

SEZIONE III
APORIE NEL QUADRO DEL SISTEMA PROBATORIO

I
PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO,
UTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI
PREDIBATTIMENTALI E NOZIONE DI TESTIMONE
TRA GIURISPRUDENZA EUROPEA E CRITICITÀ
DEL SISTEMA ITALIANO

*di Antonio Balsamo e Angela Lo Piparo **

SOMMARIO: 1. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova: la valenza innovativa del “punto di vista esterno” adottato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. – 2. La nozione autonoma di testimone e l’ambito di applicazione del diritto alla prova. – 3. La lettura articolata del principio del contraddittorio e le dichiarazioni dei “testimoni assenti” nella giurisprudenza europea. – 4. I punti critici del sistema italiano in tema di utilizzazione probatoria delle dichiarazioni predibattimentali. Il rimedio di una interpretazione “convenzionalmente orientata”. – 5. Le caratteristiche dei riscontri alle dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio secondo la giurisprudenza europea. – 6. Il problema della irrilevanza probatoria delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni nell’esame dibattimentale. – 7. Le implicazioni in materia di testimonianza indiretta: la ridefinizione dell’ambito di operatività dell’art. 526 comma 1-*bis* c.p.p.

* Anche se il capitolo è frutto del lavoro collettivo dei due autori, A. Balsamo ha redatto i paragrafi 1, 4, 5, 6, mentre A. Lo Piparo ha redatto i paragrafi 2, 3, 7.

1. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova: la valenza innovativa del “punto di vista esterno” adottato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.*

La riforma dell’art. 111 Cost., e la legge 1° marzo 1991, n. 63 che ha inciso in profondità sulla fisionomia del processo penale, sono state motivate dal dichiarato intento di rendere effettivo, nel nostro ordinamento, il nucleo centrale delle garanzie previste dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Questo intento ha però trovato attuazione in misura assai parziale, specialmente nel campo del diritto delle prove: se si guarda alla disciplina italiana dal punto di vista “esterno” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si percepisce con chiarezza la persistenza di quell’atteggiamento “autarchico” che ha storicamente contrassegnato il rapporto del nostro stato con la Convenzione di Roma¹.

In questa materia, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, oltre a svolgere un’importantissima funzione di raccordo culturale tra gli ordinamenti continentali e quelli anglosassoni, esprime una serie di indicazioni innovative che conducono a ripensare il significato profondo delle garanzie insite nel principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Alla consolidata elaborazione giuridica italiana, imperniata su una rigida applicazione del principio di separazione funzionale delle fasi e sulla netta distinzione tra il contraddittorio “sulla prova” e il contraddittorio “per la prova”, la giurisprudenza europea sovrappone una diversa prospettiva, in cui la valenza conoscitiva del contraddittorio viene rafforzata inquadrandola in una visione unitaria della dinamica processuale.

Quello che sta sviluppandosi, per effetto dell’opera della Corte di Strasburgo, non è un semplice punto di incontro tra i sistemi di matrice accusatoria e quelli di tradizione inquisitoria, ma un modello probatorio *sui generis*, di tipo “partecipativo”², fondato su una estensione “a

¹ Cfr. F. PALAZZO-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1988, p. 33.

² Sull’argomento v. le osservazioni di J. JACKSON, *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?*, in *Modern Law Review*, 2005, p. 737 s., che rileva come la dicotomia accusatorio-inqui-

trecentosessanta gradi” della sfera soggettiva delle garanzie, volta ad assicurare una adeguata tutela a tutti i diritti fondamentali in vario modo coinvolti dalla dinamica processuale e dal rapporto sostanziale che è ad essa sotteso³.

Il nuovo tipo di processo che la Convenzione tende a promuovere, lungi dal consacrare una sorta di compromesso tra le due tendenze tradizionali, è volto a sottolineare una esigenza accresciuta, e dunque un progresso in rapporto all’una come all’altra⁴.

Ad una concezione “unidimensionale” del principio del contraddittorio, ristretta entro i binari della dialettica tra pubblico ministero ed imputato, si sostituisce un approccio “pluridimensionale” che traccia precise linee-guida per il temperamento tra i diversi interessi sottesi alla prova penale: da un lato, il diritto dell’accusato al confronto con i testi a carico; dall’altro, l’obiettivo di una ricostruzione per quanto possibile completa dei fatti di causa, in vista di una effettiva repressione della criminalità, la necessità della protezione di vittime e testimoni da minacce e intimidazioni e, infine, l’esigenza di evitare che soggetti dalla personalità fragile siano esposti, durante la deposizione, a traumi e *stress* eccessivi.

Il giudice europeo ha fatto ricorso ad una logica gradualistica e sfumata⁵, ed ha così elaborato una serie di criteri che – al di là di aprioristiche prese di posizione – consentono di emanare decisioni che garantiscono, attraverso un attento bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco, il maggior grado di effettività possibile nel caso concreto dei diritti riconosciuti nella Convenzione, posti in combinazione fra loro.

Seguendo questa impostazione, la Corte europea, in numerose pronunce⁶, ha posto a carico dello Stato un obbligo di organizzare il pro-

torio abbia oscurato la natura autenticamente innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia probatoria. Si tratta, infatti, di una giurisprudenza che tende a trasformare piuttosto che a combinare le impostazioni tradizionali degli ordinamenti di *common law* e di *civil law*.

³ Un corollario di questa impostazione è l’esigenza di garantire la tendenziale corrispondenza tra i diritti fondamentali coinvolti nel rapporto sostanziale e quelli tutelati nel rapporto processuale.

⁴ Per queste osservazioni, cfr. M. DELMAS-MARTY, *La prova penale*, in *Indice pen.*, 1996, p. 609.

⁵ Cfr. M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio; il caso delle “testimonianze anonime”*, in *Giur. it.*, 1998, IV, p. 853-858.

⁶ V. le sentenze emesse, rispettivamente, il 20 novembre 1989 nel caso *Kostovski c. Paesi Bassi*, il 26 marzo 1996 nel caso *Doorson c. Paesi Bassi*, il 23 aprile 1997 nel caso

cesso penale in modo tale da non mettere ingiustificatamente in pericolo determinati beni giuridici di particolare rilievo, non espressamente menzionati dall'art. 6, ma protetti da altre disposizioni della Convenzione, come il diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza dei testimoni. I principi del "giusto processo" richiedono dunque che, «in determinate ed opportune circostanze, gli interessi della difesa siano bilanciati con quelli degli individui e delle vittime chiamati a rendere la propria testimonianza».

Ed è la stessa nozione di *fairness*, consacrata nell'art. 6 del testo convenzionale, a richiedere che questi interessi vengano presi in considerazione allo stesso modo di quelli degli imputati⁷.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il contraddittorio vede ridotta la sua efficacia di "regola di esclusione" della ammissibilità di determinate tipologie probatorie, ma, al tempo stesso, vede potenziata la sua incidenza sul terreno della valutazione della prova. Ad un assetto nel quale la rigorosa delimitazione della gamma degli elementi utilizzabili in giudizio è accompagnata, di regola, dalla loro equiparazione sul piano della formazione del convincimento del giudice, si preferisce un diverso punto di equilibrio, in cui la maggiore estensione del materiale dimostrativo disponibile per il giudice del dibattimento è controbilanciata dalla affermazione di un metodo di ricostruzione dei fatti che privilegia il valore determinante delle fonti di prova sottoposte al controesame della difesa⁸.

Si tratta di un indirizzo coerente con le linee evolutive riscontrabili nei sistemi accusatori di *common law*, che si muovono verso una regolamentazione in cui i principi di oralità e di immediatezza, pur esprimendo una tendenza fondamentale dell'ordinamento, non assumono il ruolo di condizioni esclusive ed assolute di utilizzabilità dei mezzi di prova. I suddetti principi, quindi, non vengono "assolutizzati", ma, piut-

Van Mechelen ed altri c. Paesi Bassi, il 14 febbraio 2002 nel caso *Visser c. Paesi Bassi*, e la decisione di inammissibilità emanata il 4 luglio 2000 nel caso *Kok c. Paesi Bassi*.

⁷ J. JACKSON, *op. cit.*, p. 760-761.

⁸ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo viene ad incidere anche sul tema della formazione della prova nel giudizio di impugnazione. Precisamente, la sentenza emessa il 18 maggio 2004 nel caso *Destrehem c. Francia* ha ravvisato una violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. d della Convenzione nell'ipotesi in cui la condanna dell'imputato in sede di appello si fondi su una rivalutazione delle deposizioni rese nel giudizio di primo grado (conclusosi con una sentenza di assoluzione), senza che sia stata accolta la richiesta della difesa di escutere nuovamente i testimoni.

tosto, temperati con altri di pari rilievo, in relazione all'enorme varietà dei casi problematici che emerge nella prassi applicativa.

Nel processo *adversarial* l'ammissibilità viene a configurarsi sempre più come una funzione del valore dimostrativo della prova, invece che come il prodotto di una perentoria definizione legale; l'originaria impostazione che conduceva a concettualizzare una rigida regola di esclusione accompagnata da limitate eccezioni, è stata superata da un nuovo approccio ispirato al principio di inclusione, che enuclea principi generali di ammissibilità fondati sulla *fairness* e sul valore probatorio⁹. Al contempo, è rimasta sostanzialmente immutata la fiducia nel controllo di attendibilità della prova assicurato dalla *cross-examination*, da sempre vista – secondo l'incisiva espressione usata da Wigmore¹⁰ – come «la migliore macchina legale mai inventata per la scoperta della verità».

Sarebbe dunque riduttivo vedere nell'elaborazione della Corte di Strasburgo un "arretramento" sulla strada della costruzione di un sistema processuale autenticamente accusatorio; nella giurisprudenza europea è, invece, presente una visione globale della dialettica probatoria, volta a garantire i diritti di tutti i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nel processo penale¹¹, in conformità all'evoluzione riscontrabile nel sistema *adversary* anglo-americano.

Le indicazioni tratte dalla giurisprudenza europea e dalle linee di tendenza degli ordinamenti di *common law* offrono importanti spunti per trovare una valida via d'uscita dalla crisi nella quale è immerso il processo penale italiano, contrassegnato dal proliferare di garanzie solo formali e da una applicazione eccessivamente rigida ed "assolutizzante" del metodo orale di formazione della prova. La conseguenza di tale assetto è, per un verso, l'allungamento dei tempi del processo, e, per altro verso, la tendenza a valorizzare al massimo gli elementi di convincimento desumibili da tipologie probatorie "a sorpresa" – come le intercetta-

⁹ Cfr. P. ROBERTS-A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004, p. 26, 250-252, nonché, volendo, A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un 'giusto' equilibrio tra scrittura e oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 485 s.

¹⁰ J.H. WIGMORE *Evidence in Trials at Common Law*, revised by P. Tillers, Boston, Little, Brown & Co., 1983, 1, 18, p. 608.

¹¹ Su tutta la tematica esaminata nel presente paragrafo, si rinvia a A. BALSAMO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio del contraddittorio: fra tradizione e innovazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3017 s.

zioni – per loro natura non soggette ai vincoli che circondano con un abbraccio spesso soffocante (e forse mortale) la prova dichiarativa, ma contrassegnate da una forte componente di invasività e solo apparentemente “oggettive” sul piano del valore dimostrativo.

Estremamente significativi sono, poi, i riflessi che scaturiscono, sul piano della circolazione internazionale dei provvedimenti giurisdizionali, dalla forza trasformatrice della giurisprudenza della Corte, la quale viene a incidere profondamente sulla “cultura della prova”, che rappresenta uno dei pilastri fondanti per la costruzione dell’identità europea del giudice. Quella che sembra prefigurarsi è una complessiva razionalizzazione delle modalità di assunzione e dei criteri di valutazione del materiale probatorio, secondo una linea segnata dalla corrispondenza tra autosufficienza dimostrativa ed elaborazione dialettica della prova.

Nel complesso ma avvincente percorso di trasformazione e integrazione dei sistemi giuridici che oggi attraversa il continente europeo, la Corte di Strasburgo vede, infatti, fortemente potenziato il proprio ruolo. Essa tende a divenire, in modo sempre più incisivo, una “fonte indiretta di ravvicinamento” delle norme processuali penali dei diversi Stati europei¹², e offre un importante contributo ai fini della creazione di un livello minimo omogeneo di garanzie individuali in ordinamenti che sotto vari profili restano assai diversi tra di loro¹³.

È appena il caso di osservare come l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie presupponga ed implichi una reciproca fiducia fondata su un comune *standard* di protezione dei diritti processuali all’interno dell’Unione Europea. In questo quadro, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sta offrendo un apporto insostituibile per la sua forte incidenza sul piano del diritto vivente¹⁴: quella che sembra preannunciarsi, come riflesso

¹² Cfr. A. WEYEMBERGH, *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2004, p. 75 s.

¹³ Si pensi ad esempio ai paesi dell’Est, coinvolti nella dinamica di una transizione politica, economica e giuridica di vastissime proporzioni, sfociata nell’adesione all’Unione Europea; è un dato di comune esperienza il tangibile diffondersi dell’attenzione per gli indirizzi ermeneutici della Corte di Strasburgo nell’iter argomentativo seguito dai giudici di questi paesi per l’adozione delle più varie decisioni in materia penale. Cfr. sul tema B. PAVIŠIĆ-D. BERTACCINI, *Le altre procedure penali. Transizioni dei sistemi processuali penali*, vol. I, Giappichelli, 2002, p. XXI s.

¹⁴ Com’è noto, le decisioni della Corte si fondano su una attenta analisi della *law in*

della spontanea sinergia che emerge nei percorsi interpretativi nei quali si sviluppa la tutela multilivello dei diritti delle parti in materia probatoria, è una progressiva armonizzazione tra ordinamenti attuata “dal basso”, sotto le insegne della condivisione e del consenso, attraverso la “crescita silenziosa” di un diritto comune di matrice giurisprudenziale¹⁵, caratterizzato da un intenso dinamismo ma anche da un profondo rispetto delle diverse tradizioni giuridiche.

La rilevanza pratica di questo percorso evolutivo è resa evidente dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁶ che ha chiarito che, anche con riferimento al metodo del contraddittorio nella formazione della prova, i «principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo», il cui rispetto è condizione imposta dall'art. 2 comma 1 lett. *b* della legge 22 aprile 2005, n. 69 per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, sono quelli definiti dalle Carte sopranazionali ed in particolare dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, al quale si richiama il novellato art. 111 Cost.

L'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritto al contraddittorio, dunque, se per un verso mette in crisi le abitudini del giudice interno nella interpretazione delle norme del codice di rito in materia probatoria, per altro verso contribuisce con particola-

action, e non solo su una astratta ricognizione dei testi legislativi. Nell'intento di integrare la preminenza del diritto con l'idea di “società democratica”, il controllo operato dalla Corte sulle restrizioni ai diritti riconosciuti dalla Convenzione di Roma si sviluppa nella duplice prospettiva della legalità e della esistenza di una garanzia giudiziaria effettiva. Sul tema cfr. M. DELMAS-MARTY, *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte Europea*, in AA.VV., *Verso un'Europa dei Diritti dell'Uomo*, a cura di M. Delmas-Marty, Cedam, 1994, p. 332-338.

¹⁵ Cfr. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Carocci, 2001, p. 134.

¹⁶ Cass., 3 maggio 2007, Melina, in *CED*, n. 237078, che applica, nella materia probatoria, i principi affermati, con riferimento alla durata della custodia cautelare, da Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *CED*, n. 235351. Quest'ultima pronuncia evidenzia che il richiamo fatto dalla legge nazionale ai principi e alle regole contenuti nella Costituzione della Repubblica «appare esprimere l'esigenza di tutela di valori che sono comune patrimonio della civiltà giuridica europea», rileva che «in un contesto di cooperazione giudiziaria europea, sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzionale interna a parametro della legalità della richiesta di consegna», e conseguentemente circoscrive in via generale l'incidenza della clausola di salvaguardia dei principi costituzionali nazionali contenuta nella legge attuativa ai soli principi “comuni” di cui all'art. 6 T.U.E.

re efficacia alla costruzione di una *law of evidence* comune ai diversi sistemi giuridici, potenziando, per questa via, il concreto funzionamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

2. *La nozione autonoma di testimone e l'ambito di applicazione del diritto alla prova.*

La previsione del contraddittorio come tecnica privilegiata di formazione della prova è contenuta nell'art. 6 § 3 lett. *d* della Convenzione, che sancisce il diritto dell'imputato al confronto con le fonti di accusa e all'acquisizione degli elementi dimostrativi a discolta¹⁷.

Si tratta della norma-cardine per definire il contenuto del diritto alla prova nella prospettiva europea. Il tenore letterale della disposizione sembrerebbe limitare il diritto all'ammissione ed all'assunzione in contraddittorio della prova alla sola fattispecie della testimonianza¹⁸, ma la Corte europea ha ormai da tempo chiarito come il precetto convenzionale sia comunque applicabile ad ogni tipo di prova¹⁹.

La Corte di Strasburgo adotta, fra l'altro, una nozione autonoma quanto ampia di testimone, riferibile a qualunque persona che renda dichiarazioni all'autorità procedente destinate ad essere utilizzate dal giudice per la decisione²⁰.

Il predetto termine è dunque utilizzato in senso atecnico: la sua area semantica comprende, oltre al testimone in senso stretto, anche il coimputato, l'imputato di reato connesso²¹, gli informatori della polizia, la fonte di riferimento del teste *de relato*, la vittima del reato, la parte civile, gli esperti (periti e consulenti tecnici), e altre figure similari.

¹⁷ Sul tema v. R.E. KOSTORIS, *Il diritto di "interrogare o far interrogare" i testimoni: convenzione europea dei diritti dell'uomo e processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 806 s.

¹⁸ G. UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 489.

¹⁹ Tale indirizzo interpretativo, enunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza emessa il 6 maggio 1985 nel caso *Bönisch c. Austria*, è stato seguito da numerose decisioni successive.

²⁰ Cfr. Corte eur., 19 febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*; 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*.

²¹ Cfr. Corte eur., 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*.

Nel delineare il concetto autonomo di testimone, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è distaccata dall'impostazione continentale, fondata su considerazioni psicologiche, secondo cui le rispettive qualifiche di teste e di parte sono inconciliabili tra loro.

Per essere qualificato come testimone, non è neppure necessario che il soggetto sia esaminato davanti al giudice, o che le sue dichiarazioni siano state lette in udienza: basta che egli abbia fatto una dichiarazione che sia stata presa in considerazione dal giudice nella valutazione della prova²².

Tale scelta interpretativa, che rende del tutto ininfluenza la specifica qualificazione giuridica attribuita dall'ordinamento nazionale al dichiarante, riveste una importanza fondamentale: una definizione restrittiva della nozione di testimone, infatti, avrebbe comportato una arbitraria limitazione dei diritti dell'imputato di esaminare i testimoni a carico e di ottenere la convocazione dei testimoni a discarico, rimettendo al potere discrezionale degli Stati membri l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 § 3 lett. d della Convenzione²³.

Sul piano degli indirizzi generali di politica legislativa, la frammentazione delle tipologie dei dichiaranti, che è tipica dell'attuale processo penale italiano, sembra porsi, per certi versi, agli antipodi rispetto alle istanze di semplificazione e di certezza del diritto che stanno alla base della definizione autonoma ed ampia della figura del testimone accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Gli inconvenienti della vigente regolamentazione interna sono, poi, accresciuti dalla variabilità dell'area di applicazione della nuova figura del testimone assistito, la cui estensione – con specifico riferimento all'ipotesi degli imputati di reati connessi teleologicamente o collegati, non giudicati con sentenza irrevocabile – si ricollega ad un concetto estremamente generico, come quello dei “fatti concernenti la responsabilità di altri” che hanno già formato oggetto delle precedenti dichiarazioni. Si tratta, a ben vedere, di un concetto la cui definizione è rimessa all'autorità inquirente, prima, e all'organo giudicante, poi²⁴. Peraltro, le

²² Così S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 301-303.

²³ V. S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, p. 2843.

²⁴ In dottrina si è posto in risalto come la determinazione della effettiva pertinenza delle dichiarazioni alla responsabilità altrui, e così pure la distinzione tra fatto proprio e fatto altrui, siano rimesse, in larga misura, alla discrezionalità dell'organo

controversie in ordine alla qualificazione del dichiarante possono provocare un contenzioso con effetti dirompenti, dato che l'incompatibilità a testimoniare costituisce un divieto probatorio sanzionato con la inutilizzabilità delle dichiarazioni²⁵.

È diffuso, in dottrina, il richiamo alla evidente complicazione della nuova disciplina, che ha moltiplicato le figure dei dichiaranti senza conseguire un effetto apprezzabile sul piano del risultato probatorio e non è stata in grado di assicurare un ragionevole bilanciamento tra il diritto al contraddittorio e il diritto al silenzio²⁶.

L'orientamento di fondo che emerge dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si impernia, invece, sulla semplificazione del regime giuridico dei dichiaranti e sulla razionalizzazione in chiave di garanzia "sostanziale" dei criteri di valutazione della prova: due linee-guida che, anche per la loro funzionalità rispetto al rafforzamento della collaborazione giudiziaria internazionale, possono rappresentare precisi punti di riferimento in vista di una opportuna revisione delle scelte recentemente compiute dal legislatore nazionale in tema di prova dichiarativa.

Un altro profilo su cui le indicazioni della Corte europea in materia di diritto alla prova possono assumere una forte incidenza innovativa è quello della eventuale disapplicazione delle regole di esclusione contrastanti con diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo, pur precisando che l'ammissione delle prove è disciplinata, anzitutto, dal diritto interno, si è spinta fino a sindacare il diniego di ammissione di una prova quando si riveli lesivo del principio della parità delle armi²⁷.

Di particolare interesse si rivela, sotto questo profilo, la sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in data 27 ottobre 1993 nel caso *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, che, pur riguardando una controver-

inquirente e giudicante: C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, Cedam, 2003, p. 211 e 229.

²⁵ C. CONTI, *L'imputato*, cit., p. 211.

²⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2007, p. 278 s.

²⁷ Ad esempio, nell'ambito di un processo per diffamazione a mezzo stampa, la Corte ha riconosciuto che «il fatto di non avere consentito agli imputati di produrre documentazione varia menzionata negli articoli, in particolare alcune relazioni sullo stato di salute dei minori, ha posto i giornalisti in una situazione sperequata di sostanziale svantaggio rispetto alla parte civile, con conseguente violazione del principio della parità delle armi»: così la sentenza emessa il 24 febbraio 1997 nel caso *De Haes e Gijssels c. Belgio*.

sia di carattere civile, afferma principi estensibili anche al processo penale, ponendo in relazione il principio della parità delle armi con il problema dell'ammissione delle prove.

Nella concreta fattispecie esaminata dalla Corte, la testimonianza di un soggetto, avente la qualifica di legale rappresentante di un istituto di credito, era stata esclusa dai giudici olandesi in virtù della regola *nemo in propria causa testis esse debet*, mentre analogo divieto non era stato esteso al gestore della succursale della banca, unica altra persona presente al momento della conclusione dell'accordo verbale oggetto del giudizio. La Corte, pur esplicitando «di non essere chiamata a decidere in termini generali se sia legittimo impedire la testimonianza di una persona in un procedimento civile di cui è parte» e di non essere «neppure chiamata ad esaminare *in abstracto* il diritto olandese relativo alle prove nel processo civile», ha ritenuto comunque violato il principio della parità delle armi in quanto era stata negata al legale rappresentante (unico possibile testimone) la possibilità di rendere la propria deposizione.

Sembra che con la predetta decisione la Corte europea abbia enucleato una regola precisa, suscettibile di una molteplicità di applicazioni: là dove venga in gioco la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali, non si può dichiarare inammissibile l'unica prova idonea a dimostrare l'assunto di una delle parti, anche se ciò di fatto comporta la "disapplicazione" della normativa interna sulle prove, sempre che quest'ultima non sia funzionale alla tutela di valori sanciti dalla Convenzione.

3. *La lettura articolata del principio del contraddittorio e le dichiarazioni dei "testimoni assenti" nella giurisprudenza europea.*

Secondo la consolidata elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo il requisito minimo di un "processo equo" è che la fonte di prova determinante, utilizzata in sentenza, sia stata comunque inserita nel circuito del contraddittorio, anche sotto forma di contraddittorio "diferito"²⁸. In altri termini, l'imputato deve avere la possibilità di citare il testimone, di sottoporlo al controesame e di contestare il valore probatorio delle sue affermazioni, ma ciò può avvenire anche in un momento

²⁸ Cfr. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina, 2000, p. 59.

successivo a quello in cui vengono raccolte le dichiarazioni destinate a valere come prova.

L'elaborazione del giudice europeo prende le mosse dal riconoscimento che gli elementi di prova devono, in linea di principio, essere prodotti in presenza dell'imputato in udienza pubblica, in vista di un confronto contraddittorio.

Questa affermazione non si è, però, tradotta in una rigida applicazione del principio della separazione funzionale delle fasi, che esclude che gli atti delle indagini preliminari possano essere utilizzati come prove in dibattimento.

Il giudice europeo ha, infatti, espresso una lettura articolata del principio del contraddittorio, secondo cui, quando l'imputato ha avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare e interrogare il testimone a carico (nel momento stesso in cui tale soggetto rende la sua deposizione oppure in una successiva fase del procedimento), è ammessa l'utilizzazione come prova delle dichiarazioni rese da quest'ultimo davanti alla polizia o al pubblico ministero. In tal caso, il giudice è libero di attribuire la prevalenza alle dichiarazioni rese in udienza pubblica o a quelle rese nel corso delle indagini preliminari. Pertanto la condanna dell'imputato può fondarsi, anche in via esclusiva, sulle dichiarazioni rese dal teste nella fase delle indagini davanti agli organi inquirenti e successivamente ritratte, sempre che nel corso del dibattimento la difesa abbia avuto la possibilità di controesame il dichiarante²⁹.

Viceversa, se la difesa non ha avuto la possibilità di interrogare il teste né durante la fase investigativa né nel corso del giudizio, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo richiede che, al momento della valutazione della prova, operi una adeguata "compensazione" a vantaggio dell'accusato, attraverso il ridimensionamento del valore dimostrativo delle dichiarazioni acquisite in deroga al paradigma del contraddittorio. Precisamente, le suddette dichiarazioni non possono costituire l'unico o il principale elemento di prova a fondamento di un giudizio di condan-

²⁹ Cfr. Corte eur., 16 marzo 2000, *Camilleri c. Malta*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1815 s. Secondo tale pronuncia, una volta assicurato il rispetto del *right of confrontation*, attribuendo all'imputato la possibilità di citare il testimone, di sottoporlo a controesame e di contestare il valore probatorio delle sue dichiarazioni accusatorie, non è possibile «sostenere in astratto che le dichiarazioni rese da un testimone nel corso dell'udienza pubblica e sotto giuramento debbano essere in ogni caso considerate più attendibili di quelle rese dallo stesso testimone nel corso del procedimento penale, anche qualora tra le medesime vi sia incompatibilità».

na; in caso contrario, i diritti della difesa verrebbero limitati in misura incompatibile con il disposto dell'art. 6 della Convenzione di Roma.

Dall'effettività – o meno – del diritto della difesa di interrogare i testi a carico discende, dunque, una netta differenziazione di “forza” probatoria delle dichiarazioni raccolte nel corso della fase investigativa. Esse possono valere come prova “piena” del fatto soltanto se il difensore ha avuto la possibilità di esercitare il predetto diritto in almeno una delle fasi del procedimento penale.

I suesposti principi sono stati affermati dai giudici di Strasburgo in relazione a tre tipologie di prove dichiarative che determinano significative deviazioni dal modello imperniato sul principio del contraddittorio: si tratta delle deposizioni rese, rispettivamente, dai testimoni “assenti”, da quelli “vulnerabili” e da quelli “anonimi”³⁰.

Sulle ultime due figure si rinvia alla trattazione contenuta nella parte II, sezione II, capitolo I, mentre va qui approfondita l'elaborazione giurisprudenziale in materia di testimoni “assenti”. Secondo la definizione offerta dalla prevalente dottrina³¹, si tratta di quei soggetti che, dopo avere reso dichiarazioni a contenuto testimoniale nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale.

Nella nozione generale dei testimoni “assenti” rientrano quattro distinte categorie di dichiaranti³²:

³⁰ S. MAFFEI, *Prova d'accusa*, cit., p. 2846.

³¹ Cfr. J.R. SPENCER, *Orality and the Evidence of Absent Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 1994, p. 628-644; S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti»*, cit., p. 2846.

³² Sul tema, v. S. MAFFEI, *Prova d'accusa*, cit., p. 2847 s., che osserva: «il recupero delle dichiarazioni di un testimone assente è tipicamente finalizzato a garantire il corretto funzionamento dello strumento processuale nell'accertamento dei fatti di causa. Nei casi presi in considerazione dalla Corte europea, infatti, è la possibilità stessa di pervenire ad una ricostruzione accurata di tali fatti ad essere a rischio. Più ancora, ciò è l'effetto di circostanze che, almeno in linea di principio, non sono imputabili ad alcun comportamento pregiudizievole o scorretto della parte pubblica. A tale riguardo, la parola chiave sembra essere “impossibilità”. 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 estere) il materiale probatorio raccolto dalla pubblica accusa rischi di andare automaticamente e irrimediabilmente perduto». L'autore evidenzia, altresì, la «piena consapevolezza della Corte europea circa l'esistenza di un'ampia serie di circostanze in

- a) le persone decedute, o in condizioni di salute così gravi da rendere impossibile la prestazione della testimonianza³³;
- b) i soggetti divenuti irreperibili³⁴;
- c) le persone le cui dichiarazioni siano state raccolte all'estero da autorità giudiziarie o investigative di altri Stati³⁵;
- d) gli individui titolari della facoltà di non rispondere in giudizio, in quanto prossimi congiunti dell'imputato³⁶ ovvero coimputati³⁷ o imputati in un procedimento connesso³⁸.

presenza delle quali i sistemi penali nazionali non possono seriamente prescindere dall'utilizzo a fini probatori delle dichiarazioni rese da testimoni assenti».

³³ V. Corte eur., 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*; 7 luglio 1989, *Bricmont c. Belgio*; 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*.

³⁴ Corte eur., 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*; 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*; 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegù e Jabardo c. Spagna* (in questa pronuncia la Corte ha insistito – per giungere alla conclusione dell'intervenuta violazione dell'art. 6 Conv. eur. – soprattutto sul fatto che «elementi di prova molto importanti non fossero stati prodotti e discussi in maniera adeguata in udienza, in presenza degli accusati e sotto il controllo del pubblico»: gli accusati non avevano avuto nel corso del procedimento alcuna «occasione di porre domande ad una persona la cui testimonianza di importanza fondamentale era stata raccolta in loro assenza e data per letta» in sede dibattimentale essendo stato impossibile rintracciare tale soggetto); 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi* (con riferimento al testimone R); 10 giugno 1996, *Pullar c. Regno Unito*.

³⁵ Corte eur., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*.

³⁶ Cfr. Corte eur., 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*; 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*. La tutela della facoltà dei congiunti dell'accusato di non prestare testimonianza è stata giustificata sulla base della necessità «di tener conto dei problemi particolari che possono sorgere nel confronto tra l'accusato e un membro della propria famiglia» e dell'esigenza di proteggere quest'ultimo dal dilemma morale costituito dalla scelta tra insistere nell'accusa o commettere spergiuro. Nel caso *Unterpertinger* il ricorrente era stato condannato principalmente in base a dichiarazioni alla polizia, formulate contro di lui da suoi stretti congiunti nel corso delle investigazioni. In sede dibattimentale, costoro si erano avvalsi del diritto di rifiutarsi di deporre; tuttavia le loro precedenti dichiarazioni erano state lette in udienza e ciò aveva costituito la prova determinante ai fini della condanna. La Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 § 3 lett. d Conv. eur. rilevando che erano state utilizzate, come prove su cui essenzialmente fondare una condanna, letture dibattimentali di dichiarazioni rese da persone cui l'accusato non aveva potuto porre domande in alcuna fase del procedimento.

³⁷ Corte eur., 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*.

³⁸ Cfr. Corte eur., 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, secondo cui «in talune circostanze può risultare necessario per le autorità giudiziarie fare ricorso a dichiarazioni assunte nel corso della fase delle indagini, in particolare quando il rifiuto di ripeterle in pubbli-

In tutte queste ipotesi, la Corte di Strasburgo ha costantemente ribadito il suesposto indirizzo interpretativo, segnato dalla necessaria corrispondenza tra la elaborazione dialettica e la autosufficienza dimostrativa della prova dichiarativa.

Come si è anticipato, l'autonomia della nozione di testimone elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo rende del tutto ininfluyente la specifica qualificazione giuridica attribuita dall'ordinamento nazionale al dichiarante.

Inoltre, alla luce del punto di vista "esterno" adottato dalla Corte di Strasburgo per esaminare la conformità ai principi convenzionali del processo che si è svolto nell'ordine giuridico interno nella sua globalità, diviene irrilevante la circostanza che l'utilizzazione di dichiarazioni rese da testimoni "assenti" come prove sia consentita da specifiche disposizioni di legge.

4. *I punti critici del sistema italiano in tema di utilizzazione probatoria delle dichiarazioni predibattimentali. Il rimedio di una interpretazione "convenzionalmente orientata".*

Nonostante le radicali modifiche normative introdotte a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., non si riscontra ancora un pieno allineamento della disciplina interna agli standard europei in materia di diritto delle prove penali. Va anzi osservato che diverse pronunce recentemente emesse dalla Corte di Strasburgo evidenziano la presenza di precise carenze strutturali del nostro sistema, con specifico riferimento alla utilizzazione probatoria delle dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio.

Al riguardo, vengono in rilievo essenzialmente le fattispecie delle precedenti dichiarazioni, unilateralmente assunte da una delle parti, che formano oggetto di lettura o di acquisizione nel corso del dibattimento

co è dovuto alla paura per la propria incolumità, un'evenienza ricorrente nel quadro di processi relativi ad organizzazioni di tipo mafioso. Se l'accusato ha avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare tali dichiarazioni, nel momento in cui sono state rese o in un momento successivo, la loro utilizzazione non contravviene al contenuto dell'art. 6-3 (d)»; v. anche Corte eur., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*.

secondo il disposto degli artt. 512, 512-*bis* e 500 comma 4 c.p.p., ricorrendo le ipotesi di contraddittorio “impossibile” o “inquinato”³⁹.

a) Un punto critico del sistema processuale italiano è rappresentato dalla discrasia esistente tra la consueta applicazione giurisprudenziale della disciplina delle dichiarazioni “irripetibili”, prevista dall’art. 512 c.p.p., e il disposto dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

È ormai consolidato l’orientamento della Corte di Strasburgo (cfr. le sentenze emesse il 13 ottobre 2005 nel caso *Bracci c. Italia*⁴⁰, il 19 ottobre 2006 nel caso *Majadallah c. Italia*⁴¹, e l’8 febbraio 2007 nel caso *Kolcaku c. Italia*⁴²) che ravvisa una violazione dell’art. 6 §§ 1 e 3 lett. *d* della Convenzione nei casi in cui la prova della colpevolezza dell’imputato sia tratta, in misura esclusiva o determinante, dalle deposizioni rese nella fase investigativa, davanti alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, dai testi successivamente divenuti irripetibili, a nulla rilevando che l’art. 512 c.p.p. preveda l’acquisizione al fascicolo del dibattimento delle medesime dichiarazioni in quanto qualificate dal requisito della sopravvenuta irripetibilità.

Ciò che viene posto in discussione dal giudice europeo è l’*habitus* mentale assunto dall’interprete italiano, che, a proposito dell’applicazione dell’art. 512 c.p.p., concentra la sfera di operatività del contraddittorio sull’accertamento delle ragioni e della natura dell’irripetibilità, e attribuisce a tale accertamento quasi una sorta di funzione catartica, capace di “purificare” l’elemento di prova formato unilateralmente e di farlo diventare una potenziale prova esclusiva di colpevolezza. In questa prospettiva si crea una sorta di contraddittorio incidentale in cui l’irri-

³⁹ Per questa terminologia v. G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, II, Giuffrè, 2006, p. 23 s.

⁴⁰ La sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 648 s, con nota di A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e le dichiarazioni “irripetibili”: ovvero la crisi delle “abitudini” nell’interpretazione delle norme processuali*, nonché p. 2987 s., con nota di A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l’ordinamento italiano e l’art. 6 § 3 D) della convenzione europea dei diritti dell’uomo*.

⁴¹ In *Cass. pen.*, 2007, p. 1344 s.

⁴² In *Cass. pen.*, 2007, p. 3092 s., con nota di A. BALSAMO, *Ancora su contumacia e dichiarazioni predibattimentali*.

petibilità diviene oggetto di prova e dibattito; insomma, il contraddittorio vira su di essa.

L'insegnamento della Corte di Strasburgo suggerisce, invece, al giudice italiano di focalizzare l'attenzione sull'uso probatorio degli atti irripetibili, impedendone l'impiego come fondamento unico o decisivo di una statuizione di responsabilità.

Il "dialogo tra le Corti" diviene così una importante occasione per un ripensamento delle linee-guida che devono ispirare l'interpretazione della disciplina delle dichiarazioni "irripetibili", alla luce dei principi convenzionali e costituzionali.

La norma contenuta nell'art. 512 c.p.p., nel corso degli anni, ha visto modificato il suo testo soltanto con riferimento all'ambito dei soggetti che possono assumere gli atti suscettibili di essere inseriti nel fascicolo del dibattimento per effetto della loro irripetibilità sopravvenuta: all'originaria previsione del pubblico ministero si sono aggiunte, nel 1992, quella della polizia giudiziaria, e, nel 2000, quella dei difensori delle parti private.

Il restante testo della disposizione non è mutato; ma ciò non vuol dire che la sua valenza precettiva sia rimasta insensibile alle profonde trasformazioni che hanno investito l'intero sistema a seguito dell'inserimento dei principi del "giusto processo" nell'art. 111 Cost.

Le indicazioni offerte dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze Bracci, Majadallah e Kollcaku, in effetti, convergono, sul piano ermeneutico, con le implicazioni che è possibile desumere con chiarezza da una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 512 c.p.p.

La norma codicistica, che introduce una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, trova il suo fondamento nel comma 5 dell'art. 111 Cost., che ne definisce rigorosamente i presupposti applicativi.

Una diretta conseguenza che discende dallo stretto collegamento tra la normativa ordinaria e il nuovo testo costituzionale è stato posto in luce della Corte costituzionale con la sent. 12 ottobre 2000, n. 440: la sopravvenuta impossibilità di ripetizione, cui consegue la possibilità della lettura dell'atto, deve avere natura oggettiva, e quindi deve riferirsi a circostanze indipendenti dalla volontà del dichiarante; restano, pertanto, estranee all'ambito di applicazione dell'art. 512 sia le ipotesi di rifiuto di deporre (anche se conseguenti all'esercizio di una facoltà legittima), sia le situazioni di volontaria irreperibilità provocate ad arte dall'autore delle dichiarazioni al fine di eludere l'esame di-

battimentale (si tratta delle c.d. *actiones liberae in causa*)⁴³.

Vi sono, però, anche altre importanti conseguenze che possono trarsi dall'affermazione del principio del contraddittorio come fondamentale metodo di conoscenza oggettiva dei fatti e di approssimazione della "verità processuale" alla realtà esterna, nel quadro del modello "cognitivo" di processo penale delineato dalla Carta costituzionale⁴⁴.

La dinamica attivata dall'inserimento dei principi del "giusto processo" e del contraddittorio nella Costituzione viene, infatti, a coinvolgere anche il momento della valutazione della prova, imperniato sul sistema del libero convincimento, che costituisce un valore-chiave della procedura penale europea per la sua pregnante valenza epistemica⁴⁵.

⁴³ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, 2005, p. 153-154.

⁴⁴ In proposito v. ancora P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 71 s. Si noti che anche la Corte costituzionale, con la già citata sent. n. 440 del 2000, ha osservato che il principio del contraddittorio nella formazione della prova in seno al processo penale è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, oltre ad essere richiamato nella sua dimensione soggettiva, come diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore.

⁴⁵ Precisamente, il principio del libero convincimento, fondato su ideali che discendono dalla cultura dell'illuminismo europeo, continua a rappresentare uno strumento essenziale per assicurare la razionalità dell'accertamento giudiziale, proprio in quanto esso – a differenza del sistema della prova legale – consente al giudice di ricostruire i fatti in base agli stessi parametri della razionalità moderna, libera da vincoli formali, fondata sulla logica del probabile, ispirata a criteri scientifici e al senso comune, elastica ed adattabile alle esigenze della realtà empirica. Al riguardo, v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 158, 368, 374 e 404; E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 3 s. È evidente, dunque, che il libero convincimento del giudice, confrontandosi con le acquisizioni consolidate nella cultura – giuridica ed extragiuridica – contemporanea, e trasfusa nello stesso testo della Carta fondamentale, non può restare insensibile alla pregnante valenza conoscitiva che caratterizza il principio del contraddittorio: il metodo dialettico di formazione della prova, che rappresenta la proiezione processuale dell'imparzialità giurisdizionale, si rivela, infatti, indispensabile per evitare che le prove non siano influenzate dalle stesse ipotesi esplicative che esse devono controllare (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 81) e favorisce in modo determinante il processo circolare di adeguamento delle ipotesi interpretative alla realtà (A. NAPPI, *Il problema della prova dei reati associativi e la prospettata riforma dell'art. 192 c.p.p.*, in *Gazzetta Giuridica*, n. 36 del 1997). L'affermazione del principio del contraddittorio, che si traduce nel metodo dialettico di formazione della prova, muove dal presupposto della "divisione della conoscenza", secondo cui solo il confronto delle diverse prospettive da cui muovono le parti consente di cogliere il significato dei fatti e di comprenderne il reale valore sociale. Si tratta, quindi, di un metodo che intende esaltare la funzione co-

Il tessuto costituzionale viene ad istituire, nell'attività del giudice, uno stretto raccordo tra il libero convincimento, l'obbligo di motivazione e la valorizzazione della funzione conoscitiva del contraddittorio. Ed una delle più emblematiche manifestazioni di questa correlazione è costituita, senza dubbio, dall'uso probatorio delle dichiarazioni "irripetibili".

Come è stato efficacemente chiarito in dottrina nel quadro di una approfondita riflessione sulle implicazioni del "giusto processo", la circostanza della sopravvenuta irripetibilità rappresenta, di per sé, un evento accidentale, epistemologicamente neutro, e quindi inidoneo a convalidare retrospettivamente l'atto formato fuori del contraddittorio; ma proprio di questo dovrà tenere conto il giudice nella sua prudente valutazione. Infatti la deroga al principio della formazione dialettica della prova autorizza l'acquisizione al processo dell'atto compiuto unilateralmente, ma non pregiudica la questione del valore probatorio che ad esso, in concreto, va attribuito; ed è inevitabile che l'assenza del controesame abbassi fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato. La circostanza che il codice abbia sottoposto ad un più rigoroso vaglio solo le dichiarazioni dell'imputato di reato connesso o del testimone assistito, richiedendo specificamente la presenza di riscontri esterni che ne confermino l'attendibilità, non esclude che una analoga cautela debba essere adottata quando una dichiarazione, da chiunque resa, sia stata raccolta al di fuori del contraddittorio. Bisogna, infatti, guardarsi bene dal ritenere che, in assenza di criteri legali di valutazione, viga la più sfrenata libertà di convincimento, tale da sconfinare nell'arbitrio giudiziale: nel quadro di una razionale e motivata valutazione delle prove, il

noscitiva del processo. Il principio del contraddittorio esprime, così, un metodo di formazione della prova coerente con il razionalismo critico che caratterizza la democrazia pluralistica. Sul razionalismo critico v. K.R. POPPER, *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza*, Il Mulino, 2000, p. 85 ss. Il tema dell'avvicinamento alla verità è stato analizzato dallo stesso autore in *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, 2000, p. 369 ss., dove si sviluppa la teoria delle ipotesi che possono e devono essere migliorate mediante revisioni successive in vista di una sempre maggiore approssimazione alla verità. Sul tema, v. anche le riflessioni di P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Einaudi, 2000, che muove dall'idea che, dopo l'esperienza negativa dello Stato totalitario, lo Stato costituzionale non può più rinunciare alla verità come valore culturale di riferimento; è in funzione della ricerca della verità che lo Stato costituzionale pone il principio dell'indipendenza personale e istituzionale del giudice, la regola della pubblicità dei dibattimenti giudiziari, e le norme sul giusto processo.

metodo con cui è stata assunta la dichiarazione è rilevante almeno quanto la qualifica del dichiarante⁴⁶.

Il superamento della frizione tra il “diritto vivente” italiano e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo presuppone, pertanto, lo sviluppo di una interpretazione “costituzionalmente e convenzionalmente orientata” dell’art. 512 c.p.p., che richieda, ai fini del giudizio di colpevolezza, la presenza di riscontri esterni, acquisiti nel contraddittorio, ed idonei a confermare l’attendibilità delle dichiarazioni “irripetibili”.

È questa la strada percorsa da alcune recenti pronunce emesse dalla giurisprudenza di merito e da quella di legittimità, che hanno adottato criteri di valutazione delle prove idonei ad uniformare la prassi processuale interna alle indicazioni della Corte europea, partendo dall’assunto della immediata precettività delle disposizioni convenzionali.

Più precisamente si è affermato⁴⁷ che gli elementi di prova non formati nel contraddittorio non possono costituire l’unica e decisiva fonte di convincimento per affermare la responsabilità penale dell’imputato, anche nei casi in cui l’assenza di contraddittorio sia dovuta a fattori oggettivi non ascrivibili ad alcuna delle parti o alla libera scelta dei dichiaranti, come nella vicenda determinata dalla morte del testimone. In applicazione di questo principio, si è esclusa la possibilità di affermare la colpevolezza dell’imputato in ipotesi in cui l’unico elemento a suo carico era costituito dalle dichiarazioni di un testimone escusso dalle autorità investigative e deceduto prima che l’imputato o il suo difensore avessero avuto la possibilità di esaminarlo.

La Cassazione⁴⁸ ha fissato il seguente principio di diritto: «le dichiarazioni predibattimentali, di cui sia data lettura in giudizio per sopravvenuta impossibilità di ripetizione, devono essere valutate non solo sulla base della credibilità sia soggettiva che oggettiva del dichiarante, ma anche in relazione agli altri elementi emergenti dalle risultanze processuali».

Di grande interesse sono le premesse sviluppate nella predetta pronuncia dalla Corte di cassazione sul piano del metodo interpretativo da

⁴⁶ P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 42-43 e 149-151

⁴⁷ Corte assise, Santa Maria Capua Vetere, 3 agosto 2005, in *Giur. merito*, 2007, p. 2029 s. con nota di A. BALSAMO, *La cultura della prova del giudice nazionale e l’interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*.

⁴⁸ Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri ed altro, n. 43331, in *CED*, n. 238199.

seguire per dirimere il contrasto tra l'applicazione pratica dell'art. 512 c.p.p. e la giurisprudenza della Corte europea: il giudice di legittimità, infatti, prospetta una «interpretazione adeguatrice alle norme costituzionali e convenzionali», sulla base del rilievo che «il nuovo testo dell'art. 111 Cost. trova la sua origine proprio in fonti convenzionali internazionali e ciò invita l'interprete a 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».

b) Alle stesse conclusioni deve giungersi con riferimento all'analoga fattispecie disciplinata dall'art. 512-*bis* c.p., che attribuisce al giudice il potere di disporre – «tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti» – la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese da una persona residente all'estero, qualora quest'ultima, benché regolarmente citata, non compaia, ed il suo esame dibattimentale risulti assolutamente impossibile.

Con la sentenza emanata il 14 dicembre 1999 nel caso *A.M. c. Italia*, la Corte europea ha dichiarato la violazione dell'art. 6 § 1 e 3 lett. *d* della Convenzione con riferimento ad una ipotesi in cui, applicando il disposto dell'art. 512-*bis* c.p.p., erano state acquisite, come prova determinante, le dichiarazioni rese dalla persona offesa, residente all'estero, ad un ufficiale di polizia statunitense in sede di rogatoria internazionale, senza l'intervento della difesa.

Un allineamento ai principi convenzionali è possibile attraverso un'interpretazione adeguatrice della predetta norma del codice di rito, che conduca a ravvisare nel riferimento agli «altri elementi di prova» non solo il presupposto acquisitivo dei verbali, ma anche il criterio-guida per la loro valutazione in sede di giudizio⁴⁹.

⁴⁹ In questo senso v. M.M. MONACO, *Brevi considerazioni sull'utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese da cittadino straniero residente all'estero*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2594, secondo cui l'espresso richiamo agli «altri elementi di prova acquisiti» introduce una specifica regola decisoria ed evidenzia un'analogia di disciplina con la disposizione dell'art. 192 comma 3 c.p.p., di talché una dichiarazione non corroborata da altri elementi di prova deve ritenersi non solo inammissibile ma anche non utilizzabile ai fini decisorii. In senso contrario si sono espresse, però, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti: cfr. i riferimenti in F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in P. FERRUA-F.M. GRI-

c) Non dissimile è la problematica che viene a porsi con riguardo all'acquisizione al fascicolo del dibattimento, in presenza delle condotte di inquinamento probatorio descritte dal comma 4 dell'art. 500 c.p.p., delle precedenti dichiarazioni rese nella fase investigativa dal teste (ovvero dal coimputato o dall'imputato di reato connesso) che abbia rifiutato di sottoporsi al controesame.

In tal caso, infatti, le dichiarazioni raccolte al di fuori del contraddittorio possono essere utilizzate "in positivo" ai fini della prova del reato, anche a carico degli imputati cui non sono in alcun modo addebitabili le pressioni illecite.

La disciplina italiana delle contestazioni nell'esame testimoniale rivela tutta la sua singolarità quando viene proiettata su uno scenario europeo: ci si accorge allora della asimmetria del nostro sistema, che in via generale "assolutizza" la valenza conoscitiva del contraddittorio in senso "forte", ma, al contempo, la nega completamente nei casi di "provata condotta illecita".

Si tratta di una regolamentazione che, per un verso, attribuisce una valenza meramente "negativa" alle dichiarazioni predibattimentali anche in situazioni che, negli ordinamenti di *common law*, legittimano una loro utilizzazione come prove "positive" della responsabilità dell'imputato (il caso più emblematico riguarda le precedenti dichiarazioni che il teste, nel corso dell'esame dibattimentale, ammette di avere reso, pur disconoscendone il contenuto); ma, per altro verso, consente di impiegare, come prove principali o esclusive del fatto, le dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio in tutti i casi in cui il loro autore abbia subito pressioni illecite, a prescindere da ogni riferibilità di queste all'imputato, anche nell'ipotesi in cui la difesa non abbia potuto interrogare il dichiarante in alcuna fase del procedimento.

Quest'ultima eventualità è sicuramente incompatibile con il consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che equipara, sul piano della valutazione delle dichiarazioni predibattimentali, la situazione derivante dal rifiuto del teste (o coimputato, o imputato di reato connesso) di sottoporsi al controesame alla sopra menzionata fattispecie della irreperibilità, stabilendo che in ogni caso la prova formata al di fuori del contraddittorio non deve assumere un valore determinante ai fini del giudizio di colpevolezza.

FANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2007, p. 242.

La sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo il 20 aprile 2006 nel caso *Carta c. Italia*⁵⁰, applica i predetti principi ad una fattispecie in cui la sottrazione al controesame della difesa si riconnetteva all'esercizio della facoltà di non rispondere da parte del coimputato che aveva reso dichiarazioni, aventi ad oggetto fatti concernenti la responsabilità del ricorrente, agli organi investigativi nella fase delle indagini preliminari. Com'è noto, il quadro normativo scaturito dalla sentenza "additiva" n. 361 del 1998 della Corte costituzionale aveva esteso a tale ipotesi il regime delle contestazioni "acquisitive", previsto dall'art. 500 c.p.p. (nel testo allora vigente); le precedenti dichiarazioni potevano quindi entrare nel fascicolo per il dibattimento, e portare alla affermazione della responsabilità penale degli altri imputati, purché fossero corroborate da elementi di riscontro.

La Corte europea – dopo avere premesso che i diritti della difesa sono limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 § 1 e 3 lett. *d* della Convenzione quando una condanna si basa, unicamente o in misura determinante, sulle deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha avuto la possibilità di interrogare o di far interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento – ha escluso, nel caso concreto, la configurabilità di una siffatta violazione, rilevando che, sebbene la difesa non avesse avuto, in nessuna fase del procedimento, la possibilità di porre domande al coimputato, le dichiarazioni rese da quest'ultimo non erano né l'unico elemento di prova sul quale i giudici del merito avevano basato la condanna del ricorrente né un elemento determinante.

Le indicazioni espresse dalla sentenza *Carta*, pur riferendosi ad una situazione normativa ormai superata, esprimono un principio di ordine generale, suscettibile di estendersi alle ipotesi in cui il nuovo testo dell'art. 500 c.p.p. consente l'acquisizione, con piena efficacia dimostrativa, delle precedenti dichiarazioni rese nella fase investigativa dal teste (ovvero dal coimputato o dall'imputato di reato connesso) che abbia rifiutato di sottoporsi al controesame, in presenza delle condotte di inquinamento probatorio descritte dal comma 4 della norma.

Anche con riguardo alla fattispecie del contraddittorio "inquinato", il necessario allineamento della disciplina italiana agli *standard* europei passa necessariamente attraverso l'elaborazione di una interpretazione adeguatrice, volta a richiedere, ai fini del giudizio di colpevolezza, la

⁵⁰ In *Cass. pen.*, 2006, p. 3016 s.

presenza di riscontri esterni, idonei a confermare l'attendibilità delle dichiarazioni rese nella fase investigativa dal soggetto sottrattosi al controesame della difesa.

5. *Le caratteristiche dei riscontri alle dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio secondo la giurisprudenza europea.*

Per definire con maggiore chiarezza i contorni dell'interpretazione "convenzionalmente conforme" nella materia in esame, occorre verificare, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quali debbano essere la natura e la valenza dimostrativa degli ulteriori elementi probatori che devono corroborare le dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio.

I nodi da sciogliere con riguardo a questi ulteriori elementi di prova riguardano, essenzialmente, la individuazione del grado di autonomia "genetica" che essi devono possedere rispetto alle dichiarazioni, e la determinazione della loro valenza dimostrativa: deve trattarsi di prove autonome o di semplici riscontri?

Con riguardo a quest'ultimo profilo, la sentenza Bracci assume uno spiccato interesse anche per il diverso trattamento che essa riserva a due ipotesi apparentemente simili, rappresentate dalle dichiarazioni rispettivamente rese da due prostitute le quali avevano entrambe riferito alla polizia di essere rimaste vittime delle condotte delittuose (di rapina e di abuso sessuale) contestate all'imputato e lo avevano riconosciuto fotograficamente. Per effetto della sopravvenuta irreperibilità delle persone offese, le loro dichiarazioni erano state acquisite al fascicolo del dibattimento ed erano state utilizzate per stabilire la fondatezza delle accuse rivolte all'imputato. Ma solo con riferimento all'episodio criminoso commesso in danno di una delle donne la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l'imputato non ha potuto beneficiare di un processo equo, rilevando che il giudice nazionale, per giungere ad una decisione di condanna, si era basato esclusivamente sulle dichiarazioni predibattimentali della persona offesa che l'accusato non aveva potuto sottoporre ad esame.

Al contrario, la Corte europea ha escluso che l'impossibilità di interrogare l'altra persona offesa abbia pregiudicato i diritti della difesa in misura tale da determinare una violazione dell'art. 6 della Convenzione

di Roma, sottolineando che alle sue dichiarazioni si accompagnavano una serie di elementi indiziari (precisamente, la testimonianza di un agente di polizia che aveva soccorso la vittima, la similitudine tra la vettura descritta dalla donna e quella condotta dall'imputato, e il sequestro di un coltello all'interno di tale veicolo), i quali, "letti in congiunzione" con la suddetta deposizione, avevano portato il giudice nazionale al verdetto di colpevolezza.

È, quindi, la presenza di un quadro probatorio⁵¹, nel quale le dichiarazioni predibattimentali della persona offesa rappresentavano un dato conoscitivo univocamente convergente con una pluralità di altri elementi di convincimento acquisiti, il criterio distintivo che ha condotto la Corte di Strasburgo, nella sentenza Bracci, ad una diversa valutazione delle due fattispecie sotto il profilo della conformità ai principi del "processo equo".

Dalla sentenza Bracci, e dalla precedente decisione adottata il 7 giugno 2005 nel caso *Jerinò c. Italia*, sembra emergere l'idea che, per stabilire se le dichiarazioni raccolte al di fuori del contraddittorio abbiano o meno una valenza determinante, occorre procedere ad una "lettura congiunta" degli elementi di prova, in quanto il "peso" delle stesse dichiarazioni può variare nella misura in cui tutti i tasselli raccolti si sorreggano tra loro a guisa di presidi confermativi⁵².

La già ricordata sentenza emessa nel "caso Carta", oltre a richiamare espressamente le pronunce sopra citate, fa un importante passo avanti: la Corte europea, dopo avere ripercorso il tessuto argomentativo tracciato dal giudice nazionale, procede direttamente ad una "lettura congiunta" degli elementi di prova evidenziati dalle decisioni di merito, ed, al termine di questa operazione logica, attribuisce alle dichiarazioni raccolte al di fuori del contraddittorio il ruolo che ad esse propriamente compete nel quadro di una valutazione complessiva delle risultanze istruttorie.

⁵¹ Come rileva S. TRECHSEL, *op. cit.*, p. 297, i mezzi di prova nel processo penale possono essere paragonati alle pietre di un mosaico; se, nonostante l'eliminazione di ciascuna pietra costituita dalle dichiarazioni non sottoposte al controllo del *right of confrontation*, l'immagine complessiva è inconfondibile (in quanto non vi è alcun'altra spiegazione ragionevole eccetto quella che l'imputato ha commesso il delitto), allora la sentenza non è basata in modo decisivo su questi mezzi di prova difformi dal paradigma dell'art. 6 § 3 lett. d della Convenzione.

⁵² Cfr. N. LETTIERI, *Prontuario della giurisprudenza europea*, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com.

La Corte di Strasburgo ha così rilevato che le dichiarazioni predibattimentali non rappresentavano un elemento determinante ai fini della condanna in quanto erano “servite a corroborare le altre prove a carico”, costituite da fatti obiettivi e da deposizioni testimoniali, acquisite in dibattimento, nel contraddittorio delle parti.

Se si passa ad analizzare la concluzione di questi altri elementi di prova, ci si accorge che la possibilità di una spiegazione alternativa era agevolmente praticabile per ciascuno di essi, singolarmente considerato, ma non per il quadro indiziario complessivo che nasceva dalla loro concatenazione logica.

Il “livello di compatibilità” con i principi convenzionali, individuato dalla Corte europea con le pronunce adottate nei “casi” Jerinò, Bracci e Carta, è decisamente elevato: si ammette che possano essere raccolte al di fuori dell’intervento della difesa anche quelle dichiarazioni che rappresentano l’elemento “catalizzatore” che, nell’ambito di una valutazione congiunta, fornisce una logica spiegazione di un insieme di dati oggettivi, convergenti nella medesima direzione probatoria.

In altri termini, ciò che assume essenziale rilevanza ai fini del rispetto dei principi del “giusto processo”, secondo il più recente orientamento della Corte europea, è la presenza di molteplici e svariate conferme del contenuto delle dichiarazioni, le quali devono rappresentare l’unica spiegazione possibile di tutti i dati disponibili, compresi quelli inizialmente ignoti⁵³. Quando si è in presenza di un sistema coerente di elementi probatori resistente a ogni tentativo di “falsificazione”, ciò che assume una valenza dimostrativa determinante, a ben vedere, è il risultato della dialettica dibattimentale nella sua globalità, e non ciascuna delle sue componenti, in sé considerata. È, con ogni probabilità, questo il presupposto logico implicito nel riconoscimento, da parte della Corte, che la condanna pronunciata dal giudice nazionale, in casi del genere, non si basa in misura determinante sulle dichiarazioni acquisite da una sola delle parti.

La Corte di Strasburgo viene, così, a identificare il carattere “corroborativo” delle dichiarazioni con un concetto di sinergia probatoria definito in conformità al suo metodo “olistico” di apprezzamento delle concrete vicende processuali⁵⁴.

⁵³ Sul punto, v. le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000, p. 129.

⁵⁴ Cfr. M. VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., p. 853-858.

Il metodo “olistico” – che porta a verificare in che misura le dichiarazioni del testimone non sottoposto al controesame risultino decisive rispetto alla vicenda processuale nel suo insieme – finisce per attribuire al giudice un ruolo attivo anche nei sistemi di tipo *adversarial*: il compito dell’organo giudicante si sostanzia non nell’applicare le regole probatorie in modo atomistico, ma piuttosto nel valutare la “forza” degli ulteriori elementi di prova raccolti, al fine di stabilire se i principi del “giusto processo” impongano necessariamente l’esame dialettico di un determinato testimone⁵⁵.

In sintesi, occorre dunque che le dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio siano accompagnate da una pluralità di elementi di prova che, nel loro complesso, trovino una logica spiegazione soltanto nella ricostruzione dell’episodio compiuta dal dichiarante quando era stato escusso dagli organi investigativi.

La Corte europea è, però, molto attenta alle caratteristiche “genetiche” di questi ulteriori elementi di prova, ed esige che gli stessi presentino una effettiva autonomia rispetto alle dichiarazioni della persona non sottoposta al controesame della difesa.

In particolare, nella sentenza *Majadallah*, al fine di verificare se le dichiarazioni irripetibili avessero assunto una valenza determinante ai fini del giudizio di condanna, la Corte di Strasburgo ha escluso che la deposizione testimoniale *de relato* dell’agente di polizia che le aveva raccolte potesse considerarsi come una prova confermativa assunta nel contraddittorio delle parti⁵⁶.

⁵⁵ J. JACKSON, *op. cit.*, p. 654.

⁵⁶ Si tratta di un indirizzo interpretativo coerente con l’ampia ed autonoma nozione di testimone elaborata dalla Corte di Strasburgo, al fine di tracciare la linea di confine dei diritti dell’imputato di esaminare i testimoni a carico e di ottenere la convocazione dei testimoni a discarico. Tale scelta ermeneutica assume una precisa incidenza sul tema di testimonianza indiretta: la Corte, infatti, muovendo dall’assunto che la stessa nozione non richiede quale elemento essenziale la presenza dell’interessato in giudizio, ha ricompreso nel concetto di testimone anche la fonte originaria delle informazioni riportate oralmente da un agente di polizia escusso come teste nel dibattimento. Ne consegue che, nell’ipotesi di testimonianza *de relato*, le garanzie previste dall’art. 6 della Convenzione – ed in particolare il *right of confrontation* – devono trovare applicazione anche con riferimento alla fonte primaria, qualora le sue dichiarazioni siano suscettibili di fondare in modo sostanziale un giudizio di condanna. Sul tema, si rinvia a A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La prova “per sentito dire”. La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Giuffrè, 2004, p. 19 s.

Secondo il giudice europeo, dunque, gli elementi di riscontro devono provenire da una fonte del tutto autonoma rispetto alle dichiarazioni “irripetibili” e devono essersi stati acquisiti con modalità conformi al principio del contraddittorio (in quanto la dialettica delle parti deve avere accompagnato la loro formazione o deve essere risultata *ab origine* irrealizzabile, come nel caso delle prove documentali).

6. *Il problema della irrilevanza probatoria delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni nell'esame dibattimentale.*

La divergenza tra il sistema italiano e le indicazioni della Corte europea coinvolge tutta la disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale, che costituisce un vero e proprio punto di osservazione privilegiato attraverso cui è possibile verificare come, e in quale misura, i principi del contraddittorio e dell'oralità vivono di vita propria entro la trama disegnata dalle norme del codice di rito.

Nello studio della disciplina dettata dal codice di procedura penale italiano in tema di istruttoria dibattimentale, è divenuto ormai ricorrente il riferimento al principio di separazione funzionale delle fasi, visto come un portato del sistema accusatorio; da tale principio si fa discendere – tra l'altro – la preclusione all'utilizzazione, come prova “in positivo”, delle precedenti dichiarazioni difformi, rese dal teste nella fase predibattimentale ed utilizzate per le contestazioni. Una regolamentazione, questa, che, se applicata con absolutezza, entra in profonda tensione con le esigenze di tutela delle vittime e di accertamento dei fatti nei processi di criminalità organizzata.

L'elaborazione dottrinale del principio di separazione funzionale delle fasi è riuscita nella difficile quanto indispensabile impresa di diffondere capillarmente, nella cultura giuridica e nella pratica giudiziaria italiana, alcuni degli elementi caratterizzanti del processo *adversary*, traducendo in termini “oggettivi” e “strutturali” le implicazioni dell'*hearsay rule*⁵⁷ e del ruolo dominante attribuito alle parti nell'accerta-

⁵⁷ Com'è noto, l'*hearsay rule* integra una regola di esclusione probatoria, che preclude l'ingresso nel giudizio, come prova dei fatti (*as substantive evidence*), di ogni affermazione degli stessi che non provenga direttamente da colui che sta dando prova orale. Le principali implicazioni della regola sono le seguenti:

mento del fatto: il diritto al contraddittorio, le regole dell'oralità e della immediatezza, sono state così trasposte nella enucleazione di finalità diverse, destinate a qualificare, rispettivamente, la fase delle indagini preliminari e quella del dibattimento.

La realtà dei sistemi accusatori anglo-americani è, però, caratterizzata da una incessante evoluzione che si distacca sempre più dalle tradizionali rappresentazioni del modello *adversarial*.

In particolare, appare ormai superata la tradizionale impostazione della *common law*, secondo cui le dichiarazioni rese dai testimoni al di fuori del dibattimento possono divenire oggetto di prova testimoniale o di lettura in chiave meramente critica, e cioè per valutare la credibilità della deposizione dibattimentale del teste, ma non anche per provare la verità dei fatti che formano oggetto dei *prior statements of the witness*.

La suesposta disciplina di *common law* è stata ampiamente derogata nel sistema statunitense dalle *Federal Rules of Evidence* (definitivamente approvate dal Congresso degli U.S.A. nel 1975), e nel sistema britannico dal *Criminal Justice Act* del 2003, che hanno ammesso l'utilizzazione, come prova della verità dei fatti, delle dichiarazioni rese dal testimone ad una sola delle parti in alcune ipotesi di notevole rilevanza: tra l'altro, si giunge a riconoscere una valenza probatoria positiva alle dichiarazioni predibattimentali difformi che il teste, nel corso dell'esame, ammette di avere reso, pur disconoscendone il contenuto⁵⁸.

a) i testimoni devono dare prova orale, ed una dichiarazione scritta non può sostituire la loro comparizione personale nel dibattimento;

b) i testimoni devono offrire una prova che scaturisca dalla loro conoscenza diretta ("di prima mano"), e non possono ripetere ciò che altri soggetti hanno detto loro;

c) i documenti non possono essere ammessi come prova del loro contenuto;

d) assume rilevanza soltanto la prova orale data dal teste, mentre, in generale, le sue precedenti dichiarazioni non rivestono valore probatorio.

L'*hearsay rule* esprime, dunque, sia il principio della oralità – in quanto vieta di utilizzare, come prova dei fatti, la dichiarazione resa fuori del dibattimento (*out of court*) – sia il principio della immediatezza, sotto il duplice profilo della necessità del rapporto diretto tra il giudice e la persona-fonte di prova, e della necessità del rapporto diretto tra la persona-fonte di prova e il fatto. Sul tema, si rinvia a I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, p. 156, a V. FANCHIOTTI, *Processo penale nei paesi di Common Law*, in *Dig. pen.*, vol. X, Utet, 1995, p. 157, nonché, volendo, a A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, cit., p. 53 s., ed alla letteratura ivi citata.

⁵⁸ Sul tema, si rinvia a A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *Le contestazioni*, cit., p. 485 ss., ed alla letteratura ivi citata.

I suddetti testi normativi hanno quindi adottato un approccio alla prova ispirato al principio di inclusione, rimuovendo quelle che erano ormai diffusamente considerate come barriere artificiali all'accertamento dei fatti ed affidando alla giuria una più vasta gamma di elementi di convincimento, in modo da favorire il raggiungimento di un "giusto verdetto" e da rendere il dibattimento un luogo di ricerca della verità.

Tali innovazioni hanno condotto la dottrina di *common law* ad esprimere la realistica considerazione che «l'ammissibilità è quindi una funzione del valore dimostrativo della prova, piuttosto che il prodotto di una perentoria definizione legale»⁵⁹.

Di fronte a questo percorso di riforma della *law of evidence*, la più autorevole dottrina britannica si è ben guardata dal rifugiarsi in una nostalgica rievocazione del tradizionale sistema di *common law*. Si è, invece, cercato di cogliere il senso profondo del mutamento in corso, visto come una transizione dalle "regole" ai "principi" nella disciplina legale della dinamica processuale⁶⁰.

Le linee di tendenza manifestatesi nei principali sistemi processuali di tipo *adversary* sono coerenti con l'orientamento interpretativo seguito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, com'è noto, afferma costantemente che ai fini decisori sono utilizzabili anche le deposizioni rese nella fase istruttoria anteriore al dibattimento, purché venga accordata all'imputato una possibilità adeguata di contestare le dichiarazioni a suo carico e di interrogarne gli autori nel corso dell'esame oppure in una fase successiva.

La più rigida regolamentazione prevista dall'art. 500 del nostro codice di rito potrebbe apparire, a prima vista, come un più elevato livello di tutela dei diritti riconosciuti dall'art. 6 della Convenzione.

La valutazione sulla disciplina italiana, però, cambia radicalmente se si adotta, quale parametro di riferimento, il concetto europeo di "giusto processo", che richiede che gli interessi delle vittime e dei testimoni vengano presi in considerazione, allo stesso modo di quelli degli imputati, nella regolamentazione legale del fenomeno probatorio.

Sotto questo profilo, il bilanciamento di interessi operato dal legislatore nell'introdurre il nuovo testo dell'art. 500 va incontro a serie riserve, tenuto conto della indubbia difficoltà di acquisizione della prova relativa ai presupposti di fatto (le pressioni subite dal testimone) cui è su-

⁵⁹ V. al riguardo P. ROBERTS-A. ZUCKERMAN, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁰ Cfr. sul punto P. ROBERTS-A. ZUCKERMAN, *op. cit.*, p. 251-252.

bordinato, ai sensi del quarto comma della norma, l'inserimento delle precedenti dichiarazioni nel fascicolo del dibattimento.

Per effetto della disposizione che impedisce, in via generale, di avvalersi della valenza dimostrativa delle dichiarazioni predibattimentali rese da soggetti che sono stati successivamente sottoposti al controesame della difesa, possono verificarsi situazioni processuali nelle quali la sola prova idonea a garantire la tutela di diritti fondamentali di particolare rilevanza diviene inammissibile, senza che ciò sia richiesto dall'esigenza di salvaguardare altri valori sanciti dalla Convenzione. Una conseguenza, questa, che contrasta con i principi desumibili dalla sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in data 27 ottobre 1993 nel caso *Dombo Bebeer c. Paesi Bassi*.

L'attuale regolamentazione della materia delle contestazioni si pone in un rapporto decisamente problematico con il consolidato indirizzo della giurisprudenza europea da cui emerge la necessità che lo Stato predisponga nel diritto interno, strumenti normativi a carattere processuale, e più in generale un sistema di investigazione e perseguimento dei reati, adeguati a far valere la violazione di determinati diritti fondamentali, come la vita, l'integrità psicofisica, la libertà individuale, la libertà sessuale⁶¹.

Come è stato efficacemente osservato dalla dottrina⁶², «l'Italia si presenta oggi come uno Stato di potenziale richiamo rispetto a determinati flussi di criminalità», in quanto soltanto nel nostro ordinamento «i giudici devono assolvere in presenza di prove (ad esempio, una testimonianza, resa da chi solo in seguito sia stato sottoposto a contraddittorio) sulla base delle quali negli altri sistemi si può invece condannare, senza con ciò violare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

De jure condendo, una valida soluzione del problema potrebbe essere offerta da una modifica normativa finalizzata ad armonizzare i sistemi di giustizia penale degli Stati europei sul piano del diritto delle prove. Una prospettiva, questa, che appare necessaria per potenziare la cooperazione giudiziaria internazionale e per evitare che gli squilibri tra i diversi sistemi favoriscano la migrazione delle singole persone o delle organizzazioni dedite alla commissione di gravi delitti⁶³.

⁶¹ In proposito v. le indicazioni riportate *infra*, parte II, sezione III, capitolo V.

⁶² V. GREVI, *Italia "ventre molle" della giustizia. Così importiamo criminalità*, in *Corriere della Sera*, 29 aprile 2008.

⁶³ In questi termini V. GREVI, *op. ult. cit.*

Sul piano interpretativo, l'orientamento della Corte di Strasburgo fornisce un significativo fondamento logico alle tesi dottrinali che, dopo la riforma dell'art. 500 c.p.p., hanno prospettato la possibilità di attribuire una valenza probatoria positiva alle precedenti dichiarazioni difformi che il teste ammette di avere reso, pur disconoscendone il contenuto⁶⁴.

⁶⁴ Com'è noto, attraverso una pluralità di percorsi logici, una parte della dottrina si è proposta di elaborare in via interpretativa una soluzione analoga a quella introdotta in via legislativa negli ordinamenti statunitense ed inglese.

Un particolare interesse è riscontrabile nella tesi sviluppata da una autorevole dottrina (P. FERRUA, *L'indagine entra in dibattimento solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 7, p. 9 s.), la quale ha negato che possa venire in gioco una regola legale di esclusione probatoria nell'ipotesi in cui il teste, nel corso del dibattimento, ammetta di avere reso le dichiarazioni che gli vengono contestate, ma fornisca una diversa versione dei fatti. In questo caso ci si trova di fronte a due dichiarazioni dibattimentali tra di loro contrastanti: una ricostruisce direttamente l'accaduto, mentre l'altra lo ricostruisce indirettamente mediante il riferimento ad una precedente narrazione esposta dallo stesso soggetto. La "metadichiarazione", con cui il teste ammette di avere reso una precedente deposizione avente un determinato contenuto, dà luogo ad una situazione strutturalmente analoga a quella disciplinata dall'art. 195 c.p.p. (relativo alla testimonianza indiretta), anche se nel primo caso le due dichiarazioni risalgono alla stessa fonte.

È chiaro che non si può attribuire un rilievo decisivo alla negativa valutazione espressa dal teste nella deposizione dibattimentale in ordine alla veridicità delle dichiarazioni che egli stesso riconosce di avere fatto. Anche in questo caso, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di testimonianza *de relato* (in cui è certamente consentito il passaggio dal fatto materiale della dichiarazione riferita alla verità della dichiarazione stessa), il principio del libero convincimento del giudice può portare ad attribuire una valenza probatoria positiva, in ordine alla verità del fatto storico, a quella parte della deposizione dibattimentale in cui il teste ammette di avere reso le dichiarazioni che gli vengono contestate, quando la versione esposta nel corso delle indagini risulta coerente con il complesso delle altre emergenze probatorie, mentre la diversa versione fornita nel corso del dibattimento appare viziata da reticenze ed incongruità.

Viene in gioco, pertanto, un semplice criterio di valutazione, secondo cui il significato dell'ammissione di avere reso una certa dichiarazione andrà verificato alla luce di ogni altro elemento di prova, con il controllo giudiziale in ordine alla ragionevolezza e persuasività dell'inferenza.

In termini analoghi si sono espressi anche E. MARZADURI-D. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 13, p. 55, secondo cui «la dichiarazione dibattimentale di smentita totale o parziale di quanto detto in precedenza "passa", di regola, attraverso una riaffermazione di quanto si vuole contraddire che non può non considerarsi, anch'essa, dichiarazione resa in contraddittorio e quindi pienamente utilizzabile dal giudice attraverso la lettura del verbale dibattimentale». Nello stesso senso D. CARCANO-D. MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1° marzo 2001, n. 63*, Giuffrè, 2001, p. 54.

Una soluzione analoga è stata prospettata da un altro orientamento dottrinale (A.

Sul punto, occorre premettere che l'art. 500 comma 2 c.p.p. nella sua nuova formulazione, a ben vedere, non ha introdotto un esplicito divieto probatorio (insito, invece, nell'originario testo della disposizione), né ha delineato una specifica ipotesi di inutilizzabilità.

L'irrelevanza probatoria della precedente dichiarazione difforme, discende dalla circostanza che l'art. 500 non ne prevede – di regola – l'acquisizione al fascicolo dibattimentale, all'interno di un sistema processuale nel quale nessun atto di indagine può convertirsi in prova se non per il tramite del suo inserimento in tale fascicolo⁶⁵.

Insomma, così letta la normativa impedisce che entrino a far parte del bagaglio che conduce alla decisione le frasi congelate in un verbale formato senza contraddittorio ed in assenza della garanzia della presenza del giudice.

Ma, se è questa la *ratio* giuridica della inutilizzabilità, ne consegue, *a contrario*, che la dichiarazione predibattimentale difforme può assumere valore probatorio (ovviamente, alla luce di una valutazione complessiva degli elementi di convincimento raccolti) in tutte le ipotesi in cui essa viene richiamata – attraverso un rinvio *per relationem* – dallo stesso teste nell'ambito della deposizione resa sotto il “fuoco incrociato” delle domande e delle contestazioni delle parti.

Adottando questa linea interpretativa, non si viola alcun divieto probatorio: ciò che viene utilizzato in chiave dimostrativa è semplicemente il complessivo comportamento processuale del teste, la cui ammissione

NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, 2004, p. 149-150), facendo riferimento alla tradizionale rilevanza probatoria delle *res gestae*: si giustifica una più ampia valutazione del contenuto informativo di una dichiarazione dibattimentale quando assumono rilevanza le particolari circostanze che l'hanno preceduta, accompagnata o seguita (ad esempio se si tratta di una dichiarazione resa prima del verificarsi di un evento significativo). In altri termini, si può essere in presenza di situazioni che rendono rilevante il fatto stesso che una determinata dichiarazione sia stata resa.

La possibilità di assegnare un qualche valore probatorio alla dichiarazione pregressa, ove il teste, pur ritrattandola, riconosca in dibattimento di averla liberamente compiuta, andrebbe quindi verificata sviluppando il significato normativo dell'art. 500 comma 2 c.p.p., che attribuisce rilevanza probatoria al fatto stesso che la difforme dichiarazione predibattimentale sia stata resa, ammettendone la valutazione ai fini della credibilità del dichiarante. Non sarebbe, invece, riproducibile lo schema normativo della testimonianza indiretta, poiché presuppone una distinzione soggettiva tra il teste che riferisce e il teste di riferimento.

⁶⁵ P. FERRUA, *Introduzione*, in AA.VV., *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 587.

di aver detto certe cose può essere considerata – in un determinato contesto – come un segno che ciò che il teste ha detto in precedenza è vero.

A questo passaggio – dalla valutazione del comportamento dibattimentale del teste alla valorizzazione probatoria del contenuto delle precedenti dichiarazioni, richiamate dalla deposizione orale – non si frappone alcun ostacolo giuridico, ma semplicemente una difficoltà di ordine empirico, che può essere superata attraverso un adeguato impegno motivazionale. Ciò che si richiede al giudice è, insomma, di decodificare il reale significato del messaggio lasciato dal teste, inserendolo in un contesto capace di svelarne il senso profondo⁶⁶.

7. Le implicazioni in materia di testimonianza indiretta: la ridefinizione dell'ambito di operatività dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p.

L'autonomo significato attribuito dalla Corte europea alla nozione di testimone assume una precisa rilevanza anche nella materia della testimonianza indiretta.

La Corte, infatti, muovendo dall'assunto che tale nozione non richiede quale elemento essenziale la presenza dell'interessato in giudizio, ha ricompreso nel concetto di testimone anche la persona le cui dichiarazioni siano state raccolte in forma scritta da un ufficiale di polizia giudiziaria, riportate oralmente in udienza da quest'ultimo, e quindi prese in considerazione dal giudice⁶⁷. O, ancora, la persona rimasta vittima di abusi sessuali, le cui dichiarazioni erano state riferite in giudizio dalla madre e dall'ufficiale di polizia giudiziaria che le aveva raccolte⁶⁸.

⁶⁶ Sul tema, si rinvia a A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *Le contestazioni*, cit.

⁶⁷ Così la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella pronuncia emessa il 26 aprile 1991 nel caso *Asch c. Austria*, ha affermato: «nonostante il rifiuto a comparire in udienza, la sig.ra J.L. deve comunque essere considerata come testimone ai fini dell'articolo 6 comma 3 lett. d) ... poiché le sue dichiarazioni raccolte in forma scritta dall'ufficiale di polizia B. e da questi riportate oralmente in udienza erano presenti di fronte alla Corte, che le ha prese in considerazione ai fini del giudizio». Nello stesso senso Corte eur., 27 settembre 1990, caso *Windisch c. Austria*, che ha ravvisato una violazione dell'art. 6 della Convenzione in un'ipotesi in cui la condanna dell'imputato era stata fondata sulle dichiarazioni di due soggetti rimasti anonimi, raccolte da due ufficiali di polizia che le avevano riferite in giudizio, senza che la difesa avesse avuto la possibilità di esaminare le fonti primarie.

⁶⁸ Corte eur., 20 dicembre 2001, *P.S. c. Germania*.

Ne consegue che, nell'ipotesi di testimonianza *de relato*, le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione – ed in particolare il *right of confrontation* ed il diritto alla convocazione dei testimoni a discarico – devono trovare applicazione anche con riferimento alla fonte primaria, qualora le sue dichiarazioni siano suscettibili di fondare in modo sostanziale un giudizio di condanna.

Ai fini del raffronto tra la regolamentazione italiana della testimonianza indiretta e i principi convenzionali, assumono un significativo rilievo le indicazioni espresse dalla Corte di Strasburgo in materia di deposizioni anonime (su cui v. parte II, sez. II).

È rilevante che la Corte concentri la propria attenzione sui casi in cui nel corso del giudizio si sia continuato a preservare l'anonimato dell'informatore, ravvisando proprio in queste ipotesi il rischio di un pregiudizio dei diritti della difesa, privata di quelle fondamentali indicazioni che le consentirebbero già solo potenzialmente di stabilire se lo stesso soggetto sia parziale, ostile o inattendibile.

Per converso, secondo la Corte, le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non precludono l'impiego di fonti come gli informatori anonimi nel corso della fase delle indagini preliminari.

Le indicazioni che possono trarsi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono, quindi, nel senso della legittimità di una disciplina che circoscriva alla fase del giudizio la necessità della individuazione della fonte primaria, o addirittura non attribuisca all'imputato il diritto di conoscere le generalità di coloro che lo accusano, purché alla difesa venga comunque assicurata la possibilità di interrogare o far interrogare tutti i soggetti le cui dichiarazioni assumono una rilevanza decisiva ai fini del giudizio.

All'esigenza del rispetto di questa fondamentale garanzia si accompagna, poi, la necessità di una disciplina processuale che realizzi un congruo bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo offre, inoltre, un preciso orientamento ermeneutico con riguardo al controverso problema della regolamentazione dell'ipotesi in cui il teste di riferimento, chiamato a deporre, si rifiuti di rispondere⁶⁹, o si avvalga della

⁶⁹ Al riguardo, v. Cass., 29 novembre 2006, Baldi (in *Cass. pen.*, 2007, p. 4752 s., con nota di C. ANGELONI, *Il silenzio del minore e la testimonianza de relato*, secondo cui «la testimonianza *de relato* è inutilizzabile solo quando sulla richiesta di parte il giudice non chiami a deporre il teste diretto, ma quando il teste diretto, chiamato, non abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze

facoltà di astenersi dal testimoniare, eventualmente attribuitagli per la sua qualità di prossimo congiunto dell'imputato⁷⁰.

indirette» (nella concreta fattispecie, si trattava della testimonianza indiretta dei genitori in relazione ad abusi sessuali subiti dal figlio minore, che, chiamato a deporre nelle forme dell'incidente probatorio, non aveva risposto alle domande).

⁷⁰ Sul punto F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, 2002, p. 86, rileva che la normativa, per il suo tenore letterale, non osta all'utilizzabilità della dichiarazione di secondo grado sulle dichiarazioni stragiudiziali rese da uno dei soggetti menzionati dall'art. 199, il quale, interpellato *ex art.* 195, si avvalga della facoltà di astenersi dal testimoniare.

La fattispecie della testimonianza indiretta sulle dichiarazioni rese dai prossimi congiunti dell'imputato ha formato oggetto di contrastanti interpretazioni nella giurisprudenza di legittimità.

L'ammissibilità e la utilizzabilità della deposizione *de relato* sulle dichiarazioni rese da una persona la cui testimonianza era stata dichiarata nulla, non essendo la stessa stata avvisata della facoltà di astenersi quale figlia dell'imputato, sono state riconosciute dalla Suprema Corte (Cass., Sez. V, sent. n. 4384 del 1999, ric. Pesenti), che ha affermato che «la deposizione resa dal prossimo congiunto dell'imputato, senza l'avvertimento di cui all'articolo 199 c.p.p. è nulla; tale nullità, tuttavia, non ha efficacia diffusiva e non si estende pertanto alle altre fonti di prova testimoniale introdotte nel dibattimento in quanto conosciute attraverso la testimonianza poi dichiarata nulla».

La sent. 18 giugno 2002, n. 26414 (ric. Rossini, in CED n. 222444) della Corte di Cassazione ha ricondotto agli "altri casi", in cui resta ammissibile la testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, la situazione in cui le forze dell'ordine abbiano documentato mediante un'annotazione di servizio, nell'immediatezza di un fatto omicidiario, le dichiarazioni rese dai prossimi congiunti della vittima, i quali si erano poi rifiutati di confermarle a verbale.

In altre pronunce la giurisprudenza di legittimità ha escluso che le dichiarazioni rese nel corso delle indagini dal prossimo congiunto successivamente astenutosi dal deporre possano trovare ingresso nel dibattimento attraverso la testimonianza indiretta del verbalizzante. In questo senso si è espressa Cass., Sez. VI, sent. 21 aprile 1994, n. 4641, ric. p.m. in proc. Grandinetti ed altri: «l'esercizio della facoltà di astensione dal testimoniare da parte del prossimo congiunto dell'imputato preclude al pubblico ministero la possibilità di introdurre nel processo sia l'originaria dichiarazione resa davanti alla polizia giudiziaria o allo stesso pubblico ministero (da parte di prossimo congiunto che in quella sede non abbia esercitato la detta facoltà) sia di recuperare tale dichiarazione attraverso gli agenti che la verbalizzarono, perché le dichiarazioni *de relato* dei verbalizzanti sarebbero ammissibili sempre che fosse possibile acquisire la dichiarazione diretta dalla persona che è la fonte primaria della notizia (art. 195, terzo e quarto comma). Neppure può farsi applicazione degli articoli 500 e 512 c.p.p. in quanto il primo presuppone che le contestazioni si rivolgano ad un testimone che abbia già deposto (e non anche ad un testimone che si sia astenuto dal deporre) ed il secondo che la

In queste fattispecie risulta comunque rispettata la condizione di utilizzabilità prevista dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 195 c.p.p.; pur dovendo riconoscersi che in tal modo vengono sensibilmente ridotti gli spazi del controllo di conoscenza, va osservato che la lettera della norma non sembra lasciare alternative⁷¹, anche alla luce del principio generale di tassatività delle sanzioni processuali.

Alle stesse conclusioni deve giungersi, secondo la giurisprudenza di legittimità, con riferimento all'ipotesi in cui la fonte primaria sia rappre-

ripetizione degli atti assunti dal pubblico ministero (ed ora anche dalla polizia giudiziaria, alla stregua del nuovo testo dell'articolo 512 c.p.p.) sia divenuta impossibile per fatti imprevedibili e non già per l'esercizio di una facoltà, debitamente preveduta e garantita dalla legge». Anche Cass., Sez. I, sent. n. 6294 del 1999, ric. Femia, ha affermato che «l'esercizio della facoltà di astenersi dal deporre da parte dello stretto congiunto prevista dall'art. 199 c.p.p. – la cui “ratio” si giustifica con la necessità di tutela del vincolo familiare – impedisce sia l'introduzione nel fascicolo del dibattimento della dichiarazione resa dallo stesso nel corso delle indagini, sia il recupero della stessa dichiarazione mediante la testimonianza resa “de relato” dal verbalizzante, che procedette all'escussione del teste. Infatti da un lato va rilevato che, ai sensi del secondo comma dell'art. 500 c.p.p., le dichiarazioni rese dal teste nel corso delle indagini preliminari possono essere inserite nel fascicolo del dibattimento mediante contestazione solo se sui fatti e sulle circostanze oggetto di contestazione il teste abbia già depresso, e dall'altro va considerato che, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., la lettura degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari è consentita solo nel caso che ne sia divenuta impossibile la ripetizione per fatti o circostanze imprevedibili».

La possibilità di lettura delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, dal prossimo congiunto che, nel dibattimento, si fosse avvalso della facoltà di non rispondere, era stata ammessa, in un primo tempo, dalla Corte costituzionale.

In particolare, la sentenza interpretativa di rigetto n. 179 del 9/16 maggio 1994 ha sostenuto che, una volta che il prossimo congiunto, ritualmente avvisato della facoltà di astenersi dal deporre, abbia rinunciato a tale facoltà e reso dichiarazioni alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, le dichiarazioni stesse risultano legittimamente assunte, e, ove il dichiarante decida di astenersi dalla testimonianza dibattimentale, «pur se in seguito all'esercizio di un diritto, si determina comunque quella oggettiva e non prevedibile impossibilità di ripetizione dell'atto dichiarativo che, ai sensi dell'art. 512, consente di dare lettura degli atti assunti anteriormente al dibattimento».

La stessa Corte costituzionale è, tuttavia, giunta a diverse conclusioni a seguito della riforma dell'art. 111 della Carta fondamentale: precisamente, la sent. n. 440 del 12/25 ottobre 2000 ha affermato che, alla luce del nuovo quadro normativo, l'art. 512 c.p.p. deve essere 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., in quanto tale situazione non rientra tra le cause di natura oggettiva di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio.

⁷¹ Sul punto v. F. CAPRIOLI, *Palinogenesi*, cit., p. 86.

sentata da un imputato di reato connesso che, sottoposto ad esame ai sensi dell'art. 210 c.p.p., eserciti il proprio diritto al silenzio⁷².

La circostanza che, nelle ipotesi sopra descritte, la fonte primaria si sottragga al controesame della difesa non può restare, comunque, priva di conseguenze sul piano probatorio: anche in questo caso, la condotta elusiva del *right of confrontation*, se si è protratta nel corso dell'intero procedimento, rende applicabile il disposto dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., che preclude la valutazione quale prova determinante ai fini della verifica della colpevolezza, delle «dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore»⁷³.

Si tratta, infatti, di una norma di chiusura, che opera anche laddove la legge consente l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni⁷⁴, e che, per il suo generico tenore letterale e la sua *ratio* (volta ad apprestare una energica sanzione che assicuri l'effettivo rispetto del diritto dell'imputato di confrontarsi con la fonte di accusa), risulta riferibile non solo all'uso in giudizio di verbali preconfezionati, ma anche all'introduzione delle dichiarazioni altrui nel materiale probatorio mediante la deposizione del teste *de relato*⁷⁵.

⁷² Cfr. Cass., 4 ottobre 2004, Biancoli ed altri, in *CED*, n. 231465, che – con riguardo alla testimonianza di un agente “infiltrato” circa informazioni acquisite da un imputato di reato connesso, che dal canto suo si era avvalso della facoltà di non rispondere – ha affermato che «la testimonianza indiretta è inutilizzabile solo nei casi previsti dalla legge, cioè la mancata indicazione della fonte primaria o l'omessa citazione del soggetto indicato dal testimone quale fonte di riferimento, sempre che vi sia stata richiesta in tal senso e che non sia sopravvenuta l'impossibilità del relativo esame. Ne consegue che, per l'utilizzazione della prova, non è necessario che la persona individuata quale fonte diretta, anche quando citata, si sottoponga effettivamente all'esame». Nello stesso senso v. anche Cass., 6 luglio 2006, Greco e altri, in *CED*, n. 235001, secondo cui «La testimonianza *de relato* è utilizzabile allorché il soggetto nel quale si identifica l'originaria fonte della notizia dei fatti, sottoposto a esame, si avvale del diritto di non rispondere. In tal caso, quanto da esso riferito è liberamente valutato dal giudice ai fini del proprio convincimento».

⁷³ Sulla norma in esame, v. le acute osservazioni di P. FERRUA, *Una garanzia “finale” a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-bis c.p.p.*, in P. TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Cedam, 2001, p. 521 ss., secondo cui si tratta di un criterio legale di valutazione. Una diversa opinione è espressa da P. TONINI, *Manuale*, cit., p. 565 s., che ritiene trattarsi di una previsione di inutilizzabilità relativa.

⁷⁴ Così P. TONINI, *Manuale*, cit., p. 565 s.

⁷⁵ In questo senso P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 134-140, e C. CESARI, *‘Giusto*

Depongono univocamente in tal senso le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale – come si è visto – esclude che una sentenza di condanna possa fondarsi, in misura determinante, su testimonianze *de relato* relative a dichiarazioni rese da persone che l'imputato non ha avuto la possibilità di interrogare (o fare interrogare) in nessuna fase del procedimento.

Il costante orientamento della Corte di Strasburgo crea, dunque, un preciso vincolo ermeneutico ai fini della definizione dell'area di operatività dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., che va estesa alle dichiarazioni "extraprocessuali" del teste di riferimento sottrattosi al controesame, le quali non possono costituire la prova esclusiva o principale⁷⁶ della colpevolezza dell'imputato⁷⁷.

processo", *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 72. Anche F. CAPRIOLI, *Palingenesi*, cit., p. 87-89, ritiene che la dichiarazione stragiudiziale del prossimo congiunto astenutosi dal deporre, pur formando oggetto di una testimonianza *de relato* utilizzabile, non possa costituire prova della colpevolezza dell'imputato, ostandovi il disposto dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p.; non possono essere valutate come prova della colpevolezza dell'imputato neppure le dichiarazioni stragiudiziali rese dal testimone o dall'imputato di reato connesso che nel dibattimento abbiano deciso di tacere oppure che si siano avvalsi dell'irreperibilità (ma anche dell'infermità o addirittura della morte) quale mezzo per sottrarsi volontariamente all'esame da parte della difesa. C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 5, p. 606, rileva che nell'ipotesi in cui il teste di riferimento, citato, rifiuti di rispondere, la tutela dell'imputato verrebbe assicurata dall'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., in forza del quale la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio. Troppo legata alle contingenze storiche sembra, invece, l'osservazione formulata da G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, 2002, p. 248, secondo cui «alla luce della tormentata vicenda istituzionale da cui ha preso le mosse la riforma dell'art. 111 Cost. si può sostenere, forse, (...) che il disposto costituzionale (...), e così anche la legge ordinaria, siano stati ideati con specifico riferimento a dichiarazioni consacrate in verbali e, quindi, a dichiarazioni rese in ambito procedimentale. Con la conseguenza che al di fuori di tale contesto – come ad esempio nei dialoghi tra privati, in occasione dei quali ovviamente non si redige alcuna documentazione, né vi è la possibilità di garantire il contraddittorio o il diritto di difesa – il divieto potrebbe sembrare non applicabile».

⁷⁶ È questo il significato che, secondo una interpretazione "convenzionalmente orientata", può attribuirsi alla locuzione "sulla base", contenuta nel testo della norma.

⁷⁷ Come rileva P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 139, resta comunque pienamente valutabile, ai fini dell'accertamento della colpevolezza, la testimonianza *de relato* avente ad oggetto affermazioni compiute dall'imputato al di fuori del contesto procedimentale, ovvero enunciati "performativi" (e cioè privi di funzione descrittiva o narrativa). Si tratta,

Va infine osservato che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza emessa il 6 aprile 2000 nel caso *Labita c. Italia*, nel soffermarsi sulla ragionevolezza della durata della custodia cautelare a proposito di un imputato indiziato di appartenere ad un'associazione di tipo mafioso, ha affrontato incidentalmente il problema del valore probatorio della testimonianza indiretta.

Nel caso in esame le dichiarazioni a carico del ricorrente provenivano da un'unica fonte: un pentito che nel 1992 aveva affermato di avere appreso *de relato* che il ricorrente era il tesoriere di un'organizzazione mafiosa. A giudizio delle autorità competenti tali dichiarazioni costituivano elementi di prova sufficienti a giustificare la custodia cautelare dell'accusato, considerata la credibilità e l'affidabilità del pentito in questione.

La Corte ha premesso di essere «consapevole del fatto che la collaborazione dei pentiti costituisce uno strumento molto importante nella lotta che le autorità italiane conducono contro la mafia», ma ha pure evidenziato che «l'utilizzo delle loro dichiarazioni pone, nondimeno una serie di problemi delicati, poiché, per la loro stessa natura, simili dichiarazioni potrebbero essere il risultato di mistificazioni, volte unicamente ad ottenere i benefici che la legislazione italiana accorda ai pentiti, o anche a mirare a vendette personali»⁷⁸.

Per questi motivi – ha aggiunto la Corte – «come riconoscono i tribunali interni, le dichiarazioni dei pentiti devono essere avvalorate da altri elementi; inoltre le testimonianze *de relato* devono essere confermate da elementi obiettivi»⁷⁹.

infatti, di fattispecie estranee all'area di applicazione dell'art. 195 c.p.p. (sul tema, si rinvia a A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, cit., p. 125-136, 365-366).

⁷⁸ Nello stesso senso si è espressa la Commissione europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia emessa il 14 gennaio 1997 nel caso *Contrada c. Italia*.

⁷⁹ Degno di nota è il fatto che, nell'ipotesi sottoposta al vaglio del Giudice europeo, nessun elemento aveva avvalorato le dichiarazioni *de relato* del collaboratore di giustizia; al contrario la persona che era la sua fonte principale era morta nel 1989 ed aveva, a sua volta, ricevuto le informazioni da un'altra persona che era stata assassinata prima di essere interrogata; inoltre le dichiarazioni del collaborante erano state smentite nel corso delle indagini da altri pentiti che avevano sostenuto di non riconoscere il ricorrente.