

**Verso quale nomofilachia?
L'irripetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee**

Filippo Raffaele Dinacci

La decisione

Giudizio - Testimone residente all'estero - Irreperibilità - Lettura delle dichiarazioni pregresse - Presupposti (Cost. art. 111, co. 5; C.e.d.u. art. 6 § 1; C.p.p. art. 512 bis)

Affinchè, ai sensi dell'art. 512 bis cod. proc. pen., possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è, tra l'altro, necessario: a) che vi stata una effettiva e valida notificazione della citazione del teste, secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia verificata mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche; b) che l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta ed oggettiva, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo né in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; c) che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista" del tipo di quella prevista dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 14 luglio 2011 (p.u. 25 novembre 2010) - FAZZIOLI, *Presidente* - FRANCO, *Relatore* - MARTUSCIELLO, *P.M.* (conf.).- De Francesco, ricorrente.

Il commento

1. Con la decisione in commento la Corte di cassazione nella più alta composizione cerca di fissare i punti atti ad individuare il perimetro dell'irripetibilità sopravvenuta con conseguente deroga al contraddittorio.

Nel fare ciò il Giudice di legittimità, recependo alcuni precedenti pronunciati, precisa come l'irreperibilità di un soggetto non possa "essere ritenuta solo sulla base di una verifica burocratica o di «routine», che prenda semplicemente atto del difetto di notificazione o che si limiti alle risultanze anagrafiche, ma (deve) conseguire ad un rigoroso accertamento che abbia comportato l'adempimento, da parte del giudice, dell'obbligo di fare tutto quanto in suo

potere per reperire il dichiarante”⁽¹⁾).

In particolare, facendosi leva sui vincoli imposti dall’art. 111, co. 5, Cost. laddove prescrive che l’impossibilità dell’esame debba essere “accertata”, si richiede per l’applicabilità degli artt. 512 e 512 *bis* c.p.p. che siano effettuate tutte quelle ricerche che consentano, in relazione al singolo caso, di appurare con certezza l’irreperibilità del teste e, quindi, l’impossibilità del suo esame in contraddittorio⁽²⁾. In tale prospettiva, correttamente non si sono ritenute sufficienti il “difetto di notifica o le risultanze anagrafiche” richiedendosi ricerche “rigorose ed adeguate”, anche in campo internazionale, in misura tale da potersi affermare il binomio irreperibilità-irripetibilità dell’atto⁽³⁾. Più specificamente, si è rimarcato come il dettato costituzionale non consenta di ritenere raggiunto l’accertamento in ordine all’impossibilità dell’esame testimoniale sulla base della mera parificazione dei modi della ricerca tra imputato e teste. Se così fosse sarebbe stato sufficiente un richiamo agli artt. 159 e 160 c.p.p.. Viceversa, gli obblighi costituzionali e quelli europei impongono che vengano svolti tutti gli accertamenti utili al caso concreto in relazione al quale le “modalità di cui all’art. 159 c.p.p. non sono che il parametro per individuare il minimo che va fatto per ricercare il teste, un minimo suscettibile di interpretazione congrua, appunto alle particolarità del caso concreto”⁽⁴⁾. In tale corretta prospettiva metodologica l’organo nomofilattico, nel richiedere che l’impossibilità di comparire per il teste debba essere oggettiva ed assoluta, arricchisce gli approdi giurisprudenziali affermando che, in relazione alla fattispecie del teste residente all’estero, i requisiti della impossibilità oggettiva di assumere la prova in contraddittorio potranno ritenersi sussistenti solo quando il giudice, “dopo avere esperito tutte le opportune e necessarie attività dirette a localizzare il teste, lo abbia inutilmente citato a comparire ed abbia tentato, altrettanto inutilmente, di fare assumere la prova per rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista», senza raggiungere lo scopo per ragioni a lui non imputabili e insuperabili come ad esempio la mancanza di convenzioni

¹ In tal senso, oltre alla sentenza annotata, cfr. Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Giur. it.*, 2004, pag. 540; Id., Sez. VI, 19 febbraio 2003, Bianchi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, pag. 611; Id., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 4750; Id., Sez. II, 27 maggio 2010, Spinella, in *Mass. Uff.*, n. 247434.

² In tal senso, Cass., Sez. VI, 15 giugno 2011, Methani, inedita.

³ Così, Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, cit.

⁴ In questi termini, Cass., Sez. VI, 15 giugno 2011, Methani, cit., dove tra le esemplificazioni delle ulteriori ricerche indica “l’eventuale esistenza in vita e reperibilità di genitori o fratelli o sorelle rende ovvia anche l’assunzione di informazioni presso di loro; così come gli eventualmente conosciuti contesti di pregressa attività lavorativa o di contatti di qualsiasi genere con strutture pubbliche”.

di assistenza giudiziaria con lo stato di residenza del teste”³).

Nel contempo, però, si ha cura di precisare come l’art. 512 *bis* c.p.p. costituisca una disciplina “speciale e derogatoria” dell’art. 512 dello stesso codice, sterilizzandosi così gli effetti del requisito della “prevedibilità” della sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell’atto. Prevedibilità che differisce dalla volontaria sottrazione “all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore”, con conseguente elusione del limite di utilizzabilità ai fini di una decisione di condanna. Del resto, le Sezioni Unite, attraverso un’analisi fondata sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, rafforzano il loro convincimento sul presupposto che, in quella sede, si riconosce la legittimità di una condanna che si basa su un “contraddittorio debole” e cioè sulla mera possibilità per l’imputato di avere una possibilità di confronto, anche differito, con la sua fonte di accusa; e comunque, se nemmeno ciò dovesse risultare possibile, gli standard europei sarebbero salvaguardati dal fatto che la sentenza non si fondi in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni dell’accusatore rese in assenza di contraddittorio, dovendosi in tale evenienza pervenire ad una valutazione dei dati conoscitivi “corroborati” da altri elementi di prova. Ed è questa l’interpretazione adeguatrice ai “principi europei” che l’organo nomofilattico propone, evidenziando come la stessa sia prospettabile in quanto non differirebbe dal comando contenuto nell’art. 111, co. 5, Cost., posto che in quella sede si regolamentano i modi nella formazione ed acquisizione della prova mentre le regole convenzionali, così come interpretate dalla Corte europea, pongono un criterio di valutazione della prova dichiarativa. In sostanza, “la deroga al principio della formazione dialettica della prova (autorizzerebbe) l’acquisizione al processo dell’atto compiuto unilateralmente, ma non (pregiudicherebbe) la questione del valore probatorio che ad esso in concreto va attribuito”. Di qui l’assenza di incompatibilità tra la Convenzione europea e l’art. 111, co. 5, Cost.. Del resto, proseguono le Sezioni Unite, se la revisione dell’art. 111 Cost. era finalizzata ad introdurre nell’ordinamento i principi convenzionali del giusto processo, “sarebbe incongruo” ritenerne un contrasto con la norma convenzionale.

2. La decisione in commento lascia trasparire una “doppia anima” a seconda che il tema giuridico della sopravvenuta irripetibilità dell’atto riguardi la valutazione delle condizioni “successive” o quelle antecedenti relative alla “preve-

³ In tal senso, cfr. Cass., Sez. III, 22 novembre 2005, Marku, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, pag. 514; Id., Sez. III, 8 marzo 2006, Boscaneanu, in *Mass. Uff.*, n. 234637; Id., Sez. III, 23 aprile 2009, Remling, in *Mass. Uff.*, n. 243956; Id., Sez. II, 17 dicembre 2009, Gentile, in *Mass. Uff.*, 246277.

dibilità” dell’irripetibilità dell’atto in ordine ai quali nemmeno si tenta di operare adeguamenti costituzionali, ma anzi si persegue una criticabile linea metodologica diretta a flettere la regola costituzionale del contraddittorio alle più blande garanzie assicurate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Quel che sembra essersi dimenticato, o meglio, non si è avuto il coraggio di condurlo alle coerenti conseguenze, è che il contraddittorio rappresenta un metodo di conoscenza che costituisce una garanzia per la stessa affidabilità del “sapere” in tal modo acquisito⁶⁾. Se così è, esso costituisce una regola epistemologica di portata generale che non può trovare riconoscimento solo avuto riguardo alle problematiche inerenti l’irreperibilità del teste per essere poi abiurato con riferimento agli altri elementi presupposti che giustificano la deroga al metodo di conoscenza per “elezione”. Anzi, la consapevolezza di tale realtà dovrebbe indurre ad interpretazioni “orientate” e cioè in linea con quei precetti costituzionali che costituiscono il minimo irriducibile di una giusta decisione.

Certo, la materia non aiuta e sin dall’origine è stata caratterizzata da una mano del legislatore sicuramente malferma. Nonostante la legge delega avesse previsto, con riferimento alla nozione di irripetibilità sopravvenuta, sia una “specifica diversa disciplina” sia il requisito dell’assoluta “impossibilità di ripetizione”, l’art. 512 c.p.p. non solo non ha definito le ipotesi di irripetibilità ma ha addirittura evitato di qualificarla come assoluta⁷⁾.

In tal modo, il parametro dell’irripetibilità sopravvenuta costituisce una sorta di mina vagante la cui definizione è stata sostanzialmente affidata alla prassi giurisprudenziale, con il rischio di letture disinvolve⁸⁾.

La situazione risulta ancora più rimarchevole ove si consideri che il regime delle letture dibattimentali, per espressa previsione dell’art. 514 c.p.p., è assoggettato ad una regola di tassatività che consente il recupero delle conoscenze contenute in atti formati in fasi precedenti solo nei casi e modi previsti dalla legge.

Il contesto non è cambiato all’indomani della riforma costituzionale del “giusto processo”. Costituendo l’irripetibilità sopravvenuta una deroga al metodo dialettico di formazione della prova imposto dal contraddittorio era lecito attendersi, prima in sede legislativa e poi in sede giurisprudenziale, una “fissa-

⁶⁾ Così, C. Cost., nn. 36 e 292 del 2002; Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit..

⁷⁾ Sul tema si rimanda alle considerazioni di KALB, *Il sistema delle letture dibattimentali*, in *Annali dell’Istituto di diritto e procedura penale dell’Università di Salerno*, 1993, pag. 128; NOBILI, *Art. 512*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, a cura di Chiavario, Torino, V, pag. 435.

⁸⁾ In tal senso, cfr. FERRUA, *La testimonianza nell’evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, pag. 109; NOBILI, *Art. 512*, cit., pag. 435.

zione” dei parametri operativi della disciplina in modo da precludere straripamenti ermeneutici in contrasto con gli obblighi di natura costituzionale. Peraltro, tra le deroghe al contraddittorio, quella dell’“accertata impossibilità di natura oggettiva” se da un lato è la meno solida dal punto di vista dell’epistemologia processuale (⁹), dall’altro lato è connotata da una discreta identificabilità (¹⁰). Ed infatti, se è vero che il concetto di irripetibilità si caratterizza per una genericità di fondo, è pur vero che esso, all’indomani dell’introduzione del contraddittorio per via costituzionale, può essere ricavato proprio dall’impossibilità di realizzare il contraddittorio (¹¹).

Nonostante ciò, e pur potendosi avvalere di una casistica giurisprudenziale ai fini di un’individuazione di una disciplina in grado di riempire un vuoto normativo, il legislatore ha proceduto a modifiche di contorno che sembrano del tutto indipendenti dalla necessità di adeguare il tessuto normativo alla regola costituzionale del contraddittorio. Si è così assistito, con riferimento alle ipotesi di atti leggibili ex art. 512 c.p.p. ad un aumento dei casi di lettura (¹²). Si annoverano in tale prospettiva l’introduzione delle letture degli atti assunti “dai difensori delle parti private”, nonché la previsione di letture dei verbali relativi all’acquisizione e distruzione degli “atti relativi ad intercettazioni illegali” (¹³).

Con riferimento all’art. 512 *bis* c.p.p. il legislatore ha proceduto a modifiche che, almeno in parte, fanno trasparire una consapevolezza del dovere di adeguare la disciplina al nuovo art. 111 Cost.. Si è così provveduto ad indirizzare l’operatività della norma alla persona “residente all’estero” e non al solo cittadino straniero che risiede all’estero. Peraltro, quanto allo “spazio di manovra”

⁹ Cfr., in termini netti, GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, pag. 1138; v. anche FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2005, pag. 149; nonché MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Id.*, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, pag. 27, peraltro nel quadro di una ricostruzione delle eccezioni al principio del contraddittorio che non ravvisa sufficiente plausibilità epistemologica in alcuna delle tre contemplate nell’art. 111, co. 5, Cost..

¹⁰ Sul tema si rimanda alle acute considerazioni di CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, pag. 228.

¹¹ Sull’argomento, cfr. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., pag. 1137; MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., pag. 28; UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 2104.

¹² Introdotti rispettivamente con l’art. 18 L. 7 dicembre 2000, n. 397 e con l’art. 2 D.L. 22 settembre 2006, n. 259 conv. in L. 20 novembre 2006, n. 281.

¹³ Sul punto cfr. le acute considerazioni di CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., pag. 228 (nota 3), dove correttamente evidenzia la forzatura sistematica sull’art. 512 c.p.p. “se si considera che la documentazione assoggettata a lettura sfugge alla stessa nozione di atti ad irripetibilità sopravvenuta ed è descritta in termini approssimativi”.

dell'irripetibilità, per la lettura non è sufficiente che il testimone sia stato citato e non sia comparso, ma si richiede l'ulteriore requisito dell'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale.

Si tratta, all'evidenza, di modifiche incapaci a risolvere le problematiche dell'irripetibilità sopravvenuta.

3. Il quadro normativo offre la stura a situazioni processuali di "comodo" che si rappresentano anche nel caso della sentenza che si commenta allorquando, dopo avere affermato con vigore che l'art. 111 Cost. non consente l'equiparazione tra irripetibilità e irreperibilità del teste, abbandona l'efficacia precettiva ⁽¹⁴⁾ della disposizione costituzionale nel momento in cui si passa a valutare gli effetti di una irripetibilità prevedibile con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 512 *bis* c.p.p..

Sul punto, non è discutibile che tale ultima disposizione non richieda, al contrario dell'art. 512 c.p.p., l'imprevedibilità dell'irripetibilità dell'atto.

Tuttavia, fare discendere da tale considerazione un'automatica preclusione normativa relativa alla previsione circa l'impossibilità di ripetere l'atto sembra operazione dettata da opzioni interpretative che svelano scelte di "politica giudiziaria".

Non si comprende, in altri termini, perché il principio del contraddittorio imponga che l'irripetibilità dell'atto non possa essere ritenuta sulla base di una verifica che si limiti a constatare il difetto di notificazione e non imponga anche una lettura razionalmente orientata dell'imprevedibilità dell'irripetibilità, tanto più che tale requisito è riferito a fattispecie omogenee.

Certo, non si può negare la diversità di tecnica legislativa. Mentre con riferimento agli artt. 512 e 513 c.p.p. l'irripetibilità dell'atto assume rilevanza solo a fronte dell'imprevedibilità *ex ante* di tale situazione, avuto riguardo all'art. 512 *bis* c.p.p. la regola si limita a richiedere l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale. E la diversità di disciplina non pare potersi attribuire ad una dimenticanza del legislatore, posto che la toponomastica normativa dimostra che i *conditores* hanno previsto la regola nella norma precedente ed in quella successiva all'art. 512 *bis* c.p.p..

Peraltro, non deve sfuggire come la materia della lettura di dichiarazioni di persona residente all'estero in realtà era già disciplinata dall'art. 512 c.p.p.. Di

¹⁴ In genere, sul valore precettivo delle norme costituzionali, cfr. CELOTTO, *La Costituzione: carta dei valori o norma precettiva?*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, pag. 1 e ss..

qui la considerazione che l'inserimento di una norma diretta a regolare una parte della materia già contemplata nell'articolo precedente denota la volontà di creare una disciplina differente da quella generale, attribuendo alla stessa indubbi profili di specialità. Se così è, non pare possa contestarsi che la disciplina della lettura di dichiarazioni di persona residente all'estero assuma il connotato di norma speciale. Tuttavia, ciò non necessariamente deve condurre alla conclusione dell'irrelevanza, nel caso di specie, della prevedibilità dell'irripetibilità dell'atto. Per convincersene si parta dalla constatazione che l'art. 512 *bis* c.p.p. richiede, per potere procedere alla lettura, l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale. La diversità linguistica rispetto all'art. 512 c.p.p., che si limita a parlare della irripetibilità dell'atto, non consente tentativi diretti a ridimensionare la tutela apprestata dall'art. 512 *bis* c.p.p. all'impossibilità dell'esame dibattimentale diversa dall'impossibilità oggettiva di realizzare il contraddittorio¹⁵). Basti pensare che i modi dell'esame dibattimentale vengono descritti in Costituzione e posti a fondamento del diritto di difesa e dello stesso contraddittorio che ne costituisce un'estrinsecazione unitamente al diritto alla prova. Peraltro, non occorre dimenticare che l'art. 111, co. 5, Cost. consente forme di conoscenza diverse dal contraddittorio solo quando questo sia impossibile. Di qui la conclusione che la Carta delle leggi consente eccezioni al contraddittorio solo in ipotesi di impossibilità di realizzazione dello stesso e non di impossibilità di realizzarlo secondo una "determinata forma"¹⁶).

Il rilievo esclude, sul piano dell'ortodossia costituzionale, un'interpretazione dell'art. 512 *bis* c.p.p. nel senso che è consentita la lettura a fronte di un im-

¹⁵ In tale prospettiva sembra porsi Cass., Sez. III, 28 novembre 2006, Spezzani, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 1925 che, nell'affermare la manifesta infondatezza di una questione di illegittimità dell'art. 512 *bis* c.p.p., posta proprio in virtù del confronto con l'art. 513, co. 2, c.p.p., alla luce, tra l'altro, degli artt. 3 e 111, co. 4, Cost., ha richiamato la necessità di contemperare, in tema di letture, i principi del contraddittorio, dell'oralità, dell'immediatezza e della pubblicità del processo penale con quello di accertamento della verità. Una tale impostazione riflette il tentativo di attenuare, con riferimento all'art. 512 *bis* c.p.p. l'impatto del principio del contraddittorio sull'interpretazione dei presupposti che condizionano la lettura.

Un accenno in tal senso affiora in Cass., Sez. II, 21 giugno 2007, Lombardo, in *Mass. Uff.*, n. 237757, ove si fa riferimento all'impossibile esame dibattimentale come realistica impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante in dibattimento in tempi ragionevoli o mancanza di strumenti per vincere coattivamente la sua riluttanza a deporre. La Corte, nell'occasione, precisa che "assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale" non va intesa in senso di totale e definitiva impossibilità materiale.

Per una tale corretta impostazione, cfr. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., pag. 273.

¹⁶ Così, correttamente, CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., pag. 274.

possibile esame dibattimentale e non di un impossibile contraddittorio ⁽¹⁷⁾.

Chiarito il limite costituzionale cui deve assoggettarsi la disciplina positiva, occorre valutare l'esatta portata della locuzione contenuta nell'art. 512 *bis* c.p.p. di assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale.

Sul punto, non deve dimenticarsi che l'art. 111, co. 5, Cost. introduce una riserva di legge rafforzata perché contempla le possibili deroghe al principio del contraddittorio nella formazione della prova che dovranno essere affidate alla legge ordinaria ⁽¹⁸⁾.

Proprio con riferimento alla "accertata impossibilità di natura oggettiva" occorre rilevare come tale locuzione implichi l'imprevedibilità dell'irripetibilità dell'atto ⁽¹⁹⁾. In sostanza, il soggetto che chiede la lettura dell'atto sul presupposto della non attuabilità del contraddittorio deve dimostrare di non essere in una situazione di rimproverabilità con riferimento alla sopravvenuta impossibilità di realizzare il metodo dialogico di acquisizione della prova ⁽²⁰⁾. Il rilievo si lega direttamente alla disciplina dell'onere dimostrativo. La parte che ha interesse a chiedere l'acquisizione della prova in deroga alla disciplina ordinaria deve dimostrare che tale disciplina eccezionale non è causata da un suo comportamento, altrimenti *imputet sibi*. Ed è qui che si apprezza il significato della locuzione impossibilità di natura oggettiva; e cioè una impossibilità che sfugge a qualsiasi previsione umana, con conseguente inevitabilità del suo avverarsi. In tale linea sembra porsi la stessa Corte costituzionale quando ha avuto modo di chiarire che il richiamo all'impossibilità di natura oggettiva "si riferisce a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante che di per sé rendono irripetibili le dichiarazioni rese in precedenza a prescindere dall'atteggiamento soggettivo" ⁽²¹⁾. Del resto, tale impostazione appare essere

¹⁷ La situazione imporrebbe, prima di ammettere la lettura, di dimostrare di avere tentato di svolgere la dialettica nelle altre forme consentite dall'ordinamento (incidente probatorio, rogatoria).

¹⁸ Sul punto, cfr. CONTI, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pag. 197; PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3821.

¹⁹ Nel senso che l'ortodossia costituzionale imporrebbe di riconoscere casi di impossibilità oggettiva solo con riferimento alla natura dell'oggetto, cioè una "caratteristica dello strumento probatorio in quanto tale", cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, Principi generali, Torino, 2004, pag. 155.

Per una visione che denuncia il vizio che si annida nel concetto di irripetibilità in quanto "nel corso del dibattimento non si inscena la ripetizione dell'atto di indagine, bensì la formazione dialettica della prova, metodo alternativo e inconciliabile con quello che regola le attività conoscitive nel contesto di ricerca", si rimanda a MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., pag. 28.

²⁰ Già in questa prospettiva, CESARI, "Giusto processo", *contraddittorio e irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pag. 64.

²¹ Così, C. Cost., n. 440 del 2000.

l'unica a giustificare su piano della razionalità una diversa disciplina; quella appunto apprestata dagli artt. 512 e 512 *bis* c.p.p., in cui l'art. 512 *bis* c.p.p. è assolutamente sovrapponibile all'art. 512 c.p.p. con la sola specificità da rinvenirsi nella figura del dichiarante. Pertanto, la prospettata equiparazione tra imprevedibilità ed impossibilità di natura oggettiva, oltre che sostenuta dalla "ragion d'essere" della disciplina, è l'unica ad offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata ⁽²²⁾ al di fuori della quale non è difficile scorgere attentati di costituzionalità ⁽²³⁾.

Ed infatti, l'oggettiva impossibilità di realizzare il contraddittorio implica l'imprevedibilità; sicché o si procede a letture razionalmente orientate dell'art. 512 *bis* c.p.p. o non resta che denunciare l'illegittimità costituzionale di tale disposizione nella misura in cui non tutela il contraddittorio dalla prevedibilità dell'irripetibilità.

La conclusione non cambia anche laddove si prendano le mosse dal diverso presupposto per il quale la prevedibilità è cosa diversa dalla oggettiva impossibilità.

Non deve sfuggire che gli artt. 512 e 512 *bis* c.p.p. condividono la stessa *ratio* in ragione della quale risulta difficile giustificare perché l'imprevedibilità dell'irripetibilità dell'atto dovrebbe condizionare solo l'ipotesi del teste non residente all'estero.

La situazione appare acuirsi ove si consideri che il contraddittorio è metodo di conoscenza inderogabile al di fuori delle eccezioni espressamente previste dal Costituente ⁽²⁴⁾.

Emerge, così, una differenza di disciplina su una regola epistemologicamente orientata, tanto più rilevante nella misura in cui si prende contezza che l'"imprevedibilità" è un limite che subordina alla dimostrazione di un comportamento diligente diretto a tutelare il contraddittorio ad "opera della parte

²² Sul punto è utile ricordare come la Corte costituzionale, nell'ultimo quindicennio, si sia orientata, anche con pronunce di inammissibilità, a contestare al giudice la violazione del suo dovere di tentare ogni strada per ricondurre la legge al dettato costituzionale. In particolare, la pronuncia che inaugura tale orientamento è la n. 356 del 1996 nella quale si è affermato che "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali".

²³ Preme precisare che il richiamo a letture adeguatrici con il comando costituzionale, oltre ad essere imposto dalla sovraordinazione di quest'ultimo, non subisce il limite del regime di tassatività delle letture dibattimentali posto che, al di là della prevalenza della regola costituzionale, si tratterebbe di un'estensione in *bonam partem*.

²⁴ C. cost., n. 32 del 2002; C. cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, pagg. 324-325; v. anche C. cost., ord. 22 novembre 2002, n. 473, *ivi*, 2002, pag. 3965; C. cost., ord. 12 novembre 2002, n. 453, *ivi*, 2002, pagg. 3736-3737; C. cost., ord. 25 luglio 2002, n. 396, *ivi*, 2002, pag. 2899; C. cost., ord. 18 luglio 2002, n. 365, *ivi*, 2002, pag. 2725.

interessata al contributo probatorio, la possibilità stessa di recuperare i dati formati nel corso delle indagini e fuori dal controllo diretto dell'avversario"⁽²⁵⁾.

Si è quindi al cospetto di un elemento capace di limitare il ricorso alla lettura perimetrando i confini dell'eccezione al contraddittorio e, nel contempo, impegnando chi ha interesse ad esperire lo strumento di dialettica anticipata costituito dall'incidente probatorio.

Pertanto, una lettura che dovesse ritenere non necessario il requisito dell'imprevedibilità dell'irripetibilità dell'atto con riferimento all'art. 512 *bis* c.p.p. "libera" la parte che ha interesse alle dichiarazioni del teste residente all'estero dall'obbligo di attivare lo strumento che consente in via anticipata di salvaguardare il contraddittorio. E ciò accade proprio con riferimento ad una fattispecie in cui la residenza estera del teste rende probabile la sua non comparizione per l'esame dibattimentale. Tale conclusione è suscettibile di ulteriori "aggravamenti" ove si considerino le evenienze in cui il teste estero risieda in Stati in cui non vi sono trattati di collaborazione internazionale o in Stati in cui i rapporti diplomatici lasciano presumere grosse difficoltà anche per l'esperimento di procedure rogatorie ed, in particolare, di procedure rogatorie nell'ambito delle quali la difesa possa esercitare le facoltà "consentite dalla legge italiana" così come richiede l'art. 431, lett. f) c.p.p.⁽²⁶⁾. In tali situazio-

²⁵ Così, CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, cit., pag. 275.

²⁶ Occorre ricordare come la Corte costituzionale, essendo stata chiamata a sindacare la legge di ratifica della Convenzione europea di assistenza giudiziaria nel punto in cui consente l'esperimento di rogatorie all'estero disposte in fase dibattimentale senza garantire la presenza del difensore dell'imputato, ha stabilito che la norma "sulla base di un'interpretazione costituzionalmente vincolata dal rispetto della garanzia sancita dal secondo comma dell'art. 24 Cost., non solo *consente* che il giudice italiano, prima dell'espletamento dell'atto, si avvalga di tutte le facoltà riconosciutegli dalla convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori), ma *non preclude in alcun modo* all'autorità giudiziaria di procedere alla valutazione della eventuale contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento, dell'atto assunto per rogatoria e, quindi, di accertare, caso per caso, se il contenuto dello stesso, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato" (così, C. cost., n. 379 del 1995). Si è, così, pervenuti al riconoscimento della distinzione tra norme che regolano l'assunzione della prova e norme che ne disciplinano l'utilizzazione, rilevandosi che "non potendo essere imposto in sede internazionale (in difetto di diversa norma pattizia), il principio della obbligatorietà della presenza del difensore nell'assunzione delle prove dibattimentali, anche l'accoglimento della questione, in ipotesi, non potrebbe avere altro effetto che quello di precludere del tutto all'autorità giudiziaria italiana qualsiasi possibilità di formulare richieste di rogatoria. Nulla afferma la convenzione sulla utilizzabilità delle prove assunte per rogatoria, né dalle

ni la frizione con i comandi costituzionali risulta accentuata ma, al di là di ciò, quel che preme rilevare è che la formulazione dell'art. 512 *bis* c.p.p., in mancanza di una interpretazione costituzionalmente adeguata, affievolisce senza alcuna giustificazione razionale la regola del contraddittorio per i testi residenti all'estero.

4. La situazione, sul piano dei contenuti e sul piano del metodo, non può essere risolta attraverso una valutazione di compatibilità della deroga al valore oggettivo del contraddittorio con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In quella sede i pronunciati si fondano su due argomenti. Il primo è relativo al valore che la prova non sottoposta al contraddittorio ha avuto ai fini della decisione. Si afferma infatti la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo se la condanna si basa unicamente o in misura determinante su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare⁽²⁷⁾. In tali evenienze occorre verificare se le dichiarazioni siano corroborate da altri elementi probatori ulteriori rispetto alla prova sottratta al contraddittorio⁽²⁸⁾. Si perviene, così, ad una limitazione del valore probatorio delle dichiarazioni non sottoposte al confronto antagonistico, evidentemente nella consapevolezza della portata euristica dello stesso. In tal modo, la dichiarazione non "contraddetta" diviene prova controvertibile che sconta la mancata verifica del confronto antagonistico. Il secondo profilo, più volte ripetuto dalla giurisprudenza europea, afferisce alle forme del contraddittorio. Sul punto si sostiene che il diritto al confronto

suddette norme o da altro può ricavarsi il principio della rinuncia del giudice nazionale a verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova" (in tal senso, C. cost., n. 379 del 1995, cit.). Nella medesima prospettiva per l'affermazione che nel caso di rogatorie all'estero spetta al giudice italiano la valutazione dell'utilizzabilità del dato conoscitivo eventualmente acquisito in modo difforme da quanto richiesto dalla legge italiana sul presupposto della natura del procedimento probatorio che vede il momento finale del progredire del procedimento nell'attività di valutazione, sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, pag. 144. In giurisprudenza, nel senso che la struttura "plurifasica" della prova rimanda ogni valutazione in ordine all'utilizzabilità della stessa "al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione", cfr. Cass. Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 1951; Id., Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi, *ivi*, 1999, pag. 112; Id., Sez. Un., 9 febbraio 2004, Zalagaitis, *ivi*, 2004, pag. 1563.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

²⁸ Sul punto cfr. Corte eur. dir. uomo, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; Id., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia; Id., 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia; Id., 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia; Id., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; Id., 9 febbraio 2006, Cipriani c. Italia; Id., 20 aprile 2006, Carta c. Italia; Id., 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia; Id., 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia, cit..

debba realizzarsi nel momento in cui le dichiarazioni testimoniali sono rese pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità sia conosciuta dall'accusato, in presenza di questi e del suo difensore, oltre che dell'organo giudicante, per poi essere sottoposte al confronto con le ragioni della difesa⁽²⁹⁾.

Tuttavia, nella consapevolezza che tale standard probatorio risulta di difficile applicazione pratica a causa delle diversità procedurali dei diversi ordinamenti interni⁽³⁰⁾, la Corte ha preferito affidarsi ad un confronto ridotto richiedendo, ai fini della realizzazione dello stesso, che l'accusato abbia a disposizione "un'opportunità adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogare l'autore, nel momento della deposizione o più tardi"⁽³¹⁾. In sostanza si evoca un modello debole di contraddittorio, che si concreta nella possibilità di contestare le dichiarazioni dell'accusatore e ciò non necessariamente in dibattimento ma anche in una fase antecedente. Quel che invece i giudici di Strasburgo non autorizzano è l'ipotesi di una condanna fondata "unicamente" o "in misura determinante" su dichiarazioni rese da un soggetto che l'imputato non ha potuto esaminare in dibattimento né durante le indagini preliminari⁽³²⁾.

In tal modo, però, il contraddittorio europeo si colloca al di fuori di quello strumento conoscitivo diretto a garantire un sentiero epistemologicamente corretto. Viene meno quell'efficacia euristica che la Costituzione gli attribuisce e si riduce la formula del contraddittorio ad un principio di doverosa "contestazione".

5. Emerge, quindi, un'indiscutibile diversità tra il contraddittorio disegnato dal Costituente e quello ritenuto sufficiente dalla Corte europea. Ed allora, se

²⁹ Sull'argomento si richiamano le puntuali argomentazioni di GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in Id., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, pag. 58 e ss..

³⁰ In questi termini, cfr. le argomentazioni di MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili e irreperibilità del teste*, in *Arch. pen.*, 2011, 2, pag. 13.

³¹ Così, Corte eur. dir. uomo, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, cit..

³² Cfr., sul punto, le numerose decisioni con le quali la Corte di Strasburgo, affermando tali principi, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 § 3 lett. d) CEDU: Corte eur. dir. uomo, 17 luglio 2003, Craxi c. Italia; Id., 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia, cit.; e, di recente, Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia, cit.. I pronunciati giurisprudenziali assumono ulteriore rilievo ove si consideri che conducono a sentenze di condanna dello Stato italiano nonostante quest'ultimo sia dotato di una disciplina più garantistica rispetto a quella ritenuta soddisfacente dai giudici di Strasburgo. La circostanza induce a meditazioni in ordine all'evidente scollamento che si crea tra il contenuto della norma e l'applicazione concreta della stessa.

così è, a fronte di una differenza qualitativa di tale spessore diventa difficilmente accettabile l'affermazione secondo cui la previsione dell'irripetibilità dell'atto non contemplata dall'art. 512 *bis* c.p.p., ponendosi in linea con i parametri europei, salva la norma da ogni censura in forza di un semplice rapporto di specialità con l'art. 512 c.p.p. ⁽³³⁾. Tale conclusione sconta fuorvianti scelte di metodo dirette a valutare la legittimità di una norma sulla base dei soli principi convenzionali che, è bene ricordarlo, costituiscono il *contenuto minimo* cui gli Stati aderenti devono osservare ⁽³⁴⁾.

La stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito che allorquando si scruta la compatibilità ai sensi dell'art. 117 Cost. tra la norma censurata e la norma CEDU "interposta" occorre verificare se le disposizioni CEDU invocate come integrazione del parametro siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano ⁽³⁵⁾.

In sostanza, la Corte costituzionale può dichiarare illegittima la disposizione di legge ordinaria in contrasto con le norme convenzionali salvo che queste ultime non si pongano in contrasto con la Costituzione.

Se si esautorava il Giudice delle leggi dal ruolo di "guardiano" dell'osservanza dei principi costituzionali si potrebbe pervenire al paradosso di dichiarare illegittima per contrasto con la Convenzione una disposizione non solo compatibile con la Costituzione ma addirittura dalla stessa imposta. Tale operazione non è consentita dalla semplice applicazione delle elementari regole di gerarchia delle fonti ⁽³⁶⁾.

Come correttamente riconosciuto in sede nomofilattica, le norme della Convenzione, come interpretate dalle pronunce di Strasburgo, "non possono comportare la disapplicazione di norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se ed in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate, condizione soddisfatta dall'applicabilità dell'art. 111, co. 5, Cost." ⁽³⁷⁾.

Da tali criteri la sentenza in commento sembra insidiosamente discostarsi. Infatti, per sostenere l'irrelevanza, nell'ipotesi di lettura dell'art. 512 *bis* c.p.p., del requisito dell'imprevedibilità dell'irripetibilità dell'atto si preoccupa solo di verificare una compatibilità "europea" di tale disciplina sul presupposto

³³ In tal senso si è espressa la sentenza che si commenta.

³⁴ Sul tema si rimanda a FERRUÀ, *La dialettica regola eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., pag. 37.

³⁵ C. cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007. Negli stessi termini cfr. Id., sent. n. 39 del 2008; Id., sent. nn. 311 e 317 del 2009; Id., sent. nn. 196, 187 e 138 del 2010; Id., sent. nn. 1, 80, 113 del 2011.

³⁶ Sul tema, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1975, pag. 311.

³⁷ Cass., Sez. VI, 10 marzo 2011, Ventaloro, in *Mass. Uff.*, n. 249594.

che “quanto all’art. 111 co. 5, Cost., può rilevarsi che questo detta norma sulla formazione ed acquisizione della prova, mentre la regola convenzionale in esame pone un criterio di valutazione della prova dichiarativa regolarmente acquisita (...). 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. Non vi è quindi incompatibilità tra la norma CEDU e l’art. 111 co. 5, Cost.”.

Sul punto appare evidente come l’organo nomofilattico abbia obliterato ogni forma di verifica sulla compatibilità dell’interpretazione fornita dalla norma positiva con la regola costituzionale del contraddittorio e delle possibili eccezioni allo stesso. Emerge, anzi, come il profilo di eventuali contrasti con la Costituzione sia del tutto accantonato sul presupposto della diversità operativa della disciplina, attenendo quella costituzionale al campo della formazione e acquisizione della prova e limitandosi quella europea a fornire un criterio di valutazione della stessa.

In sostanza è come dire che la prova illegittimamente acquisita possa comunque essere valutata. Si palesa in tal modo un’antica ideologia del processo non compatibile con le scelte etiche di legalità probatoria effettuate dal legislatore positivo anche sull’onda dell’introduzione, per via della giurisprudenza del Giudice delle leggi, della c.d. inutilizzabilità da prova incostituzionale⁽³⁸⁾.

Peraltro, la soluzione recepita dalla sentenza in commento sembra dimenticare che l’atto probatorio, come evidenziato dalle Sezioni Unite, non “si esaurisce senza residui nel suo attuale componimento (...) né si consuma con effetti istantanei”; esso, infatti, ha “carattere strumentale e preparatorio rispetto alla

³⁸ Il riferimento è a C. cost. n. 34 del 1973. Tale storica decisione ebbe ad affermare il principio secondo il quale attività compiute in “dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito”. A tale orientamento si è adeguato anche l’organo nomofilattico che, nella sua più alta composizione, dopo aver riconosciuto che l’art. 191 c.p.p. si applica anche alle prove incostituzionali perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell’individuo, ha precisato come tali prove risultino colpite dall’inutilizzabilità “a prescindere dal fatto che la legge contempli divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario infatti che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali” (Cosi Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D’Amuri in *Cass. pen.*, 2000, pag. 2595; negli stessi termini cfr. Id., Sez. Un., 21 febbraio 2000, Tammaro, *ivi*, 2000, pag. 3259; Id., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, *cit.*; Id., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, pag. 139). Sul punto, sia consentito il rinvio a DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, *cit.*, pag. 75.

successiva attività cognitiva cui esso è destinato, come è tipico della struttura plurifasica del procedimento probatorio nel quale sono distinguibili i momenti di assunzione e ammissione del mezzo istruttorio dal momento della valutazione *ope iudicis*"⁽³⁹⁾. In sostanza, la natura di procedimento che caratterizza la prova⁽⁴⁰⁾ evidenzia la sua struttura polifasica con conseguente impossibilità di disciplinare diversamente i vari momenti del progredire probatorio. Del resto, anche in sede giurisprudenziale si è riconosciuto come il valore polisemantico del termine prova riceva, sul piano della disciplina normativa, configurazione unitaria nella ricostruzione della vicenda probatoria in termini di "sequenza o di successione di atti destinati a fornire la conoscenza di fatti dedotti nella *res iudicanda* e a determinare il convincimento del giudice in ordine agli stessi (...); è ormai consolidato il riferimento alla figura del procedimento probatorio, alla analisi delle fasi in cui esso si articola ed al nesso funzionale che lega i vari momenti i quali pur nell'autonomia strutturale sono proiettati verso la decisione finale"⁽⁴¹⁾.

L'enunciato è particolarmente significativo nella misura in cui funge da premessa alla conclusione secondo cui "l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. opera su un duplice piano: come divieto di acquisizione e come divieto d'uso della prova", precisandosi che sotto il primo profilo "l'inutilizzabilità impedisce l'ammissione e l'assunzione del mezzo di prova colpito dal divieto"⁽⁴²⁾.

Pertanto, il regime di legalità della prova è costruito nel senso di tutelare con una norma di garanzia l'intero procedimento probatorio⁽⁴³⁾.

La soluzione trova diretta conferma nel fatto che nell'originaria opinione dei compilatori l'inutilizzabilità era stata concepita con riguardo al solo momento dell'ammissione della prova, mentre "la nullità (sarebbe stata) riservata alla violazione delle forme degli atti"⁽⁴⁴⁾. Tuttavia tale simmetria non fu confermata nel testo definitivo dove, non a caso, si rinvennero fattispecie normative in

³⁹ In tal senso Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit.; Id., Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi, cit.; Id., Sez. Un. 9 febbraio 2004, Zalagaitis, cit. In senso contrario, sia pure attraverso un *obiter* privo di ogni supporto argomentativo, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 1217.

⁴⁰ In genere, sulla nozione di procedimento, cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Rist., Milano, 1982, pag. 135. Con riferimento alle specifiche caratteristiche del procedimento probatorio, v. CORDEIRO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pag. 52.

⁴¹ Così, Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit.; Id., Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi, cit.

⁴² In tal senso ancora, Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit.

⁴³ Sul tema, sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., pag. 54.

⁴⁴ Cfr. *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, Roma, 1988, pag. 61.

cui la sanzione dell'inutilizzabilità, od il correlativo precetto costruito come divieto, risultano dettati anche per le modalità di acquisizione-formazione della prova ⁽⁴⁵⁾. Ed è in questo contesto che va apprezzato l'emendamento apportato all'art. 191 c.p.p. che ha sostituito all'originaria locuzione "prove ammesse" quella di "prove acquisite". Il riferimento all'acquisizione impone di considerare la formula come volutamente non restrittiva. Per convincersene è sufficiente por mente alle caratteristiche del procedimento probatorio ⁽⁴⁶⁾; questo, com'è noto, si compone di tre distinti momenti della progressione procedimentale ⁽⁴⁷⁾ costituiti dall'ammissione, dall'acquisizione-formazione ed infine dalla valutazione.

Ed allora, a fronte di una disciplina che prevede il divieto di utilizzo di un risultato conoscitivo, l'aver riferito tale divieto anche al momento acquisitivo non può che significare la volontà di coprire con l'inutilizzabilità ogni violazione dell'intero procedimento probatorio; le caratteristiche di quest'ultimo ⁽⁴⁸⁾ conducono, in termini di tranquillità, alla conclusione che la tutela del momento acquisitivo implica e presuppone quella del precedente momento ammissivo ⁽⁴⁹⁾.

Emerge, quindi, l'"arbitrarietà" della pretesa interpretativa di assegnare al momento della formazione della prova un margine di tutela diverso rispetto a quello della sua valutazione; "arbitrarietà" resa palese dal maldestro tentativo

⁴⁵ V. ad esempio gli artt. 271, co. 1; 350, co. 6; 251, co. 1, c.p.p. Sul punto cfr. già in questi termini NOBILI, *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, II, Torino, 1991, pag. 412.

⁴⁶ Sul tema cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., pag. 53.

⁴⁷ Sulle caratteristiche progressive del procedimento cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, rist., 1982, pag. 131; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, pag. 11. Quest'ultimo autore identifica la nozione di collegamento causale degli atti con il concetto di vincolazione giuridica, affermando che è l'energia che sprigiona l'atto a determinare il collegamento causale con l'atto successivo del procedimento. Nel senso che il procedimento è una "combinazione di atti i cui effetti sono causalmente collegati" e che "non vi è un effetto unico ma un effetto finale" cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pag. 425; negli stessi termini SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 19, ove si afferma che "l'attività nel processo è fonte di causalità giuridica nel senso che, attuandosi in virtù delle norme che la regolano, nella sua attuazione implica sempre una seriazione causale in quanto produce l'applicazione di nuove norme che si conformano all'attività svolta".

⁴⁸ Come tutti i procedimenti anche quello probatorio è caratterizzato dalla nota dell'obbligatorietà in forza della quale il rapporto tra gli atti è di implicazione nel senso che quello precedente obbliga alla realizzazione dell'atto successivo. Sul punto cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., pag. 134.

⁴⁹ Sul concetto di acquisizione cfr. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990, pag. 128; COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, pag. 126.

di far coesistere fonti normative non di pari rango affermando fittiziamente una loro “comunità d’intenti” quando è a tutti evidente l’inconciliabilità tra il contraddittorio “fonte” introdotto nel comma 4 dell’art. 111 Cost. e quello sostenuto dalla giurisprudenza della Corte europea.

Pertanto, il contraddittorio “differito” sulla fonte di prova risulta garanzia insufficiente rispetto alla previsione dell’art. 111, co. 4, Cost.. Né a confutare tale conclusione è utile “richiamare il secondo periodo dello stesso art. 111 co. 4, Cost. dove si afferma che la «colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio». Dalla esplicitazione (secondo periodo dell’art. 111 co. 4, Cost.) di un divieto probatorio implicito e più generale (primo periodo della stessa disposizione) non si può ricavare «*a contrario* l’implicita ammissibilità di un uso probatorio delle dichiarazioni rese da chiunque accetta il controesame». Se la prova dichiarativa si deve formare nel contraddittorio fra le parti, non basta che il dichiarante si sottoponga all’esame dibattimentale per sanare il vizio genetico delle sue precedenti dichiarazioni raccolte unilateralmente e, dunque, fuori del contraddittorio”⁽⁵⁰⁾.

In tale direzione si è del resto mossa la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale secondo la quale “dal formale riconoscimento del 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”⁽⁵¹⁾. Si tratta di un riconoscimento del valore euristico del contraddittorio che può essergli assegnato solo a fronte di una “dialettica probatoria” forte da cui discende in negativo la regola di esclusione di elementi conoscitivi acquisiti diversamente. In linea con tale conclusione il Giudice delle leggi ha affermato come “l’art. 111 Cost. abbia espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio anche nella prospettiva dell’impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti”⁽⁵²⁾, precisandosi che “alla stregua di siffatta opzione appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento -nella quale assumono valore paradigmatico i principi dell’oralità e del contraddittorio- da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel

⁵⁰ Così MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., pag. 11.

⁵¹ In tal senso, C. cost., n. 32 del 2002.

⁵² V. C. cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 36, cit., pagg. 324-325; v. anche C. cost., ord. 22 novembre 2002, n. 473, cit., pag. 3965; Id., ord. 12 novembre 2002, n. 453, cit., pagg. 3736-3737; Id., ord. 25 luglio 2002, n. 396, cit., pag. 2899; Id., ord. 18 luglio 2002, n. 365, cit., pag. 2725.

corso delle indagini preliminari”⁽⁵³⁾.

Emerge quindi come la soluzione adottata dalla sentenza in commento si fonda su di un errore di metodo che necessariamente si sconta sul risultato interpretativo. Emblematica in tal senso è l’argomentazione secondo la quale non è possibile immaginare un contrasto tra fonti europee e norma costituzionale posto che con la riforma dell’art. 111 Cost. il legislatore si è mosso nel dichiarato intento di introdurre in Costituzione i principi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Nella medesima direzione si pone l’affermazione secondo cui non si ravvisa alcuna “non conformità” tra l’art. 111, co. 4, Cost. e la regola di contraddittorio enucleata dalla giurisprudenza della Corte europea con particolare riferimento al divieto di provare la colpevolezza dell’imputato sulla base di dichiarazioni “rese da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all’esame dibattimentale ovvero all’interrogatorio dell’imputato o del suo difensore”.

Sembra non volersi cogliere che il Costituente ha adottato, rispetto alla disciplina convenzionale, formule più forti tali da indicare un vero e proprio “statuto epistemologico”⁽⁵⁴⁾ della prova attraverso una “formula breve ma potente” che sfugge ad ogni tentativo di applicazione a “corrente alternata”⁽⁵⁵⁾.

6. In conclusione, la sentenza che si annota è solo parzialmente condivisibile. Essa ripudia una lettura delle situazioni di irripetibilità dell’atto fondate su una irreperibilità burocratica del teste. E nel fare ciò erige a faro della sua interpretazione i precetti derivanti dalla costituzionalizzazione del “giusto processo”; poi, però, quando passa a valutare se anche con riferimento alle dichiarazioni del teste residente estero sia necessario verificare se l’irripetibilità dell’atto debba essere anche imprevedibile si arrocca sulla considerazione che la disciplina dell’art. 512 *bis* c.p.p. è di natura speciale e quindi derogatoria rispetto all’omologo art. 512 c.p.p.. Qui la forza epistemologica del contraddittorio e del giusto processo viene abbandonata al punto da non sentire il dovere di valutare se, a fronte di una situazione così sperequativa tra gli artt. 512 e 512 *bis* c.p.p., la disciplina possa “comporsi” attraverso doverose letture razionalizzanti. Anzi, in tale contesto ideologico, vengono invocate le norme convenzionali, anche per come interpretate dalla Corte di Strasburgo, al fine

⁵³ C. cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 36, cit.

⁵⁴ Così, GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 2001, pag. 6.

⁵⁵ L’espressione è di FERRUA, *Il “giusto processo”*, cit., pag. 91.

di giustificare l'adesione ad un contraddittorio "debole" sulla prova e non per la prova. In tale linea di indirizzo si registrano avventurose affermazioni in ordine all'assenza di contrasto tra la regola epistemica contenuta nell'art. 111 Cost. e quella delineata dalla giurisprudenza europea. A ben vedere, quest'ultima viene utilizzata come scudo per la "manipolazione" del comando costituzionale, operandosi in tal modo un'inversione del metodo interpretativo.

Il punto è che i precetti costituzionali del giusto processo non sono modulabili a piacimento dell'interprete e, in realtà, la soluzione adottata dall'organo nomofilattico nasconde spettri del passato, come quello di accertamento della verità materiale o del preteso principio di "non dispersione della prova" ⁽⁵⁶⁾.

Si giustifica così una bulimia conoscitiva antitetica alla consapevolezza di un sistema probatorio e costituzionale che rifiuta conoscenze "onnivore".

Desti poi preoccupazione il fatto che un tale risultato sia perseguito attraverso il nobilitante richiamo ai "principi europei", guarda caso proprio nel campo in cui gli stessi risultano arretrati rispetto al dettato costituzionale.

Non è dato sapere se tutto ciò costituisca un risultato consapevole o un'alchimia casuale indotta dall'utilizzo di metodi interpretativi non ortodossi. Certo è che in un sistema rigido ogni tipo di esegesi non può sottrarsi ad un confronto di compatibilità con i valori della Costituzione e, per quel che qui concerne, con quelli del "giusto processo".

⁵⁶ Cfr. Corte cost., nn. 24, 254 e 255 del 1992. In dottrina, sul tema, v. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in Id., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, pag. 164; MARZADURI, *Premessa*, in *Commento alla l. cost. 23/11/1999 n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, pag. 757.