

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore
LIV - aprile 2014, n° 04

Domenico Carcano
Mario D'Andria

04

20
14

| **estratto**

ANCORA SULL'EFFICACIA PROBATORIA
DELLE CONTESTAZIONI. UNA PARTITA –
RIAPERTA – CHE VA SUBITO CHIUSA

di **Leonardo Suraci**

340 LA VALUTAZIONE PROBATORIA DELLE DICHIARAZIONI TESTIMONIALI UTILIZZATE PER LE CONTESTAZIONI

SEZ. IV - UD. 24 SETTEMBRE 2013 (DEP. 28 OTTOBRE 2013), N. 43992 - PRES. SIRENA - REL. PICCIALLI
- P.M. RIELLO (CONCL. CONF.)

DIBATTIMENTO - Istruzione dibattimentale - Esame dei testimoni - Contestazioni - Dichiarazioni rese durante le indagini preliminari - Ritrattazione - Inattendibilità di quest'ultima - Utilizzo delle stesse.

(C.P.P. ART. 500)

In materia di valutazione della prova testimoniale, deve tenersi conto delle dichiarazioni rese dal testimone durante le indagini preliminari legittimamente utilizzate per le contestazioni, laddove le stesse permettano di accertare l'inattendibilità della ritrattazione effettuata dal medesimo testimone in dibattimento.

[Massima redazionale]

RITENUTO IN FATTO. - Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte di appello di Bari, in parziale riforma della sentenza del g.u.p., pronunciata a seguito di giudizio abbreviato, riteneva D.B.A. meritevole dell'attenuante di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5 e, riconosciuta la continuazione con il reato di tentata estorsione, rideterminava la pena in anni uno e mesi sei di reclusione ed Euro 600,00 di multa.

I giudici di merito hanno fondato la responsabilità del D.B. sulle dichiarazioni rese da A.A., alla cui audizione era stata condizionata la celebrazione del giudizio abbreviato. In quella sede l'A., al quale – secondo la contestazione accusatoria – erano state cedute cinque dosi di sostanza stupefacente del tipo *hashish*, aveva ritrattato le accuse ed il riconoscimento fotografico dallo stesso effettuato in sede di denuncia. La corte di merito ha confermato il giudizio di attendibilità formulato dal giudice di primo grado delle dichiarazioni fornite dal cessionario durante le indagini preliminari, tenuto conto della natura del giudizio, a prova contratta, in cui erano state rese, del momento in cui erano state fatte, nella immediatezza della patita aggressione estorsiva e senza condizionamenti di sorta.

D.B.A., tramite difensore, propone ricorso avverso la sentenza sopra indicata, articolando tre motivi.

Con il primo motivo si deduce la violazione dell'art. 192 c.p.p., comma 2, in relazione al valore attribuito alle dichiarazioni rilasciate dalla persona offesa agli inquirenti durante la fase delle indagini preliminari, successivamente contraddette dalla stessa in maniera contrastante, nell'udienza preliminare, svoltasi con il giudizio abbreviato condizionato proprio all'audizione del cessionario. Si sostiene che il giudice avrebbe dovuto considerare prevalenti le dichiarazioni rese in udienza preliminare, acquisite nel rispetto del contraddittorio, rispetto a quelle rilasciate agli inquirenti durante la fase delle indagini preliminari. (*Omissis*).

CONSIDERATO IN DIRITTO - Il ricorso è infondato.

Le doglianze afferenti l'asserita erronea applicazione dell'art. 500 c.p.p., sono strettamente connesse e meritano trattazione congiunta.

La lettura della motivazione consente di apprezzare che la corte di merito ha fatto corretta applicazione dei principi desumibili dall'art. 500 c.p.p., nel testo ora vigente e applicabile nella vicenda *de qua*.

L'art. 500 c.p.p., comma 1, espressamente prevede la possibilità di utilizzare nel dibattimento, nel corso dell'esame testimoniale, le dichiarazioni rese dal testimone durante le indagini preliminari per contestare, in tutto o in parte, il contenuto della deposizione; chiarisce, poi, il comma 2 dello stesso articolo, che le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste. Come già

rilevato da questa Corte (v. Sez. V, 19 dicembre 2012, n. 13275/13, Di Maio, rv. 2551859) una ragionevole interpretazione del sistema disegnato dall'art. 500 c.p.p., commi 1 e 2, impone piuttosto di ritenere che le risultanze delle precedenti dichiarazioni, quando il loro legittimo utilizzo permetta di accertare l'inattendibilità della ritrattazione operata nel dibattimento, debbano prevalere su di essa e sostituirvisi nella formazione del compendio probatorio. Ciò vale sia per le dichiarazioni di contenuto narrativo, sia anche per il riconoscimento fotografico informalmente operato nel corso delle indagini preliminari, stante il noto principio secondo cui detto riconoscimento costituisce un mezzo di prova atipico il cui valore probatorio deriva non dalla ricognizione in senso tecnico, ma dall'attendibilità di colui che ha effettuato il riconoscimento (v. la citata sentenza ed i riferimenti in essa contenuti).

L'apprezzamento della testimonianza resa in udienza preliminare dall'A. ha consentito alla corte territoriale di considerare del tutto inattendibili le ritrattazioni delle accuse e del riconoscimento fotografico effettuati da quest'ultimo in quella sede, rispetto alle primigenie dichiarazioni rilasciate in fase di indagine, discendendo la maggiore affidabilità dal momento in cui gli atti erano stati compiuti, nella immediatezza della patita aggressione estorsiva e senza condizionamenti di sorta.

Trattasi, in tutta evidenza, di una determinazione afferente la valutazione dei mezzi di prova – segnatamente, la valutazione, in punta di attendibilità, di una testimonianza – che rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito ed è come tale insuscettibile di sindacato in questa sede, sia perché, per quanto detto, non viola la disciplina positiva, sia perché congruamente e logicamente motivata.

ANCORA SULL'EFFICACIA PROBATORIA DELLE CONTESTAZIONI. UNA PARTITA – RIAPERTA – CHE VA SUBITO CHIUSA

Again on the Evidentiary Effectiveness Of Complaints. A Party – Reopened – which Should be Closed Immediately

Dopo la riforma dell'art. 111 Cost. la tormentata storia della disciplina delle contestazioni ha acquisito una fisionomia ben delineata. L'art. 500 c.p.p., infatti, attribuisce alla dichiarazione utilizzata per attivare il meccanismo contestativo una potenzialità probatoria tendenzialmente negativa, ossia circoscritta al vaglio di attendibilità del testimone. Una regola che deve essere salvaguardata quale strumento di garanzia del contraddittorio per la prova.

After the reform of art. 111 Cost. the tormented history of complaints took on a well-defined physiognomy. Art. 500 c.p.p., in fact, attributes a generally negative evidentiary potentiality to the statement used to trigger the disputed mechanism, that is, limited to close examination of the reliability of the witness. This is a rule that must be safeguarded as an instrument of guarantee that evidence is subjected to cross-examination.

di **Leonardo Suraci**

Assegnista di ricerca in procedura penale - Sapienza Università di Roma

Sommario 1. Premessa. — 2. Il contraddittorio nella tormentata storia del codice accusatorio. — 3. I principi del giusto processo. — 4. La dinamica regola-eccezioni nell'ambito dell'art. 500 c.p.p. — 5. Qualche spunto conclusivo.

1. PREMESSA

La Corte di cassazione riapre, non senza sorprese, il dibattito intorno all'efficacia probatoria delle dichiarazioni utilizzate per l'effettuazione di contestazioni ai sensi dell'art. 500 c.p.p.

Non senza sorprese, si diceva, dal momento che sul tema si era pervenuti – necessariamente, verrebbe da dire, alla luce delle chiarissime direttive di matrice costituzionale – a conclusioni sufficientemente condivise.

A rimettere, invece, in discussione un collaudato approccio ermeneutico sono alcune recenti pronunce ⁽¹⁾, che prendono le mosse dalla facile constatazione secondo cui, in tema di contestazioni dell'esame testimoniale, l'art. 500 c.p.p. prevede la possibilità di utilizzare in dibattimento, nel corso dell'esame testimoniale, le dichiarazioni rese dal testimone durante le indagini preliminari per contestare, in tutto o in parte, il contenuto della deposizione, chiarendo – sul delicatissimo versante dell'efficacia probatoria – che le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste.

Detto questo – e in siffatto passaggio si annidano le insidie alla tenuta del sistema processuale rivisitato dalla l. 1° marzo 2001, n. 63 – la Corte propone una ragionevole interpretazione di tale disciplina, e cioè quella che impone di ritenere che le risultanze delle precedenti dichiarazioni, quando il loro legittimo utilizzo permetta di accertare l'inattendibilità della ritrattazione operata nel dibattimento, debbano prevalere su di essa e sostituirvisi nella formazione del compendio probatorio.

Il che, puntualizza ancora la Corte, vale sia per le dichiarazioni di contenuto narrativo, sia anche per il riconoscimento fotografico informalmente operato nel corso delle indagini preliminari, stante il noto principio secondo cui detto riconoscimento costituisce mezzo di prova atipico il cui valore probatorio deriva non dalla ricognizione in senso tecnico, ma dall'attendibilità di colui che ha effettuato il riconoscimento.

Né deve ingannare il fatto che la vicenda processuale si sia sviluppata con le forme del rito abbreviato: la Corte individua nel dibattimento il luogo di utilizzazione di dichiarazioni acquisite secondo un meccanismo – le contestazioni – tipicamente dibattimentale.

2. IL CONTRADDITTORIO NELLA TORMENTATA STORIA DEL CODICE ACCUSATORIO

Come è noto, sebbene il valore euristico del contraddittorio rappresenti un'acquisizione consolidata dell'epistemologia contemporanea ⁽²⁾, costituendo «uno strumento, ancor oggi il meno imperfetto, per la ricerca della verità o, meglio, per ridurre il più possibile lo scarto tra verità giudiziale e verità storica» ⁽³⁾, la mancanza di espliciti riferimenti nel previgente sistema costituzionale ha consentito di porlo su un terreno connotato da un'ampia cedevolezza, a vantaggio di altri e estremamente fumosi principi di rango costituzionale.

In particolare, il principio di non dispersione probatoria, introdotto in forza di una concezione assolutistica della verità quale oggetto dell'accertamento processuale e di una visione eccentrica del principio del libero convincimento del giudice, ha costituito «lo strumento con

⁽¹⁾ La pronuncia che si annota, infatti, si inserisce lungo un itinerario ermeneutico inaugurato da Sez. V, 19 dicembre 2012, n. 13275, in *C.E.D. Cass.*, n. 255185.

⁽²⁾ Su di esso – rileva IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in questa rivista, 1992, p. 2030 – il nuovo codice aveva concentrato l'attenzione, «ponendo ogni premura nell'evitare che l'indagine preliminare potesse ipotecare la decisione finale».

⁽³⁾ GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 4.

cui si è agito sul livello primario del processo penale, quello della prova, determinandovi una mutazione che l'ha fatto regredire a moduli che il legislatore aveva consegnato al passato»⁽⁴⁾.

Elaborato dalla Corte costituzionale attraverso «una apodittica “trasfigurazione” delle deroghe codicistiche al metodo della “costruzione” dialettica della prova nel dibattimento»⁽⁵⁾, per il suo tramite si è pervenuti ad un progressivo ribaltamento del modello di riferimento, del quale si è persino compromessa la giustificazione razionale.

Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale con una sequenza di sentenze per lo più connotate da una dimensione ideologica⁽⁶⁾ ha invalidato, infatti, le disposizioni del codice che, escludendo dal novero delle prove utilizzabili dal giudice dibattimentale le dichiarazioni unilateralmente acquisite dall'autorità d'indagine, ne davano la conformazione essenziale.

Essa ha colpito, così, i meccanismi vitali del sistema processuale, determinando, come già detto, la «sostituzione, al modello dato, di un altro basato su principi diametralmente opposti»⁽⁷⁾.

In una prima occasione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4, c.p.p., nella parte in cui precludeva agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria la possibilità di deporre in dibattimento sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni⁽⁸⁾.

Si è trattato del «primo dei passi che hanno svuotato il sistema nato dalla riforma, restaurando vecchie tecniche inquisitorie»⁽⁹⁾, essendo apparso immediatamente evidente che, all'eliminazione del divieto di testimonianza indiretta degli organi di polizia, si associava lo svuotamento del principio generale stabilito dall'art. 500, comma 3, c.p.p., risultando privo di ragionevole giustificazione il mantenimento del diaframma di separazione delle fasi alla luce della stretta correlazione esistente tra quel divieto ed il regime di efficacia probatoria degli atti utilizzati ai fini delle contestazioni⁽¹⁰⁾.

Poco più tardi, infatti, è stata dichiarata l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 513, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice, sentite le parti, potesse disporre la lettura dei verbali delle dichiarazioni acquisite nel corso delle precedenti fasi dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., qualora queste si fossero avvalse della facoltà di non rispondere⁽¹¹⁾.

Contestualmente, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 500, comma 4, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice del dibattimento potesse disporre l'ac-

⁽⁴⁾ DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 738.

⁽⁵⁾ PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, in *questa rivista*, 2003, p. 3757.

⁽⁶⁾ ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1977.

⁽⁷⁾ Illuminati, *Principio di oralità*, cit., p. 1974. V., altresì, UBERTIS, *I diritti dell'uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1509; SPANGHER, *Un compleanno con molte - troppe - ombre*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1193 s.

⁽⁸⁾ C. cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, p. 114 ss.

⁽⁹⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2003, p. 680.

⁽¹⁰⁾ D'ANDRIA, *Gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 4 c.p.p.*, in *questa rivista*, 1992, p. 925 ss.

⁽¹¹⁾ C. cost., 3 giugno 1992, n. 254, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1932 ss.

quisizione al relativo fascicolo, se utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero ⁽¹²⁾.

3. I PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO

L'inserimento, avvenuto mediante la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, dei principi del "giusto processo" nel testo costituzionale ha rappresentato la tappa fondamentale del percorso di recupero dei connotati propri del sistema processuale voluto dal legislatore della riforma, avendo la sua più inconfondibile ragion d'essere «nel proposito di recuperare e consolidare, con la forza del rango costituzionale, quel diritto delle prove penali cui il legislatore del 1989 aveva già dato vita, suscitando peraltro le reazioni della cultura inquisitoria di gran parte della magistratura italiana, con i conseguenti interventi demolitori della Corte costituzionale» ⁽¹³⁾.

Nell'ambito dei valori costituzionali richiamati dall'art. 111 Cost. in relazione al processo penale, la previsione contenuta nell'art. 111, comma 4, Cost., secondo cui «[il] processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», costituisce un enunciato di notevole risalto sul piano della civiltà giuridica e di ineccepibile collocazione nel quadro costituzionale.

Allo stesso tempo, come già detto, riflette il metodo epistemologico più accreditato al fine di conseguire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità in quanto fondato sul 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 ⁽¹⁴⁾.

L'articolata costruzione costituzionale del principio ⁽¹⁵⁾ è, come non si è mancato di osservare, riconducibile «al condivisibile proposito di scongiurare il riprodursi di una giurisprudenza costituzionale "eversiva" delle scelte operate in materia di giurisdizione penale» ⁽¹⁶⁾ e, almeno fino ad oggi, ha consentito di salvaguardare, rispetto a possibili e da più parti invocati interventi correttivi della Corte costituzionale, la struttura processuale delineata dalla legge ordinaria di attuazione dei principi del giusto processo.

Infatti, il principio generale esprime una precisa regola d'esclusione probatoria, per effetto della quale i dati conoscitivi formati al di fuori del contraddittorio non possono costituire prova nell'ambito del processo penale, qualunque sia la parte dalla quale provengono ⁽¹⁷⁾.

La norma, letta anche alla luce delle intenzioni del legislatore e della sistematica interna all'art. 111, comma 4, Cost., non consente interpretazioni diverse, fondate sulla frammentazio-

⁽¹²⁾ C. cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1961 ss.

⁽¹³⁾ AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *questa rivista.*, 2003, p. 422.

⁽¹⁴⁾ BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *questa rivista*, 2002, p. 389 ss.

⁽¹⁵⁾ Il quale, si è osservato in dottrina, è richiamato dall'art. 111, commi 3 e 4 Cost. nei suoi due aspetti essenziali, ossia come metodo di conoscenza (aspetto oggettivo) e come garanzia dell'imputato (aspetto soggettivo). V., per questa ricostruzione, CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 198. *Contra*, invece, UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *questa rivista*, 2003, p. 2100, per il quale il contraddittorio «è un modo di procedere che, se mai, si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti di intervento nel processo garantiti alle parti: e sono tali diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale».

⁽¹⁶⁾ GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 6.

⁽¹⁷⁾ FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Giappichelli, 2009, p. 4.

ne della dinamica probatoria ed idonee a ricondurre nell'alveo del principio costituzionale anche il meno qualificante contraddittorio sull'elemento di prova ⁽¹⁸⁾.

Le ragioni dell'inserimento della disposizione speciale ⁽¹⁹⁾ – la quale, non a caso, costituisce il segnale più evidente dell'intenzione legislativa di smentire a chiare lettere la pregressa giurisprudenza costituzionale – sono da ricondurre, invece, all'obiettivo di evitare che interpretazioni estensive del concetto di irripetibilità potessero costituire lo spunto per consentire l'acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni unilateralmente raccolte dagli organi investigativi ⁽²⁰⁾.

Fin da subito, v'è da dire, erano state poste in evidenza la problematicità e la pericolosità dell'inserimento della norma specificativa compendiata nel secondo periodo dell'art. 111, comma 4, Cost., in quanto suscettibile di ispirare ipotesi di lettura integrata che, fondate sulla premessa dell'impossibilità sistematica di interpretare il primo periodo del medesimo comma in chiave di inutilizzabilità degli elementi formati unilateralmente, sarebbero state idonee a far desumere che l'esigenza del contraddittorio fosse soddisfatta dalla semplice circostanza che il dichiarante «non si fosse sottratto all'interrogatorio» da parte del difensore sui temi di prova oggetto delle precedenti dichiarazioni ⁽²¹⁾.

L'attenzione, inutile dirlo, era rivolta all'istituto delle contestazioni probatorie e l'auspicio, ovviamente, era quello di pervenire alla costruzione di un sistema che, nonostante la riforma costituzionale, consentisse di produrre in via mediata elementi di prova pienamente utilizzabili ai fini della decisione conclusiva del giudizio dibattimentale.

L'impostazione alla quale si guardava, evidentemente, è quella fondata sul concetto di "prova complessa" ⁽²²⁾, ma la Corte costituzionale ha dovuto riconoscere che grazie all'integrazione operata mediante l'inserimento del principio del contraddittorio nella formazione della prova il quadro di riferimento costituzionale è profondamente mutato rispetto alla fase in cui sono state emesse le pronunce contenenti l'elaborazione del principio di non dispersione probatoria, osservando innanzitutto come il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale sia espressamente enunciato nella sua dimensione "oggettiva", quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nell'art. 111, comma 4, Cost.

Esso è, inoltre, richiamato nella sua dimensione "soggettiva", quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel comma 3 del medesimo art. 111 Cost., ove

⁽¹⁸⁾ BARGIS, *Art. 16, L. 1 marzo 2001 n. 63, in Leg. pen.*, 2002, p. 281.

⁽¹⁹⁾ In relazione alla quale è stato da più parti evidenziato il rischio di "codicizzazione" della Costituzione. Ma v. SPANGHER, *Il «giusto processo» penale*, in *Studium juris*, 2000, p. 256, per il quale siffatte osservazioni, sebbene non del tutto inesatte, non tengono conto della «inevitabile storicizzazione che può colpire anche le previsioni costituzionali. In altri termini, la questione – formale – si colloca nel contesto del confronto – sostanziale, se non addirittura nello scontro, anche aspro – che coinvolge questioni nodali e di fondo delle garanzie dell'imputato e delle modalità – e dei fini – attraverso i quali si attua la giurisdizione penale».

⁽²⁰⁾ GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 363.

⁽²¹⁾ Per un riepilogo di analoghe posizioni dottrinali v. BARGIS, *Art. 16, cit.*, p. 285 s.

⁽²²⁾ GREVI, *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio "per" la prova e limiti al diritto del silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 100 s. Contro il paradigma della prova complessa v., tra i tanti, MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1536.

viene riconosciuta alla persona accusata «la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico»⁽²³⁾.

Anche se, in una fase successiva della sua elaborazione, la Corte costituzionale si è discolpata dall'orientamento fondato sul riconoscimento di una posizione paritaria alla duplice dimensione del principio del contraddittorio nel contesto dell'art. 111 Cost.⁽²⁴⁾, gli effetti della modifica della Carta costituzionale sono notevoli e da essi la Corte ha tratto – con due decisioni molto lineari e coerenti nelle argomentazioni⁽²⁵⁾ – la conclusione fondamentale costituita dal divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi.

Infatti, con la sentenza 14 febbraio 2002, n. 32 – la quale, è stato osservato, «quasi a chiudere una parabola decennale di torsioni legislative e giurisprudenziali sui temi della cognizione penale, prefigur[a] il raggiungimento di quelle condizioni essenziali di certezza ordinamentale, l'assenza dei quali è stata [...] la causa dell'eclissi del nuovo processo penale nello scorcio della sua ormai non breve sperimentazione»⁽²⁶⁾ – ha chiaramente aderito all'impostazione che intravede nel primo periodo dell'art. 111, comma 4, Cost. una generale regola di esclusione, interdittiva di qualsiasi osmosi tra risultanze investigative e patrimonio probatorio.

I medesimi concetti sono stati ribaditi, quasi contestualmente, da Corte cost. (ord.), 14 febbraio 2002, n. 36, la quale ha colto l'occasione costituita dall'intervento proprio sul tema delicatissimo delle contestazioni probatorie per rimarcare, con una motivazione «quasi blinda»⁽²⁷⁾, l'impermeabilità del dibattito rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti.

4. LA DINAMICA REGOLA-ECCEZIONI NELL'AMBITO DELL'ART. 500 C.P.P.

Dopo la riforma costituzionale e, soprattutto, in virtù della lettura che di essa ha offerto la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza immediatamente successiva, il ripristinato principio dell'efficacia probatoria meramente "in negativo" delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, come già detto in apertura del presente contributo, poteva considerarsi dato ermeneutico oggetto di pacifica acquisizione.

Ciò non significa, ovviamente, che all'art. 500 c.p.p. fossero estranee delicatissime questioni interpretative.

Al contrario, profili di problematicità sono emersi dalla preferenza, accordata dal legislatore, ad un criterio di costruzione della fattispecie effettuale correlata alla contestazione che, ripercorrendo lo schema costituzionale, si articola per regole ed eccezioni.

Assicurato al modello processuale il fondamentale risultato di recuperare, mediante la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, un'impostazione autenticamente ac-

⁽²³⁾ C. cost., 12 ottobre 2000, n. 440, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3302 ss.

⁽²⁴⁾ C. cost., 22 giugno 2009, n. 184, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2039 ss. V., in precedenza, C. cost., 5 aprile 2007, n. 117, *ivi*, 2007, p. 1118 ss. In senso critico v. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in questa rivista, 2009, p. 3671 ss.

⁽²⁵⁾ SPANGHER, *I limiti al recupero del «precedente» investigativo al vaglio costituzionale del giusto processo*, in *Studium juris*, 2002, p. 717 ss.

⁽²⁶⁾ PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 295.

⁽²⁷⁾ SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del «giusto processo»*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 327, il quale ricollega questa caratteristica al fine di non offrire appigli ed anticipazioni a future eccezioni.

cusatoria, il legislatore costituzionale si è, infatti, fatto carico della necessità di evitare eccessivi ed insostenibili irrigidimenti del sistema mediante la definizione, già a livello normativo primario, dei casi di deroga al principio fondamentale enunciato nell'art. 111, comma 4, Cost.

Considerato il rapporto di stretta funzionalità rispetto alla compiutezza dei meccanismi di funzionamento della testimonianza, è ovvio che nell'ambito dell'art. 500 c.p.p. non poteva che venire in rilievo – soprattutto, sebbene non soltanto – l'ipotesi costituita dalla provata condotta illecita, ossia l'attività incidente quale fattore inquinante sull'esperimento epistemologico ⁽²⁸⁾.

Ed allora, stabilita la regola generale secondo cui le dichiarazioni lette per le contestazioni possono essere valutate ai fini della credibilità del teste, l'art. 500, comma 4, c.p.p. delinea una problematica fattispecie derogatoria il cui perfezionamento – da verificare seguendo la procedura incidentale disciplinata dal comma 5 – rende le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone utilizzabili "in positivo".

L'art. 500 c.p.p., come non ha mancato di osservare la Corte costituzionale, nella sua complessa struttura è ispirato all'esigenza di impedire che l'istituto delle contestazioni si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio.

Chiudendo, almeno apparentemente, la partita, la Corte ha soggiunto come siffatta esigenza è stata soddisfatta proprio dalla composita disciplina dettata dall'art. 500 c.p.p., mediante la previsione, da un lato, di un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni e, dall'altro, di ipotesi di eccezionale utilizzabilità *pleno iure*, tutte caratterizzate dall'esigenza di permettere la più ampia facoltà di prova, senza però compromettere i principi costituzionali ⁽²⁹⁾.

Alla luce di così chiari approdi ermeneutici, non si era, fino ad oggi, dubitato dell'inderogabilità e cogenza delle regole – generale ed eccezionali – contenute nell'art. 500 c.p.p., al punto che il dibattito – dottrinale e giurisprudenziale – è sempre ruotato intorno all'esatta configurazione dei profili sostanziali e processuali della fattispecie descritta nei commi 4 e 5 della disposizione ⁽³⁰⁾.

La presa di posizione della Corte di cassazione, allora, non può non cogliere di sorpresa poiché, rimuovendo punti che, giustamente, erano ritenuti fermi, scardina la logica che ha guidato l'approccio degli interpreti alla lettura della norma.

La Corte di cassazione non guarda affatto alla fattispecie derogatoria, ma la sorvola per intero in nome di un'affermazione di carattere generale secondo la quale le risultanze delle precedenti dichiarazioni sono liberamente valutabili "in positivo", di talché, quando il loro legittimo utilizzo – ossia, la lettura a fini contestativi – abbia permesso di accertare l'inattendi-

⁽²⁸⁾ UBERTIS, *Giusto processo*, cit., p. 2106.

⁽²⁹⁾ C. Cost. (ord.), 14 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, p. 320 ss.

⁽³⁰⁾ V., in ambito giurisprudenziale ed in relazione ai diversi profili di problematicità della fattispecie derogatoria in discorso, Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 16055, in *questa rivista*, p. 4139 ss., con nota di BONO, *Gli "elementi concreti" richiesti per ravvisare l'inquinamento della testimonianza*; Sez. III, 28 dicembre 2009, n. 49579, in *C.E.D. Cass.*, n. 245864; Sez. II, 22 gennaio 2008, n. 5997, in *questa rivista*, 2009, p. 591 ss., con nota di TODARO, *Note in tema di «provata condotta illecita» ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*; Sez. VI, 20 luglio 2005, n. 26904, *ivi*, 2007, p. 2722 ss.; Sez. IV, 1° marzo 2005, n. 7653, *ivi*, 2005, p. 384 ss.; Sez. VI, 7 giugno 2004, n. 31461, *ivi*, 2005, p. 3826 ss., con nota di GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.* Nell'ambito della giurisprudenza di merito v. Trib. Catania, Sez. II, 4 marzo 2005, *ivi*, 2006, p. 2608 ss., con nota di SIRACUSANO, *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*.

bilità della ritrattazione operata nel dibattimento, esse devono concorrere, senza alcun limite, alla formazione del compendio probatorio.

Viene prospettata, dunque, l'introduzione di un meccanismo contestativo rispetto al quale il rapporto regola-eccezioni diviene un non senso e che, sul versante effettuale, presenta aspetti degenerativi addirittura più marcati sia rispetto a quelli propri del sistema elaborato dalla Corte costituzionale nella fase precedente la riforma del giusto processo, sia a fronte di quelli che sarebbero stati connessi alla versione auspicata dal proponente la questione di legittimità costituzionale poi definita mediante l'ordinanza n. 36 del 2002.

Non va sottaciuto, infatti, che il Tribunale di Napoli aveva, nell'occasione, sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, comma 1, 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 500, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni e valutate ai fini della credibilità del teste, potessero essere acquisite e valutate anche come prova dei fatti in esse affermati, qualora fossero emersi *altri elementi di prova che ne avessero confermato l'attendibilità*.

Veniva, in altri termini, proposto un meccanismo che faceva del "riscontro" un elemento centrale del sistema contestativo, una sorta di strumento parzialmente compensativo del quale, invece, non v'è traccia nel sistema effettuale proposto dalla suprema Corte.

5. QUALCHE SPUNTO CONCLUSIVO

L'approdo ermeneutico della Corte di cassazione, inutile dirlo, è criticabile sotto diversi profili, dei quali quello della conformità costituzionale della lettura proposta è soltanto l'ultimo.

Viene in rilievo, in primo luogo, la metodologia interventistica prescelta, e, sul punto, la maliziosità della soluzione emerge in tutta la sua evidenza se solo si riflette sul fatto che il terreno sul quale si è mossa la Corte – quello dell'interpretazione normativa – è, non a caso, quello ad essa più confacente.

La scelta – maliziosa, appunto – non è – come appena detto – casuale, dal momento che il Giudice di legittimità sa bene che sul diverso versante costituito dalla proposizione dell'incidente di costituzionalità sarebbe rimasta irrimediabilmente soccombente, stante la chiara direttrice ermeneutica enunciata nell'ordinanza n. 36 del 2002, a sua volta rafforzata dalla statuizione generale e perentoria, contenuta nella sentenza n. 32 del 2002, secondo la quale dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, deriva, quale corollario, il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi.

La Corte di cassazione ha, in altri termini, preferito evitare l'apertura di un conflitto con il Giudice delle leggi, al quale si sarebbe inevitabilmente pervenuti per effetto della proposizione di un quesito che, probabilmente, avrebbe condotto ad un nuovo, ulteriore provvedimento interpretativo di rigetto.

La strada intrapresa, però, realizza un grave sviamento rispetto alle regole dell'interpretazione.

Il concetto di disposizione, come è noto, sta ad indicare «un enunciato linguistico significante in merito a comportamenti umani»⁽³¹⁾, mentre il concetto di norma delinea una regola di

⁽³¹⁾ A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, 1996, p. 6.

comportamento, ossia «il significato che gli interpreti assegnano alla disposizione, specialmente (ma non solo) ai fini della sua applicazione»⁽³²⁾.

Orbene, se il passaggio dalla disposizione alla norma è mediato dall'interpretazione, è intuitivo che l'attività interpretativa, quale attività relazionale, non può mai prescindere dal riferimento al primo dei termini della relazione medesima, poiché «il linguaggio delle leggi [...] possiede l'attitudine a delimitare (ed effettivamente, in maggiore o minore misura, delimita) le possibilità operative degli interpreti, con un'intensità che varia a seconda del linguaggio stesso, vale a dire a seconda che esso si faccia più minuto e penetrante, scendendo in dettagli sempre maggiori e più fitti, come è tipico delle regole, ovvero si mantenga ad un elevato grado di genericità e, perciò, di vaghezza concettuale, come è tipico dei principi»⁽³³⁾.

Insomma, alla produzione complessiva del diritto concorrono tanto il legislatore quanto gli interpreti o, altrimenti detto, «questi ultimi, ma pur sempre entro gli spazi lasciati dal primo col fatto stesso di forgiare in un modo anziché in un altro la struttura nomologica dei propri atti»⁽³⁴⁾.

Nel caso che ci occupa, la Corte di cassazione è andata oltre la tipica funzione interpretativa, estraendo proprio dalle disposizioni contenute nell'art. 500, commi 1 e 2, c.p.p. una norma che, molto semplicemente, non c'è.

A questo punto, può accadere che il principio enunciato dalla suprema Corte, siccome assolutamente estraneo alle potenzialità enunciative delle disposizioni prese in esame e, inoltre, manifestamente incostituzionale, non riuscirà ad attivare un percorso concorrente alla formazione di un diritto vivente, di talché l'arresto potrà accantonarsi alla stregua di un qualsiasi, isolato incidente interpretativo.

In caso contrario, dovrà essere ribadito con forza il valore centrale del contraddittorio quale metodo di formazione della prova nel processo penale.

Volendo, allora, insistere su una chiave di lettura dell'art. 500 c.p.p. del tutto sganciata dal dato positivo, non può che prendersi atto del contrasto che essa ingenera con il principio costituzionale stabilito dall'art. 111, comma 4, Cost. e, quindi, percorrere la via maestra dell'incidente di costituzionalità, affinché la Corte costituzionale abbia modo di ribadire, magari precisandone il carattere necessitato, l'interpretazione già offerta nel suo illustre precedente o, volendo definitivamente chiudere la partita, dichiarare l'illegittimità costituzionale della soluzione interpretativa – o, altrimenti detto, della norma – proposta dalla suprema Corte.

⁽³²⁾ A. RUGGERI, *Fonti*, cit., p. 6.

⁽³³⁾ A. RUGGERI, *Fonti*, cit., p. 10.

⁽³⁴⁾ A. RUGGERI, *Fonti*, cit., p. 11.

