sacrificio al principio di immediatezza, che verrebbe alquanto insultato) con la necessità di garantire quantomeno un contraddittorio di valore “preventivo”, proprio in ragione delle linee di tendenza della giurisprudenza europea.

A queste ultime, d'altra parte, la sentenza Poltronieri – dopo una lunga ricostruzione del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali – espressamente si richiama. In particolare,

¹⁷ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia 16 giugno 2005, Pupino, in *Dir.pen.proc.*, 2005, p. 1178, con nota di A. Fabbriatore, *ivi*, 2006, 640

¹⁸ Così E. SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in A. BALSAMO- R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea*, cit., p. 380

l'interprete è invitato «non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una “osmosi” tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale».

In tale logica, la Corte proclama il secondo principio di diritto, attinente al profilo della valutazione probatoria delle dichiarazioni acquisite mediante lettura, ai sensi dell'art. 512 c.p.p.. In tal caso – afferma la Corte – una lettura armoniosa dei principi desumibili dal sistema costituzionale (art. 111 Cost.) e di quello della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6), così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, impone al giudice la valutazione di tali dichiarazioni «con ogni opportuna cautela, non solo conducendo un'indagine positiva sulla credibilità sia soggettiva che oggettiva, ma anche ponendo in relazione la testimonianza con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali». Come dire: mai più condanne fondate esclusivamente o prevalentemente sulla sola dichiarazione irripetibile “recuperata” per la decisione dibattimentale.

10. - *Segue: c) la sentenza Marinkovic (Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 44158)*

Ma il tentativo più riuscito di conformare i principi del sistema italiano all'indirizzo della giurisprudenza CEDU è certamente rappresentato da una recente pronuncia della Cassazione, che si segnala per originalità di soluzioni oltre che per una lucida impostazione sistematica.

Ci si riferisce alla sentenza della Sez. I^a del 23 settembre 2009 (depositata il 18 novembre 2009), n. 44158, (Pres. Chieffi; est. Di Tomassi; imp. Marinkovic).¹⁹

¹⁹ All'esame della Corte era la vicenda di un tentativo di rapina in abitazione, nel corso della quale era rimasto ferita una delle parti offese, ucciso uno dei rapinatori e ferito un altro. Il Tribunale, pervenendo ad un giudizio di responsabilità in ordine ai vari reati contestati, ricostruiva dettagliatamente la vicenda e ne individuava gli autori in base, soprattutto, delle dichiarazioni rese durante le indagini e acquisite *ex art. 512 c.p.p.* da Olga Dragutinovic, moglie del rapinatore ucciso, su quanto da lei direttamente osservato nella fase preparatoria della rapina o a lei riferito da coloro che vi avevano materialmente partecipato, ritenendo l'attendibilità della donna anche per via dei riscontri acquisiti mediante l'intercettazione dei colloqui avuti in carcere dagli arrestati, i tabulati telefonici, i dati logistici e identificativi acquisiti, quelli relativi all'autovettura verosimilmente usata per la fuga. Investita del gravame degli imputati, la Corte d'appello di Venezia, salva la declaratoria di prescrizione per taluni reati minori, confermava la sentenza di primo grado, affermando, con specifico riguardo ai motivi d'appello che dovevano ritenersi pienamente utilizzabili le dichiarazioni rese nella fase delle indagini dalla testimone Olga Dragutinovic acquisite *ex art. 512 c.p.p.*, perché: (a) correttamente la dichiarante era stata sentita in qualità di persona informata sui fatti e non come indagata di reato connesso o collegato;

La Corte muove dalla premessa che la irripetibilità – che costituisce il cardine del meccanismo di recupero al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in sede d’indagini disciplinate dall’art. 512 c.p.p. – attiene al procedimento di assunzione della prova, ovvero alla “ripetizione dell’assunzione dell’atto dichiarativo” (secondo i sintagmi di Corte cost. n. 375 del 2001), la quale deve risultare fenomenicamente – e perciò oggettivamente, dal punto di vista processuale – irrealizzabile. La irripetibilità non attiene, cioè, al *contenuto* della prova, ovvero al risultato del procedimento acquisitivo (alle dichiarazioni, rese o non rese): perché se così fosse – sembra dire la Corte – la nozione di irripetibilità sarebbe svuotata di ogni autentico significato euristico: ogni dichiarazione, quanto al suo contenuto, al suo risultato è, evidentemente, irripetibile, specie se reiterata dopo un lungo lasso di tempo. Fin qui, nulla di nuovo: la Cassazione ribadisce concetti già ampiamente utilizzati in precedenza. Le novità di impostazione subentrano, invece, nell’ulteriore passaggio argomentativo, allorché la Corte afferma che se è indubbio che la oggettiva (nel senso indicato) e imprevedibile sopravvenuta impossibilità di dar corso al procedimento probatorio (all’assunzione) comporta *ex se* l’acquisizione mediante lettura dell’atto al fascicolo del dibattimento in base al combinato disposto degli artt. 515 e 512 c.p.p., per altro verso, «tanto non basta tuttavia a rendere senz’altro e senza limiti utilizzabili per la decisione le dichiarazioni acquisite unilateralmente dall’accusa». Ciò perché la norma che “governa” il meccanismo è in realtà l’art. 526 c.p.p., comma 1-*bis*, che disciplina la utilizzabilità ai fini

(b) correttamente le dichiarazioni della donna dovevano ritenersi acquisite e utilizzabili *ex artt.* 512 e 516 c.p.p. dal momento che la donna, dopo avere rilasciato le dichiarazioni accusatorie nei confronti degli imputati, era stata citata quel testimone ma s’era resa irreperibile evadendo dal carcere ove era ristretta in occasione di un permesso premio e non v’era alcuna prova che quella tale "Djor Nuc", il cui certificato di detenzione dal 13.5.2007 al giorno 11.8.2008, era stato prodotto in dibattimento dallo stesso Procuratore generale, fosse proprio la Dragutinovic, rilevando *ad abundantiam* che detta carcerazione era successiva alla sentenza di primo grado e precedente al giudizio d’appello; (c) la situazione processuale considerata, della irreperibilità della testimone, oggettivamente integrava una sopravvenuta impossibilità di ripetere l’esame, affatto imprevedibile al momento in cui erano state assunte le sue dichiarazioni durante le indagini, attesa la condizione di detenuta in esecuzione di condanna definitiva della donna e il lontano fine pena; (d) l’irreperibilità non appariva soggettivamente attribuibile ad una scelta volontaria della dichiarante di sottrarsi all’esame degli imputati o dei difensori. Nel proposto ricorso per Cassazione, gli imputati avevano essenzialmente lamentato la violazione dell’art. 512 c.p.p., in particolare sul punto concernente l’accertamento sia dell’impossibilità oggettiva sia dell’imprevedibilità della ripetizione delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini al Pubblico ministero. Soprattutto, si duolevano del fatto che la Corte d’appello avesse rigettato l’istanza di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale e ciò nonostante la difesa avesse tentato di dimostrare, mediante l’acquisizione degli atti del procedimento di sorveglianza, che l’evasione di Olga Dragutinovic era frutto di scelta intenzionale e libera e di accertare che la donna era viva e reperibile al momento del giudizio d’appello; in quanto si trovava ristretta in carcere pur se registrata con altro nome.

della decisione delle prove e che dispone che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato e del suo difensore»

Dunque – e l'affermazione risulta esplicita nella sentenza – è la regola dell'art. 526 c.p.p., comma 1-bis, che impedisce al giudice di fondare la decisione su una prova dichiarativa acquisita mediante il meccanismo di recupero dell'art. 512 c.p.p., ma a tre condizioni.

La prima, del tutto esplicita, concerne l'ambito e il verso della decisione in relazione alla quale opera la regola di inutilizzabilità: solo ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato.

La seconda, pure esplicita, riguarda l'atteggiamento soggettivo del dichiarante: la ragione che ha reso impossibile la ripetizione dell'esame, che deve risiedere in una scelta libera di sottrarsi al contraddittorio.

La terza inequivocabilmente discende dall'origine storica e dalla ragione sistematica della previsione ed è implicita nell'enunciato linguistico, che parla di «colpevolezza» «provata» «sulla base» e che ben si presta ad essere interpretato nel senso che il divieto opera solo nelle situazioni in cui la prova costituisce il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza.

E' chiara, a questo punto, l'operazione concettuale della Suprema Corte. Aniché seguire la tradizionale impostazione che gioca tutto sulla interpretazione più o meno restrittiva dell'art. 512 c.p.p., la sentenza sceglie, per così dire, un argine più a valle per fermare la trasmigrazione del valore probatorio della dichiarazione predibattimentale. Esso non è più rappresentato dall'art. 512 c.p.p., con la sua controversa nozione di irripetibilità, ma è costituito da quella che Paolo Ferrua, profeticamente quasi dieci anni fa, chiamò la “regola d'oro” o la “regola finale” del contraddittorio: e cioè l'art. 526, comma 1-bis c.p.p. Pare, insomma, che la Cassazione utilizzi un doppio meccanismo: da un lato, quello puramente *acquisitivo ex art. 512 c.p.p.*, ma senza eccessive guerre di religione giocate sull'esegesi della “irripetibilità per impossibilità sopravvenuta”; dall'altro lato, quello della concreta *utilizzazione* del materiale investigativo (comunque) acquisito al fascicolo del dibattimento,

utilizzazione impedita comunque *ex art. 526, comma 1-bis c.p.p.* ai fini della condanna in presenza di determinate condizioni.

A proposito di tale ultima norma, la Corte valorizza un argomento storico-testuale assai convincente. Ricorda, infatti, che la disposizione è stata introdotta dalla legge n. 63 del 2001 a mo' di traduzione codicistica (con aggiustamenti esclusivamente formali) del precetto recato dalla seconda parte dell'art. 111 Cost., comma 4, (come novellato dalla legge cost. n. 2 del 1999), la quale, a sua volta, si proponeva di rendere espliciti a livello costituzionale i principi del giusto processo enunciati dall'art. 6, § 3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ed ha buon gioco il giudice di legittimità a rammentare che, per giurisprudenza costante della Corte EdU (come sopra ampiamente dimostrato), l'assenza di contraddittorio è incompatibile con la Convenzione solo nell'ipotesi in cui le dichiarazioni della persona alla quale l'imputato o il difensore non hanno potuto porre domande costituiscano la base esclusiva della condanna o contribuiscono in maniera determinante ad essa.

Siffatta ricostruzione della sequenza processuale in termini di lettura-acquisizione-utilizzazione della prova dichiarativa, in termini così sistematici e, soprattutto, con l'occhio espressamente rivolto a Strasburgo costituisce per molti aspetti un *novum* nella giurisprudenza della Cassazione. Essa era stata solo accennata in pronunce precedenti²⁰, ma senza essere mai stata effettivamente sviluppata e, soprattutto, finalizzata ad una interpretazione "convenzionalmente orientata" come in questo caso.

Ma tale interpretazione, oltre a conformarsi alla giurisprudenza europea, è *davvero* conforme al canone costituzionale del comma quinto dell'art. 111 Cost.?

La Corte di legittimità ne è certa: e tale sicurezza può certamente essere condivisa.

Il quinto comma dell'art. 111 – affermano i giudici – permette al legislatore di derogare al principio del contraddittorio nella formazione della prova in ragione di determinate situazioni soggettive (meglio, riferibili a scelta dell'imputato) od oggettive. Non impone però di realizzare tali deroghe con una disposizione singola anziché mediante un sistema normativo più articolato, purché del precetto costituzionale «nel suo complesso» sia

²⁰ V., in particolare, S.U. del 28 maggio 2003 n. 36747, Torcasio; sez. I del 20 giugno 2006, n. 23571, Ogaristi; Sez. I del 29 marzo 2007 n. 18848, Barbaro; Sez. VI, del 9 ottobre 2008, n. 39985, Iamundo.

assicurata l'attuazione; né, per la parte in cui autorizza a disciplinare i casi di oggettiva impossibilità di assunzione dell'atto in contraddittorio, il dettato costituzionale diviene idoneo a sovrapporsi *ex se* all'art. 512 c.p.p. Come dire: l'art. 512 c.p.p. non è il calco perfetto del comma quinto dell'art. 111 Cost., né la sua unica possibile traduzione a livello codicistico, ben potendo il precetto costituzionale trovare attuazione non in una soltanto, ma in un *sistema* di diverse norme del codice di rito, come, ad esempio, nel sistema che risulta dagli artt. 512 e 526, comma 1-*bis* c.p.p.. Che tra l'art. 512 c.p.p. e l'ar. 111, quinto comma, c.p.p. non vi sia piena sovrapponibilità è d'altronde confermato da una serie di indici inequivoci. La disposizione codicistica, per un verso, «arricchisce la garanzia con la prescrizione della imprevedibilità»; per altro verso, essa è suscettibile d'applicazione anche in relazione ad atti a favore dell'imputato, a prove assunte dal suo difensore, alle dichiarazioni raccolte in udienza preliminare: ipotesi, queste, non ricavabili dal solo testo costituzionale.

Occorre, cioè, pervenire ad una interpretazione equilibrata che rispetti appieno la *ratio* del comma quinto dell'art. 111 Cost. Infatti: se si affermasse la preclusione alla lettura per impossibilità di ripetere l'assunzione dell'atto imputabile ad un comportamento volontario anche se non libero del dichiarante, si impedirebbe la utilizzazione delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio anche se il dichiarante si fosse sottratto ad esso perché sottoposto a minacce. D'altra parte, se si tentasse di correggere tale interpretazione nel senso di ritenere che la lettura è preclusa in caso di oggettiva impossibilità dipendente da comportamento volontario e libero del dichiarante risulterebbe posta nel nulla la garanzia posta a presidio dell'imputato dall'art. 526 c.p.p., comma 1-*bis* e dalla stessa previsione dell'art. 111 Cost., comma 4: sarebbe infatti inibito il meccanismo di lettura-acquisizione, e quindi in radice la utilizzabilità, anche delle prove dichiarative a favore dell'imputato, da chiunque assunte.