

QUESITI

CARLO MORSELLI

Le dichiarazioni della persona offesa nel filtro della regola della certezza oltre ogni ragionevole dubbio

Il contributo segnala con forza le criticità di un settore nevralgico del processo penale assoggettato al dominio giurisprudenziale che ha dettato un orientamento interpretativo del tutto maggioritario, in materia di prova dichiarativa proveniente dalla figura complessa del querelante-persona offesa-parte civile-testimone. Il sapere della persona offesa, ancorché privo di riscontri esterni e provenga da un soggetto interessato alle sorti del processo, per definizione “ antagonista dell'imputato “, può giustificare una sentenza di condanna, che dovrebbe osservare la regola della colpevolezza che risulti al di là di ogni ragionevole dubbio. L'autore propone diversi rimedi per contrastare questa vera e propria *deregulation* della giustizia italiana (che continua ad emettere sentenze di condanna con lo “ stampo “ del carattere esaustivo delle dichiarazioni della P. O.), rispetto ai canoni del rito accusatorio, giusto ed equo processo.

The contribution strongly signals the criticalities of a crucial sector of the criminal trial subject to the jurisprudential domain that has dictated a totally majority interpretative orientation, concerning declarative proof coming from the complex figure of the plaintiff-offended person-civil party-witness. The knowledge of the offended person, even if lacking in external feedback and comes from a subject interested in the fate of the trial, by definition "antagonist of the accused", can justify a sentence of condemnation, which should observe the rule of guilt that results beyond of any reasonable doubt. The author proposes various remedies to counteract this true deregulation of Italian justice (which continues to issue sentences condemning the "mold" of the exhaustive nature of P. O.'s declarations), with respect to the canons of the accusatory rite, fair and just trial.

SOMMARIO: 1. La traccia del piano costituzionale (artt. 24, 27, 111) e il suo riverbero sulla procedura penale - 2. Posizione della *questio* - 3. L'inquadramento del sapere della persona offesa - 4. L'inserimento di una nuova norma negativa, di sanzione della prassi applicativa - 5. Interrogativo sul rispetto delle regole relative al “ giusto processo “, in ipotesi di condanna decisa sulla base di una deposizione “ naturalmente “ interessata - 6. Il paradosso. Passaggio da *ius dicere* a *dicere ius* - 7. Lo “ stato di crisi “ della giurisprudenza italiana che alimenta la rilevanza esaustiva del racconto della P.O. Il c.d. diritto penale minimo quale canone incompleto - 8. Il terreno giurisprudenziale, anche nel suo tratto tautologico dell'argomentazione apparente (controllo della fonte con la stessa fonte) - 9. Revisione della sentenza

1. La traccia del piano costituzionale (artt. 24, 27, 111) e il suo riverbero sulla procedura penale

L'ordine gerarchico delle fonti impone che anche le norme processualpenali, regolative del rito criminale, siano soggette ad un giudizio di costituzionalità¹, quando il controllo le espone ad un dubbio di contrarietà costituzionale.

¹ IRTI, *Legislazione e codificazione*, in *Enc. Sc. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 226: « la codificazione è una forma storica di legislazione » e, d'altra parte, « le norme processuali sono, in via generale, scritte

zionale, inserendosi l'intervento del c.d. giudice delle leggi, « la Corte come giudice dei diritti e dei conflitti »².

Per esempio, l'art.27, comma 2 Cost., sancisce la presunzione di non colpevolezza dell'imputato di tipo "lungo" (cioè, estesa fino all'emanazione della sentenza definitiva), che può essere rovesciata da una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 533 c. p. p. e nel tratto processuale impegnato, senza però che siffatta importante norma codicistica si incarichi di tracciare, tra l'altro, il necessario *quantum* di prove richieste ai fini della relativa pronuncia. La legge del processo individua espressamente l'identità della norma conflittuale (l'art. 533 cit.) rispetto al piano dell'art. 27 Cost., ma non ne misura, per qualità e quantità, la necessaria intensità della forza di contrasto, né in forma positiva e neppure in quella solamente negativa attraverso la cristallizzazione di una condizione di preliminare insufficienza probatoria, demandando di fatto la relativa operazione alla magistratura in sede applicativa. Emerge una sorta di "riserva di giurisdizione", sul presupposto dell'irriducibilità, nel lato esplicativo, del dettato inserito all'art. 533 c.p.p. nel suo bacino semantico, appunto, anche semplicemente per quanto esclude. La norma si limita a fissare il contenente, lasciando insoluto l'interrogativo sul contenuto, in una sorta di spazio

con riferimento all'ipotesi del procedimento che riguarda un singolo imputato, parte del rapporto con lo Stato, che con il processo assicura a lui...il miglior sistema di garanzie per accertare fatti e responsabilità » (Cass., Sez. Un., 15 maggio 2014, Fria Mourad, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 343). Cfr. LAMARQUE, *La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 2, 53 ss.; A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *AIC*, 30 luglio 2019, n. 3, 1 ss.

In dottrina, cfr. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 9 ss., e per i profili costituzionali del processo penale, v. AMODIO, *Valori costituzionali e riforme processuali*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 33 ss.; GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2012, 2 ss.; GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale*, in Dominioni-Corso-Gaito-Spangher-Galantini-Filippi-Garuti-Mazza-Varraso-Vigoni, *Procedura penale*, Torino, 2015, 10 ss.

Cass., Sez. I, 3 giugno 2004, Zidda, in *Riv. pen.*, 2005, 1389, ritiene ammissibile il ricorso per cassazione fondato esclusivamente sulla questione di legittimità costituzionale di una norma. In ordine al « diritto fondato sulla ragione » v. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1985, 504. Distintamente, per la tematica coinvolta, VIGANÒ, *Nullum crimen. Nuovi sviluppi in materia di legalità penale*, in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018, 85.

² SALERNO, *Corte costituzionale, la difficile missione di preservare i diritti*, in *Guida dir.*, 2016, n. 18, 10 ss. Cfr. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n.10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 607 ss.; CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Diritto pubblico*, n.2, 2015, 389 ss.; nonché, da ultimo, MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 260.

Il presupposto dell'impostazione articolata è che l'ordinamento italiano accoglie il sistema di sindacato di costituzionalità delle leggi, espressione del generale principio di gerarchia delle fonti del diritto.

agnostico all'origine dell'imprevedibilità dei pronunciamenti ³. Nel testo dell'indicata disposizione, il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulti « colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio » (art. 533, comma 1, c. p. p.) ⁴.

Nella scala di valore costituzionale in materia processuale, oltre l'art. 27 Cost. già citato, richiamiamo l'art. 111, Cost. che fissa la cornice del c. d. giusto processo, comma 2: « Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità » ⁵.

La norma entra in crisi quando l'incidenza sulla bilancia degli esiti del processo della posizione di un soggetto processuale (e del suo sapere) si attesti, nella prassi applicativa, come assolutamente peggiore rispetto all'imputato, presso-

³ Anche una « regola negativa » è importante e rilevante, nella sua attitudine ad emarginare la cifra di un errore processuale, che nel nostro caso sarà l'asse portante del risultato del relativo studio, quando, più avanti, approderà alla necessità della enunciazione di una *regula iuris* che immetta uno sbarramento normativo, volto a « frenare » una prassi applicativa dominante.

Le norme processuali, in quanto regolative di una disciplina, dovrebbero anche, per la chiarezza e il rigore del dettato, avere un carattere predittivo, orientando l'opera della magistratura. Recentemente, v. IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *Arch. pen.*, Riv. quadr., 2018, fasc. 3, 589, sulle « proiezioni eccessivamente « liquide » ». Per la rilevanza del precedente giudiziario, v. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Padova, 2002; DI GIOVANE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. Da ultimo, magistralmente, v. GAITO, *La crisi della giustizia penale e le remore a riformare l'Ordinamento giudiziario*, in *Arch. pen.*, Riv. quadr., 2019, n. 2, 352: « Le norme processuali e quelle ordinamentali anziché porre quei divieti di azione che contrassegnano il contenuto tipico dei precetti limitativi di libertà, si concretano di regola nella prescrizione tecnica di condotte ovvero nell'imposizione di canoni di comportamento, da porre in essere in un certo modo, entro il limite stabilito, e nel rispetto della sfera di azione degli altri soggetti ».

⁴ Il riferimento al ragionevole dubbio è lo sbocco della modifica inserita dall'art. 5, della l. 20 febbraio 2006, n. 46 e si riferirebbe ad un alto grado di probabilità, non dunque ad un minimo dubbio. Però, al di là dell'incontestabile valore simbolico che la norma racchiude nel segnalare l'elevata tensione del giudizio, nulla di significativo viene aggiunto nel registro descrittivo a quanto si ricava dalle norme sull'assoluzione ex art. 530 c. p. p.

Pedissequamente, anche la giurisprudenza, pure negli ultimi approdi, segue questa « linea negativa » o « agnostica » circa il significato dell'art. 533 cit., determinato nella seguente accezione di esclusione della credibilità di una ricostruzione alternativa del fatto: « L'analisi e la valutazione dell'intero quadro probatorio, non poteva...che portare alla logica ed incensurabile conclusione alla quale è pervenuta la Corte territoriale in quanto, il materiale probatorio acquisito consentiva una sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio, proprio perché l'ipotesi alternativa prospettata dalla difesa e fatta propria dal primo giudice costituiva - alla stregua dei dati fattuali evidenziati dalla Corte d'appello - solo un'eventualità remota, ma la cui concreta realizzazione, nella fattispecie concreta, non aveva trovato il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana » (Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis).

⁵ A proposito di « riserve », oltre quella, per così dire, « giurisdizionale », già individuata a proposito dell'art. 533, comma 1, c.p.p. (nel senso che il contenuto indeterminato finisce per aprire grossi varchi interpretativi affidati alla gestione della giurisprudenza), il primo comma dell'art. 111 Cost. contiene una riserva di legge, o, come preferiamo ridenominarla, « riserva alla legge »: la norma costituzionale attribuisce alla fonte subordinata il compito regolativo del giusto processo.

ché irresistibile. Ciò chiama in causa i diritti di difesa, inviolabili *ex art. 24 Cost.*, in quanto il titolare della posizione subvalente è l'imputato, posto appunto in un'area di depressione nel terreno del rito penale.

Stiamo tratteggiando il tema che sarà oggetto della nostra analisi, che renderà chiara - riteniamo - l'urgenza di apportare un innesto delimitativo all'art. 533 cit.

2. Posizione della *quaestio*

Poniamo e fissiamo la *quaestio* che tematizza il presente studio il quale impegna il quadrante generale della valutazione della prova (art. 192 c. p. p.), scegliendo un versante del tutto specifico. Il quesito è se la prova dichiarativa⁶ proveniente dal querelante (identificabile quale prova c. d. a carico), che rivesta il ruolo di persona offesa dal reato ed eventualmente lo *status* di parte civile costituita nel pendente processo penale, da sola e quindi autonomamente, integri ed assorba con sufficienza certezza il parametro probatorio in grado di giustificare, al di là di ogni ragionevole dubbio, la sentenza di condanna che incrina lo scudo costituzionale dell'art. 27 cit. Già nello specchio del formulato quesito potrebbe scorgersi il *deficit* di una condizione di dubbio ed incertezza - per la qualità e quantità di prove disponibili - che dovrebbe condurre al proscioglimento dell'imputato, in linea con l'art. 533, comma 1, c. p. p. Infatti, è sicuro che la P.O., eventualmente costituita P. C., non è soggetto estraneo al processo e quindi terzo come lo è il testimone⁷ e, d'altra parte, che la sua dichiarazione, *in quantitate*, conta solo una unità probatoria.

Il procedimento di cognizione di merito, di primo grado, diretto

⁶ « Il sintagma " prova dichiarativa " di cui al comma 3-*bis* dell'art. 603 cod. proc. pen. è stato introdotto, per la prima volta, nel codice di procedura penale dall'art. 1 comma 58 della legge 23 giugno 2017 n. 107. La legge non specifica né chiarisce cosa si debba intendere per "prova dichiarativa": di conseguenza, poiché la nuova norma ruota sul suddetto sintagma, è opportuno darne una definizione e stabilire, quindi, quale sia il suo campo di applicazione » (Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2019, cit.). V. App. Trento, 20 settembre 2017, Pres. Spina, sulla « valutazione della prova dichiarativa, costituita dalla denuncia, con contestuale istanza punitiva, presentata dalla persona offesa ».

⁷ V. Cass., Sez. Un., sent. 28 gennaio 2019, cit., sull'assimilazione perito-testimone: « il perito...viene denominato - in linea con la tradizione dei paesi di *common law* - anche "testimone esperto" (*expert witness*), perché, come il testimone, ha l'obbligo di riferire sui fatti sui quali viene esaminato, ma "esperto" perché, nel rispondere, si avvale delle sue competenze specialistiche ».

Ovviamente, l'art. 533 cit. non può essere richiamato a sproposito, come sembra avvertire con la sentenza del 23 novembre 2018, la prima sezione penale della Cassazione, che si è definitivamente pronunciata sul brutale omicidio della tredicenne Yara Gambirasio, avvenuto a Chignolo d'Isola, il 26 novembre del 2010. M. G. Bossetti è stato dichiarato autore dell'atroce delitto e condannato all'ergastolo. La Suprema Corte, con le sue argomentazioni, ha inteso confutare, con particolare forza, i rilievi della difesa, tesi ad introdurre un "ragionevole dubbio" circa la colpevolezza dell'imputato.

all'accertamento della regiudicanda, è così gravato, nel settore centrale della prova, da una non secondaria incognita.

Al riguardo, si è lucidamente osservato che « nel processo penale il dubbio sulla responsabilità dell'imputato debba risolversi nella sentenza assolutoria deriva dal fatto stesso che tema del processo non è l'innocenza ma la colpevolezza; ed è questa...a dovere essere provata »⁸.

Infatti, non da oggi « si sottolinea che in ogni caso, mentre per il trionfo dell'accusa è necessario che sia raggiunta la prova certa, alla difesa giova anche il solo il dubbio »⁹.

3. L'inquadramento del sapere della persona offesa

La materia evocata - il valore della prova dichiarativa della persona offesa dal reato - è riservata del tutto alla giurisprudenza in posizione non esegetica o meramente ermeneutica ma fondativa, la quale, appunto, ha scelto di creare ed allestire e, soprattutto, consolidare il tessuto di una sottonorma che, così cristallizzata (c. d. *ius receptum*), impegna e permea un settore tanto specifico quanto nevralgico del diritto applicato. La stessa, d'altra parte, può ricondursi, essenzialmente, ad una matrice improntata a *laissez-faire* del legislatore ordinario, il quale ha lasciato libero corso al discorso giurisprudenziale. A livello legislativo, si sarebbe trattato di dare soluzione al problema della modalità con la quale bisogna tutelare il contraddittorio nell'ipotesi in cui l'elemento di prova *contra reum* fosse rappresentato da una sola fonte probatoria, costituita dalla persona offesa dal reato.

Ma, se la scelta mantenuta nel tempo dai giudici, sia territoriali che di legittimità, quando si affidano al sapere " incontrollato " (e a volte incontrollabile) della persona offesa¹⁰ per emettere un verdetto di colpevolezza, risultasse pe-

⁸ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 381.

⁹ DOMINIONI, *Sub art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, 173. Sulla nozione di accusa e di area penale, v. BUZZELLI, *Sub art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, Torino, 2016, 132 ss.; LEO, *Reato e pene*, in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018, 129.

¹⁰ L'ipotesi è che non siano richiesti riscontri esterni (alle dichiarazioni della persona offesa) e che la persona offesa-querelante non sia presente nel pubblico dibattimento, per cui il " remoto " atto querelatorio, a certe condizioni, entra nella storia del processo con un distinto canale e con una diversa valenza. In tal caso, però, la domanda è come l'imputato abbia potuto condurre l'interrogazione incrociata e la confutazione. In dottrina, v., ad esempio, STONE, *La cross examination*, Strategie e tecniche, Milano, 1990, 29 ss.; AMODIO, *L'esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 265 ss.

nalizzante per l'imputato, ciò richiederebbe una ferma presa di posizione e la ricerca di un rimedio soddisfacente di contrasto per tentare di arginare un sistema sostanzialmente repressivo, passivante ed analibertario. Bisogna porsi « contro il diritto penale d'eccezione e contro le deviazioni inquisitorie »¹¹ e quindi, al pari di un autorevole spunto, aprire una nuova frontiera interpretativa, non più agnostica, che prenda coscienza della gravità del problema processuale, se emergerà un sottosistema sostanzialmente iniquo.

Sarebbe necessario, più precisamente, mettere a nudo i limiti dell'apporto probatorio della persona offesa, sul piano del cognitivismo giuridico ed epistemologico generale, e dell'eventuale canale di raccolta di quello attraverso la lettura dibattimentale (artt. 512 s. c. p. p.), segnalando, al tempo stesso, l'esigenza di riguardare il *dictum* della persona offesa in termini di " antisapere ", quale inquadramento dogmatico del carattere dello stesso, specialmente quando la medesima persona avanzi una pretesa patrimoniale che presuppone la condanna dell'imputato e si tratti dell'unica prova dibattimentale a carico dell'imputato. Tale riduzionismo probatorio, qualitativo e quantitativo dunque, che si pone in controtendenza rispetto allo spessore conoscitivo che postula la pronuncia della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 533, comma 1, c. p. p. e allo scrutinio corrispondente, chiama in causa la " responsabilità " del P.M. che va a dibattimento con una imputazione " azzardata " ¹², deficiaria nel tratto probatorio.

La persona offesa cumula una serie di poteri previsti (dal codice penale, agli artt. 120,121) nel codice Vassalli (artt.90.95, 101, 360, 369, 394, 398, 401,406, 408 s., 413, 419, 429, 572; v., pure, le disposizioni sul giudice di pace) e da l. 20 novembre 2017, n. 167 (legge europea 2017), che contiene (artt. 6 e 24) disposizioni in materia di accesso alle prestazioni del Fondo per l'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti e di termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico; l. 11 gennaio 2018, n. 4 (modifiche in favore degli orfani per crimini domestici); l. 11 gennaio 2018, n. 6 (disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia). Si prevede il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima quale misura cautelare personale, di tipo coercitivo, introdotta con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38, di repressione del reato di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p., c.d. *stalking*), disciplinato dall'art. 282-*ter* c. p. p. Al riguardo, v., da ultimo, TORREGGIANI, *Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*, in *il Penalista*, 05 agosto 2019.

¹¹ FERRAJOLI, *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo sul diritto e sui diritti*, Napoli, 2016, 10. L'attuale sistema processuale è quello uscito dalla riforma (di stampo accusatorio) del 1988, ma conserva ancora segni di inquisitorialità, avverte SPANGHER, *Considerazioni sul processo " criminale " italiano*, Torino, 2015, 15 ss. Cfr. CATERINI, *Dalla presunta innocenza dell'imputato alla presunta efficienza del sistema penale*, in *Pol. dir.*, 2015, n.1, 13 ss.

¹² Così, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 435 che parla, oltre che di imputazione azzardata, anche di « imputazione insipiente ». La formulazione circoscritta dell'accusa, d'altra parte, deve essere tempestiva, e su tale carattere si sofferma Corte EDU, Sez. I, 24 gennaio 2019, Knox c. Italia, con nota di Addante e Gaeta, in *Arch. pen.*,2019, proprio sul differimento, mascherato, della formalizzazione dell'imputazione, con pregiudizio dei diritti difensivi.

4. L'inserimento di una nuova norma negativa, di sanzione della prassi applicativa

La valenza di quella prova dichiarativa (riferita alla persona offesa) è oramai indubbia - anche in esito ad un controllo della fonte dichiarante e del relativo racconto¹³ - inserendosi l'interrogativo della relativa incidenza sul giudizio finale, circa il modo in cui la giurisprudenza italiana la filtra per vagliare l'imputazione e intendere l'art. 533 c. p. p. e dato che, si ripete, il legislatore non esplicita, cioè, non fissa spressamente la qualità e la quantità di prove richieste per l'emanazione di una decisione affermativa della penale responsabilità dell'imputato (neppure negativamente), limitandosi a tracciare l'orizzonte della colpevolezza (« al di là di ogni ragionevole dubbio »). Però, l'eventuale criticità costituzionale della norma sarebbe incentrata non tanto per come è formulata - la quale pretende, correttamente, che quella responsabilità risulti e riposi, *ex actis*, su un piano di irrefutabilità dimostrativa, senza d'altra parte precisarne ed articolarne la portata - bensì per come è intesa nel terreno del diritto applicato, in senso debole o in senso forte. Se il parametro dell'art. 533 cit. è rigorosamente interpretato come indice indeclinabile di certezza processuale riferita alla prova sull'imputazione formulata, ai risultati della prova esperita cioè, l'interrogativo si attesta come plausibile, ed anzi ineludibile. Lo stesso può essere così declinato: se una sola prova, in contrasto con il canone *unus testis nullus testis*, proveniente da chi non è estraneo agli sbocchi del processo (condanna o assoluzione) e che piuttosto nello stesso coltiva e porta avanti un preciso interesse (e quindi ne prende "parte" e posizione, ciò che esclude l'identità del testimone nel senso tecnico e distinto della parola), sia sufficiente per spingere il giudice nello spazio sicuro reso dalla *lex fori* con il sintagma della responsabilità accertata al di là di ogni ragionevole dubbio e a rovesciare la barriera presuntiva inserita all'art. 27 Cost., o relega l'organo del giudizio nel terreno mobile della semplice probabilità allineando così giudizio penale e giudizio cautelare¹⁴. Se la risposta fosse negativa - in

¹³ Cass., Sez. III, 12 ottobre 2018, Co. An.:le dichiarazioni della persona offesa possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Sul ruolo della persona offesa nella scena del crimine, v. Cass., sez.V, 22 luglio 2019, M.D., D.N.C. e P.C.

¹⁴ D'altra parte anche in tale settore la giurisprudenza si mostra, ora, più esigente circa i requisiti per integrare la fattispecie cautelare: in materia di esigenze cautelari, il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale. Ne consegue che non è più sufficiente ritenere, in termini di certezza o di alta probabilità, che l'imputato torni a delinquere qualora se ne pre-

richiamo pure della distinzione classica tra scienza e credenza, che le fonti attestano¹⁵ - ed è l'ambito in cui si muove il presente lavoro, contro l'attuale e oramai consolidato orientamento della giurisprudenza imperniato sulla condanna con una sola prova rappresentata da quella dichiarativa della persona offesa, senza che sia d'ostacolo la sua costituzione quale parte civile, per non renderlo irriducibile, non resterebbero che due strade per invertire siffata radicata tendenza, muovendo dalla visione del processo penale come strumento di garanzie (a partire dal diritto di difesa ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost.). Si tratterebbe o di dichiarare l'art. 533 c. p. p. incostituzionale, in quanto in contrasto con gli artt. 27, 24, 3 Cost. per come risulta inteso dalla giurisprudenza con riferimento alla prova dichiarativa proveniente dal querelante-persona offesa costituita o meno parte civile, o sollecitare un intervento

sentì l'occasione, ma è anche necessario prevedere che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione per compiere ulteriori delitti (così, Cass., Sez. III, 12 aprile 2019, B.A, in *Guida dir.*, 2019, n. 28, 38). Siamo alle soglie dell'*argumentum a fortiori*: se tanto rigore circola nel settore delle misure cautelari personali, a maggior ragione l'art. 533 c. p. p. deve essere inteso rigorosamente. In materia, v. DANIELE, *Indizi (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, 509 sull' « indizio come prova non dichiarativa ». Cfr. GRIFANTINI, *La nozione di indizio nel codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 15 ss.

In materia di misure cautelari personali, v., ad esempio, MARCHETTI, *L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte*, nota a Cass., Sez. V, 6 marzo 2019, n. 9872, in *Dir. pen. cont.*, F. 6/2019, 121; GIORDANO, *Sull'attualità del pericolo di recidiva a tre anni dalla riforma del rito cautelare*, *ivi*, F. 1/2019, 1; ID., *Autonomia valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela: ancora disorientamenti in giurisprudenza?*, in *il Penalista*, 07 gennaio 2019.

Sulla precedente riforma, ad esempio, v. AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, introd. di Illuminati, Torino, 2015, XI ss.; SPANGHER, *Le misure cautelari personali dopo la legge 47/2015*, in *il Penalista*, 07 settembre 2015. Recentemente, v. TABASCO, *Principi di proporzionalità e misure cautelari*, Padova 2017, 169.

In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 16 luglio 2019, E.G., in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 9,1255; sui gravi indizi di colpevolezza, in particolare, v. Cass., Sez. VI, 2 maggio 2019, R. P., *ivi*, n. 6, 796.

D'altra parte, la regola probabilistica è tipica del processo civile e su cui, da ultimo v., fra le altre, Cass. civ., Sez. VI, ord. 23 maggio 2019, (Rel. Graziosi), la quale esige che nell'accertamento del nesso causale, il « più probabile che non » deve essere identificato in una causa ben definita e non ignota, e pur riconoscendo, in motivazione, che « l'accertamento si attesta su un livello probabilistico ». Altresì, v. Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2019, Giovanni F.

¹⁵ V., emblematicamente, PLATONE, *Gorgia*, trad. e introd. di Adorno, Bari, 1997, 21, 454c-d-e: « SOCR. C'è qualcosa che tu chiami 'sapere scientifico'? GORG. Sì. SOCR. E ancora, c'è qualcosa che tu chiami 'credere'? GORG. Io sì! SOCR. E secondo te, sapere scientifico e credere, scienza e credenza, sono una stessa cosa o cose diverse? GORG. Personalmente, Socrate, credo che siano cose diverse...».

Nel filtro di questa dicotomia, il racconto (interessato) della persona offesa non riesce a soddisfare i parametri del sapere scientifico poiché residua come incontrollabile (l'unicità della prova dichiarativa elimina l'operazione di confronto e controllo con altre fonti di prova), mentre quello è tale quando il racconto è falsificabile, cioè controvertibile. Sull'attestazione del « criterio di falsificabilità », v. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza umana*, Bologna, 1972, 67 ss.

del legislatore che, al pari di una interpretazione autentica, detti, additivamente, una norma espressa in uno dei due bracci, degli artt. 530 o 192 c. p. p.¹⁶ *De iure condendo*, la norma auspicata dovrebbe avere il seguente tenore, e al fine di sanzionare l'opposta prassi dilagante: la prova richiesta per l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato non può essere rappresentata dalla sola dichiarazione della persona offesa, costituita o meno parte civile, o del querelante.

Per l'adozione di formule consimili, negativamente contrassegnate, *de iure condito*, si citano, ad esempio, art. 192, comma 2, c. p. p.: L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti; art. 274, comma 1, c. p. p. lett. *a*: Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti; lett. *b*: Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede; lett. *c*: Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede; art. 111, comma 4, II p., Cost.: La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore; d. l. 14 giugno 2019, n. 53, per l'addizione che riceve l'art. 131 *bis* c. p.: L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Dovrebbe trattarsi dell'innesto di un secondo periodo all'art. 192, comma 2, c. p. p. (oppure dell'inserimento di un autonomo art. 192 *bis* c. p. p.) o di un comma aggiuntivo all'art. 533 c. p. p. (art. 533, comma 1 *bis*). Il presupposto generale è che il processo sia sede puntuale di accertamento e di rigoroso controllo dell'accusa (dell'ipotesi accusatoria), nel pubblico giudizio e nel rispetto dei principi dell'oralità, del contraddittorio e della parità d'armi¹⁷, e

¹⁶ Una terza via (attualmente, ipotesi del terzo tipo) sarebbe l'autorifoma dell'interpretazione dei giudici, di radicale cambio di rotta della propria impostazione nel settore implicato, oppure l'introduzione di una norma corrispondente all'art. 246 c. p. c. (*Incapacità a testimoniare*), presente, appunto, nel rito civile (*amplius infra*, nn. 27, 30, 72).

Il principio *unus testis nullus testis* non è mantenuto in App. civ., Potenza, Sez. L, sent. 16 maggio 2017, Ci. St., in *Il Merito*, 2019, n. 3, 20 ss., commento di CARELLA, *Il libero convincimento del giudice: il concreto superamento della regola "unus testis, nullus testis"*.

¹⁷ Rispettivamente, cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, VI, Roma, Ed. Ateneo, 1949, 5: «

dell'immediatezza¹⁸, e non stanca liturgia di una prova precostituita (il contrario di *happening*) inserita nel fiorente canale delle letture e a cui l'imputato assiste passivamente¹⁹. Dobbiamo escludere, cioè, che abbia corso nel pro-

s'intende per processo l'insieme degli atti occorrenti al fine dell'accertamento e della punizione del reato ».

Recentemente, v. MARCOLINI, *Prove atipiche*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano 2017, 699, sul carattere invariato del requisito della « idoneità all'accertamento dei fatti ».

D'altra parte, v. Cfr. CONCAS, *Condanna*: II) Dir. proc. pen., in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 1993, 1 ss.; CAPRIOLI, *Condanna* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Varese, 2008, 101; nonché CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA. Vv., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 87; FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di Filippi, Padova, 2007, 137; MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella media delle decisioni*, in *Criminalia*, 2012, 364.

Sulla « regola d'oro del contraddittorio », v., in dottrina, FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 3 ss. In tema, v. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, VII, Varese, 2014, 274. In giurisprudenza v. Cass., Sez. VI, ord. 23 maggio 2013, Berlusconi, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 419 ss. Cfr. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; CORDEIRO, *Giudizio*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991, 505. V.Corte cost., 9 luglio 2013, n. 183, in *Guida dir.*, 2013, n. 32, 54 ss.: «...Tale è... il "giudizio" contenutisticamente inteso, e cioè...ogni sequenza procedimentale - anche diversa dal giudizio dibattimentale - la quale, collocandosi in una fase diversa...implichi una valutazione sul merito dell'accusa...(sent. n. 224 del 2001) ».

Per la violazione del c. d. principio della parità delle armi, v. Corte EDU, Sez. IV, 25 novembre 2014, Liepiød c. Lettonia, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 110 ss. e sul « diritto europeo e giustizia penale » v. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, III° d., Milano, 2017, 3 ss.; mentre BUZZELLI, *Sub art. 6*, cit., 172 ss., si sofferma sul « principio del contraddittorio, il quale...presuppone la parità delle armi ». In giurisprudenza, recentemente, v. Cass. civ., 7 marzo 2018, n. 5431 e Corte cost., 20 luglio 2018, n. 167.

¹⁸ Cfr. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 71; CASIRAGHI, *Sub art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, Torino, 2016, 225.

Il codice riserva ad un intero libro (il settimo) la disciplina riguardante il giudizio, con l'osservanza delle forme imposte dalla pubblicità (art. 471), dal contraddittorio (artt. 466, 486, 493, 498, 516, 546), dall'immediatezza (artt. 498, 525), dalla concentrazione (artt. 477 e 544) e dall'oralità (artt. 499, 500, 514, 526). Sui principi del dibattimento, v., per tutti, LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2018, 301: « I principi fondamentali della fase dibattimentale sono la pubblicità, la concentrazione o continuità, il principio dispositivo in tema di assunzione delle prove, l'oralità, l'immediatezza...il contraddittorio nel momento della formazione della prova, la correlazione tra accusa e sentenza, la non regressione ad una fase antecedente allorché si è giunti validamente alla fase del giudizio ». Sul principio di concentrazione, v. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1959, 26 ss.

¹⁹ Il principio della tutela giurisdizionale effettiva è evocato, per esempio, da Corte giust. UE, Sez. V, 28 novembre 2013, C-280/12 P - Consiglio c. Fulmen, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 116 ss.

Per l'ampio tema delle letture, si rinvia, principalmente, a BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, dir. da Ubertis e Voena, XXXIII. 2, Milano, 2000, 225 ss., sulle « letture vietate », occupandosi, tra l'altro, dell' « area della non leggibilità e le zone ambigue ». Cfr., pure, fra gli altri, ROMBI, *Letture dell'atto della difesa per sopravvenuta irripetibilità*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 473. Recentemente, v. BRONZO, *Fascicolo per il Dibattimento - Poteri delle Parti e Ruolo del Giudice, Problemi attuali della giustizia penale*, Studi raccolti da Giarda - Spangher - Tonini, Padova, 2017, 193 ss.

cesso penale un'ipotesi di prova legale ²⁰.

5. Interrogativo sul rispetto delle regole relative al “ giusto processo “, in ipotesi di condanna decisa sulla base di una deposizione “ naturalmente “ interessata

Forse, l'analisi può spingersi oltre, verso altri traguardi ermeneutici: poiché è contro la logica e contraddice la coerenza del ragionamento logico complesso ²¹(ad oggetto multiplo) predicare, imperativamente, la terzietà e l'imparzialità per il giudice (art. 111, comma 2, Cost.) che valuta le prove, ma non richiedere e quindi ripetere il possesso di tali requisiti per la (o per la) persona offesa-querelante, che eventualmente si sia costituita parte civile (come avviene perlopiù), e che rivesta nel giudizio il ruolo di testimone (a carico) che pure avrebbe (o ha) « l'obbligo...di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte » (art. 198, comma 1, c. p. p.), quando si elabora la sentenza di condanna, basandola solo sulla deposizione del testimone-interessato alle sorti del processo, residua il dubbio che si sia, effettivamente, celebrato il c. d. giusto processo in attuazione del precetto costituzionale (art. 111, cit.).

Non può trascurarsi di considerare quanto da tempo la dottrina ha messo in luce e cioè che la persona offesa rappresenti il « naturale antagonista dell'imputato » ²². Quel soggetto bifronte diventa una voce ossimorica, espressione di una immagine mitologica, organo della prova a due teste, testimone-parte, mancante del requisito negativo del disinteresse.

A questo punto, il divario, vistoso, diventa incolmabile, stante l'attuale assetto: il nostro sistema giudiziario accetta incondizionatamente, senza apparente contraddizione, che solo il giudice debba essere terzo ed imparziale, e che lo stesso rimanga tale, mantenga la sua identità istituzionale senza nessuna contaminazione, anche quando abbia condannato un cittadino esclusivamente

²⁰Infatti, « il sistema delle prove legali non è minimamente confondibile con il principio della legalità della prova » (CORSO, *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *L'indice penale*, 2012, 195; v. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, in *Procedura penale*, AA. VV., Torino, 2012, 5 ss.). Così, « non è previsto, nell'ordinamento penale, il concetto di prova legale », sottolinea Cass., Sez. II, 24 maggio 2013, Palumbo, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 350 ss.

Sul concetto di prova legale, v., da ultimo, Cass. civ., Sez. I, 17 luglio 2019, K. M. Y.; Cass. civ., Sez. VI, 16 settembre 2019, M.G.

²¹ Nei due settori, v. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, 1995, a cura di Conte, 27, 2.0201: « Ogni enunciato sopra complessi può scomporsi in un enunciato sopra le parti costitutive e nelle proposizioni che descrivono completamente i complessi » e MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, *Del procedimento penale*, Torino, 1925, n. 420, 273: « Considerato oggettivamente, il dibattimento è atto processuale complesso ».

²² Così, PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Varese, 2008, 594, che, sul punto, richiama GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, 2 ss.

attingendo ai verbali della deposizione di chi coltivi un interesse personale e morale (riferendoci alla persona offesa) e perfino economico-patrimoniale (quello della parte civile costituita) e che, quindi, l'esigenza del distacco e della neutralità rispetto alla regiudicanda non debba richiedersi anche al dichiarante.

Ma così procedendo, il serio dubbio è che pure la primaria terzietà e imparzialità della giurisdizione risulti, piuttosto, coinvolta, intaccata, oggetto di un pregiudizio: il querelante è credibile, il querelato non lo è ed anche quando la dichiarazione scritta del primo, prodotta nella fase delle indagini preliminari ed assunta dalla polizia giudiziaria, sia rimasta a dibattimento “ lettera morta ” in quanto incontrollata per l'assenza del dichiarante²³, ma recuperata mediante la tecnica delle letture (art. 512 s. c.p.p.). Si attesta una credibilità *ex ante* e l'impossibilità di impiego dell'art. 6, § 3, lett. d, Cedu, che garantisce a ogni

²³ *Argumentum a contrariis*: sebbene il nuovo codice annoveri l'esame dell'imputato nella classe dei mezzi di prova, al pari dell'esame del testimone, il giudice, esaminati entrambi non propenderà per una sentenza di assoluzione, ponendo a fondamento del proscioglimento la disciolpa dell'imputato (per definizione, inteso a guadagnare tale decisione), ma di condanna giustificandola con la deposizione testimoniale (per definizione, il teste è disinteressato agli epiloghi processuali). Però, la nostra analisi si è sforzata di dimostrare che quando il teste coincide con altre figure (querelante, persona offesa, parte civile) perde l'estraneità e la distanza (o il distacco) con la materia che, invece, sono tipiche del testimone.

Sulla figura del testimone, v. STURLA, *Prova testimoniale*, in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1995, 412; BARGIS, *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Varese, 2008, 1122: « L'esame testimoniale viene condotto direttamente dalle parti, con metodo dialettico, realizzando al massimo grado il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ora stabilito dall'art. 101 comma 4 cost. quale garanzia epistemologica ». In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass., sez. II, sent. 06 febbraio 2019, Marandei Mihai Gabriel.

Cfr. TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*. La Corte di Strasburgo, III, Le sentenze Cedu e l'azione conformativa sull'ordinamento interno b. Profili proc., in *Quest. giust.*, aprile 2019, riportandosi un quadro giurisprudenziale alquanto variegato, in merito alla « incidenza delle dichiarazioni extradibattimentali sulla condanna del ricorrente ». In tema, v. TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878; BALSAMO -LO PIPARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le dichiarazioni «irripetibili»: ovvero la crisi delle «abitudini» nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2006, 689; F. ZACCHE', *Letture di atti assunti senza contraddittorio e giusto processo*, in *Ind. pen.*, 2006, 427; C. GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 284; nonché MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, 2843; nonché MORSELLI, *Strasburgo: veto all'Italia, perché viola il giusto processo, quando condanna l'imputato sulla base di dichiarazioni mai controllate nel pubblico dibattimento*, in *Foroeuropa*, 2017, n. 3.

In tema, in giurisprudenza, v. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio; Cass., Sez. VI., 19 febbraio 2003, Bianchi; Cass., Sez. III, 23 aprile 2009, Remling. Da ultimo, v. Cass., Sez. III, 5 marzo 2019, G.A. e Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124.

persona accusata il diritto di « esaminare o far esaminare i testimoni a carico ».

A questo punto, non siamo sicuri di essere ancora *dans les règles*, quelle sul “ giusto processo “, accostandoci ad una procedura così squilibrata dal punto di vista dell’osservanza delle garanzie individuali (dell’imputato), difensive e del contraddittorio, e del rispetto di quelle generali del giudizio e del giudice ²⁴.

Una recente decisione (25 giugno 2019), di grande rilievo, di insolita lunghezza, ampia anche nel quadrante retrospettivo, analitica ed articolata, e di sostanziale e positivo *overruling*, evidenzia l’enorme divario che divide l’organizzazione e la valutazione della prova nelle due branche del processo penale e civile, interrogandoci sulla sostanziale unità che dovrebbe legarle nelle questioni nevralgiche dei limiti nella disciplina della prova, per evitare che il diverso trattamento si appalesi sconcertante e, tecnicamente, “ irragionevole “ e quindi costituzionalmente rilevante, e ciò pur mantenendosi la specificità della materia considerata. L’interrogativo - possiamo precisare - riguarda l’utilizzabilità della dichiarazione resa dalla parte civile nel processo penale: « Il giudizio di rinvio *ex art. 622 c. p. p.* costituisce solo formalmente una mera prosecuzione del processo penale, trattandosi, viceversa, di una sostanziale *translatio iudicii* dinanzi al giudice civile, con la conseguenza che rimane del tutto estranea all’assetto del giudizio di rinvio *ex art. 622 c. p. p.* la possibilità di applicazione di criteri e regole probatorie, processuali e sostanziali, tipiche della fase penale esauritasi a seguito della pronuncia emessa dalla Corte di cassazione penale ai sensi dell’art. 622 c. p. p., mentre deve ritenersi imposta l’applicazione dei criteri e delle regole probatorie, processuali e sostanziali, proprie del giudizio civile. Ciò posto, nel giudizio di rinvio *ex art. 622 c. p. p.*,

²⁴ MANZIONE, *Verso il “ giusto processo “, ovvero un arduo compromesso per un testo ancora sotto osservazione*, in Lattanzi, *Guida alla riforma del giusto processo. Lo stato della giurisprudenza e della dottrina*, Milano, 2002, 1 ss.; CHIAVARIO, *Giusto processo II) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. X, Roma, 2002, 5 ss.; G. UBERTIS, *Verso un “ giusto processo “ penale*, Torino, 1997, 151 ss., proprio sulla “ imparzialità del giudice “ e in ordine alla “ neutralità metodologica del giudice “.

In giurisprudenza, da ultimo, v. Corte EDU, 2 ottobre 2019, Caso 42010/06 *Deli c. Moldova*, sull’art. 6 della C.E.D.U. che assicura il diritto ad un equo processo, stabilendo il diritto a d un giudice indipendente ed imparziale. Si segnala Corte cost., 29 marzo 2019, n. 66, in *Leg. Pen.*, 27 ottobre 2019 [« va...rilevato come in ordine ai criteri generali di valutazione dell’imparzialità del giudice, richiesta dall’art. 6, paragrafo 1, CEDU, sussista una giurisprudenza ampiamente consolidata della Corte di Strasburgo. Al lume di essa, l’imparzialità deve essere apprezzata secondo due criteri: soggettivo e oggettivo...non si deve solo fare giustizia, ma si deve anche vedere che è stata fatta “. È in gioco, infatti, la fiducia che i tribunali in una società democratica debbono ispirare nel pubblico e, nel processo penale, anzitutto nell’accusato (*ex plurimis*, tra le più recenti, Corte EDU, 16 ottobre 2018, *Daineliene contro Lituania*; 31 ottobre 2017, *Kamenos contro Cipro*; 20 settembre 2016, *Karelin contro Russia*; Grande Camera, 23 aprile 2015, *Morice contro Francia*; 15 gennaio 2015, *Dragojević contro Croazia*) »].

non è consentita l'utilizzazione, alla stregua di una testimonianza, delle dichiarazioni rese dalla parte civile sentita quale testimone nel corso del processo penale »²⁵.

Residua una domanda: poiché il giudizio penale è improntato ad estremo rigore in costanza della regola dell'accertamento della responsabilità condotto al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 cit.) ed invece in quello civile vige la regola, meno rigorosa, del più probabile che non, come resta coerente il sistema, e quindi unitario l'ordinamento giuridico²⁶, consentendo la condanna penale fondata semplicemente sulla parola (o racconto) di chi nel rito civile non ha neppure a parola [L'art. 246 c.p.c. (*Incapacità a testimoniare*) Non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio]. Dovrebbe, sul punto, mutuare il rito penale la regola propria di quello civile, dell'art. 246 cit. (che detta l'inserimento di un fattore assolutamente ostativo), per rafforzare il dettato dell'art. 533 c. p. p., altrimenti confinato nell'area dell'astrattismo codificatorio e "condannato" nella spirale di un paradosso. Divesamente,

²⁵ « dovendo viceversa trovare applicazione il principio di cui di cui all'art. 246 c.p.c., ai sensi del quale non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio » ha stabilito Cass., Sez. III, sent. 25 giugno 2019, M.D., giudizio ex art. 622 C.p.p.: « 20. In conclusione, pur nella sostanziale consonanza delle regole di enunciazione del " principio di diritto " (nel sistema processuale penale e civile) indirizzate al giudice del rinvio perché ad esse si uniformi (art. 173, co. 2, disp. att. c.p.p. e art. 384 c.p.c.), esse tuttavia presuppongono che di vero e proprio giudizio di rinvio si tratti, e non risultano applicabili allorché, come nella specie, l'azione civile si sia ormai affrancata dal giudizio penale in ragione della scissione determinatasi a seguito della valutazione compiuta dal giudice penale che...rimette ai soli effetti civili la cognizione del giudice civile competente in grado di appello... 20.3. In proposito, questa Corte, in passato, ha (non condivisibilmente) ritenuto che la testimonianza resa dalla parte civile nel processo penale conservi il suo valore anche quando, con l'accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, il solo processo civile prosegua dinanzi al giudice di rinvio, fondando tale convincimento sul (non condivisibile) presupposto secondo il quale, in tal caso, continuerebbero ad applicarsi, *in parte qua*, le regole proprie del processo penale, e la deposizione giurata della parte civile, ormai definitivamente acquisita, andrebbe esaminata dal giudice del rinvio esattamente come avrebbe dovuto esaminarla il giudice penale se le due azioni non si fossero occasionalmente separate (Cass. 14 luglio 2004, n. 13068). 20.4. Dalle argomentazioni che precedono, viceversa, deve ritenersi illegittima l'eventuale ricostruzione del fatto dannoso - ovvero qualsiasi eventuale riconoscimento di efficacia probatoria - che faccia riferimento alle dichiarazioni rese in sede penale, in veste di testimone, dalla parte civile » .

²⁶ Specialmente, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, P.G., agg., Milano, 2015, 22, evidenziandosi il « punto di vista...dell'unità dell'ordinamento giudico...Ciascuno di quei rami ha autonomia di struttura e di funzioni, ma all'interno di un quadro unitario: *l'intero ordinamento giuridico*. È una unità che si esprime nella *coerenza*, al cui interno sono inconcepibili contraddizioni insanabili ». Anche altri piani d'analisi convergono nell'ammettere che « a meno che non si contraddicano, le regole non possono certo entrare in collisione » (WITTGENSTEIN, *Grammatica filosofica*, a cura di Trinchero, Firenze, 1990,147).

dovrebbe dichiararsi, da parte dei fautori e sostenitori dell'attuale sistema di organizzazione e valutazione della prova dichiarativa, cosa giustifichi un sacrificio dei principi così elevato nel processo penale (v. Corte costituzionale, ordinanza n. 115 del 1992, in appresso richiamata).

Resta la consapevolezza che in sede interpretativa un testo normativo (l'art. 533 cit.) non vive solo del testo normativo (l'operazione potrebbe dirsi incompiuta) che, per non diventare zavorra, deve aprirsi ai passi intertestuali (artt. 196 e 197 c. p. p. rispettivamente sulla capacità di testimoniare e sull'incompatibilità con l'ufficio di testimone) e agganciare la norma-gemella (art.246 c. p. c.).

6. Il paradosso. Passaggio da *ius dicere* a *dicere ius*

Per la sentenza di condanna, la legge (l. n. 46/2006, art. 533, comma 1, c. p. p.) recepisce il fondamentale canone di giudizio espresso dal principio dell' "oltre il ragionevole dubbio" (*Beyond any Reasonable Doubt*, o regola B. a. r. d.), che rappresenta « quel manto regale di ogni ordinamento giuridico democratico » (Stella). D'altra parte, da tempo la giurisprudenza è attestata sulla linea interpretativa secondo cui la dichiarazione della persona offesa può giustificare una sentenza di condanna²⁷. Di qui l'affacciarsi di un paradosso: solo il giudice ha il potere di *ius dicere*, ma da solo non potrebbe fondarlo, senza, cioè, la materia e le correlate prove devolute dalle parti, evocandosi il c. d. principio dispositivo simboleggiato dall'art. 190, comma 1, c. p. p. Non così per la persona offesa dal reato: diversamente dal giudice, il suo dire da solo può porsi a base di una sentenza di condanna non richiedendosi altri apporti probatori di conferma, di convalida ed asseverazione integrativa, nel solco della giurisprudenza italiana.

D'altra parte il passaggio da *ius dicere* a *dicere ius* allinea le due posizioni dell'organo di prova e di quello giudicante, che finiscono per apparire come membri di una coppia: questo dire *contra reum* ha carattere predittivo se pre-

²⁷ STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 107. Cfr. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 80: « L'essenza della regola...sta nel sintagma "ragionevole dubbio" E' una formula che...appare chiara e trasparente » e che « ha un potenziale enorme, giacché la sua applicazione consente di ridurre entro margini tollerabili il rischio...della indifferenza burocratica del giudice funzionario (figura tipica...degli ordinamenti del continente europeo) » (STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2002, 150). V. CAPRIOLI, *Condanna*, cit.,102, il quale avverte: « Non tutti...assegnano alla sua esplicita consacrazione codicistica un carattere realmente innovativo ». V. Cass., Sez. VI, 3 giugno 2004, Patella, in *Riv. pen.*, 2005, 1411; Cass., Sez. I, 4 novembre 2004, Palmisani, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, 118; Cass., Sez. V, 28 giugno 2016, L., in *Guida dir.*, 2016, n. 34-35, 82; Cass., Sez. III, 17 gennaio 2017, R.M., *ivi*, 2017, n. 17, p. 68.

figura in pieno una decisione affermativa della penale responsabilità (quindi *dicere ius*), al pari di una protosentenza. Quindi, tra il *dictum* del giudice c. d. di merito e quello della persona offesa si attesta una intrinseca ed indissolubile relazione, nell'attuale assetto giurisprudenziale. Ancorché dovrebbe essere in « potere del giudice di avere l'ultima parola sulle dispute »²⁸, la parola data alla persona offesa anticipa quella del giudice e, così, ha carattere sia predittivo che conclusivo. Al giudice non resterà che comporre rapidamente la sentenza attingendo alle formule del folto frasario delle decisioni massimate - addirittura svincolandosi in tutto o in parte dal caso concreto - nel conio di uno stereotipo centrato sull'asse della persona offesa: la parola della persona offesa è parola di condanna e senza addendi, riassuntivamente.

7.Lo “ stato di crisi “ della giurisprudenza italiana che alimenta la rilevanza esaustiva del racconto della P.O. Il c.d. diritto penale minimo quale canone incompleto

Quello che precede è lo stato della giurisprudenza in Italia (nel settore indicato), e siffatto orientamento rappresenta oramai il suo perdurante corso - che si alimenta ogni giorno con le corrispondenti decisioni - il quale appare irreversibile, salvo che la dottrina (tenti, con forza, di invertirlo e quindi) elevi la sua voce dissonante e lanci l'allarme dello “ stato di crisi “ in cui versa la giustizia italiana in tale ambito, relativo al querelante-persona offesa dal reato (poiché « non c'è reato che non abbia soggetto passivo »²⁹). Centinaia di sentenze in Italia sono di condanna, composte con la tecnica del copia-incolla e confezionate con uno stampo *standard* al banco del giudice, “ basate “ sulla *rilevanza esaustiva* del racconto della persona offesa dal reato, spesso anche costituita parte civile (ciò che “ aggrava “ il quadro).

Dobbiamo attendere la scure della giustizia europea la quale ci dica che que-

²⁸ Così, GUARNIERI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, 13, nonché FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 454, sulla « sovraordinazione del giudice rispetto a tutti gli altri soggetti »; mentre per la sua condizione di (*vergin mind*) quando entra in aula, si rinvia a SCAPARONE, *Procedura penale*, II, Torino, 2017, 104. V. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985, 23: « ‘ ius dicere ‘ equivale a ‘ iudicare ‘ ». V. Cass., Sez. Un., 1 marzo 2011, Testini, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 74 ss, sul « potere di *ius dicere* del giudice ».

²⁹ Così, v. TAORMINA, *Procedura penale*, Torino, 2015, 99, sulla persona offesa. Sul reato « inteso come offesa di un bene giuridico », v., per tutti, PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 100. Per i profili processuali, v., in dottrina, fra gli altri, PENNISI, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Varese, 1997, 790. Sull'atto di querela, da ultimo, v. App. Palermo, Sez. 4, sent. 8 febbraio 2019, n. 717, in *Il Merito*, 2019, n. 6, 65.

sta produzione giudiziaria (che ci auguriamo non venga portata avanti a livelli “ industriali “) è “ fuori controllo “ e contraddice il canone dell’equo processo, sanzionando l’Italia? Si rischia di creare un cortocircuito, così procedendo e per tale settore, quello della forbice tra legislazione e giurisdizione ³⁰, tra il *modello* del c. d. diritto penale minimo e il *modulo* della massima repressione penale alimentata dall’incidenza della prova dichiarativa (quasi) del tutto incondizionata della persona offesa dal reato (anche costituita parte civile) e che, ad oggi, non riceve un freno dal “ comando “ legale inserito all’art. 533 c. p. p., del “ divieto “ di emettere sentenze che non si attengono al paradigma della colpevolezza risultante dimostrata in giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio. Eppure, tale articolo potrebbe riguardarsi quale diretto riflesso proprio del modello del diritto penale minimo che, però, non viene praticato nelle aule di giustizia, residuando quello (al pari di uno strumento selettivo) come astrattamente teorizzato ³¹. I giudici italiani pur di soddisfare le esigenze dell’azione civile - e quindi dell’accusa concorrente, rispetto a quella “ ufficiale “ del pubblico ministero, che altresì, e quale ulteriore ombrello protettivo, può venire in soccorso della parte civile ³², in effetti quale « accusa sussi-

³⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Limiti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, I, Napoli, 1965, 65 ss. si occupa della « differenza tra funzione giurisdizionale e funzione legislativa ».

Da ultimo, v. FERRAJOLI, *La concezione della giurisdizione. Gli insegnamenti di Salvatore Senese*, in *Quest. giust.*, 26 novembre 2019, sulle « fonti di legittimazione della giurisdizione quali condizioni necessarie per dare senso e valore al difficile mestiere di giudice ».

³¹ Sul c. d. diritto penale minimo, v., ad esempio, CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un’alternativa alla “cultura del penale”*, in *Arch. pen.*, Riv. quadr., n. 3, 2018, 633 ss., che si sofferma sulla prospettazione qui sostenuta: « Rileggendo gli scritti di Alessandro Baratta...non si può fare a meno di constatare la distanza...di quell’aspirazione dalla realtà della nostra...magistratura ». Distintamente, per il « diritto penale garante del “ *minimo etico* “ », v. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, XXVII. Richiama il nostro « sistema penale (sanzionatorio) elefantico » SPANGHER, *Il processo penale: 30 anni dopo, attendendo la riforma della prescrizione*, in *Arch. pen.*, 24 novembre 2019. Altresì, v. BORGNA, *Esercizio obbligatorio dell’azione penale nell’era della “pan-penalizzazione”*, in *Quest. giust.*, 31 ottobre 2019, e da Corte cost., 9 novembre 2019, n. 229, in *Giur. pen.*, 26 novembre 2019, proviene un forte richiamo alla finalità rieducativa della pena.

In precedenza, v. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Marinucci e Dolcini)*, in *Il Foro it.*, aprile 2000, 125 ss.; Contributi di FERRAJOLI e FERRUA, in *Diritto penale minimo*, Curi e Palombarini (a cura di), Roma, 2002. D’altra parte, v., da ultimo, CALAZZA, *Ucpi, il diritto penale deve essere liberale oppure non esiste*, in *Guida dir.*, 2019, n. 27, 8 ss.

Sul rapporto tra giudice e legislatore, cfr., in dottrina, BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 1 ss. In tema, v., pure, ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo « La libertà e la legge » di Bruno Leoni*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 253., mentre è Corte cost., sent. 9 novembre 2019, n. 229, in *Giur. pen.*, 26 novembre 2019, che richiamo alla finalità rieducativa della pena.

³² Sussiste la legittimazione del P. M. ad impugnare una decisione che, per effetto di una erronea applicazione della legge processuale, abbia arrecato un pregiudizio concreto ed attuale ai diritti della parte civile (Cass., Sez. II, 20 marzo 2018, S., in *Proc. Pen. e Giust.*, 2019). Sul difetto di legittimazione della

diaria »³³ - affermano quella penale mettendo fra parentesi la *regula iuris*, di garanzia per l'imputato, codificata all'art. 533 c. p. p., di cui non avvertono, evidentemente, nessuna coerenza. Per dare voce alla responsabilità civile, si dichiara quella penale ma *sine necessitate* (la prima attrae a sé quella penale, la seconda quale presupposto della prima), e pure nel caso in cui il querelante-accusatore, sebbene citato, sia rimasto assente in giudizio, con la conseguenza che sarà impossibile esaminarlo e controesaminarlo (art. 498 c. p. p.) per controllare all'interno di un giudizio improntato ad equità (nel rispetto delle garanzie processuali che consentono all'imputato di interloquire sul materiale di causa al fine di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa³⁴),

parte civile, v. Cass., Sez. Un., sent. 7 agosto 2019, Marcis, in *Guida dir.*, 2019, n. 49-50, 76 ss. Altresì, v. Cass, Sez. II, 25 novembre 2019, Pres. Gallo, Rel. Coscioni, *Il patteggiamento e la condanna al pagamento delle spese legali delle parti civili*, in *Dir. Giust.*, 26 novembre 2019 (deve ritenersi ricorribile per cassazione la sentenza nella parte relativa alla condanna alla rifusione delle spese di parte civile). Cfr. R. CALANDRELLI, *Prescrizione del reato o legittimità del ricorso della parte civile?*, su Cass., Sez. Un., 3 luglio 2019, n. 28911, C. Papaleo, in *Proc. pen. Giust.*, 2019 e il *Penalista*, 08 Novembre 2019. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, Sez. X, ord. 17 ottobre 2019, in *Giur. pen.*, 26 novembre 2019, commento FATTA e MORGESE, *Brevi note in tema di costituzione di parte civile nell'ambito di procedimenti per manipolazione del mercato e false comunicazioni sociali*. Cfr. NEGRI, *L'istituto cedente resta parte civile contro ex manager*, in *Quot. Dir.*, 27 novembre 2019, in ordine Cass., sez. V, 26 novembre 2019, Banca Etruria.

³³ AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in Amodio-Dominioni, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 543: « sembra appropriato definire la funzione del privato che è autorizzato a far valere l'interesse alla repressione penale in termini di accusa sussidiaria ». Per il codice Rocco, v. AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Varese, 1983, 319. Recentemente, v. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da Gaito, Marzaduri-Mazza-Dinacci, *I Principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 299, avvertendo che è la stessa « il soggetto a cui l'ordinamento demanda la funzione di perseguire il reato e, dunque, di incarnare anche gli interessi punitivi della vittima ». V. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. Pen.*, 1/2015, 1 ss.

ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, L. Lupària (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, 63 ss., secondo cui « la testimonianza è una delle possibili forme di partecipazione della vittima al processo penale, partecipazione che può assumere aspetti molto diversi ». Altresì, v. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, n. 2, 477; LUPARIA, in riferimento a Bargis-Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017; RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, *ivi*, 16 gennaio 2017.

Sulla vittima risarcita in sede civile dagli aggressori, v. Corte EDU, sez. IV, sent. 13 giugno 2017, n. 960/13.

V. art. 538, comma 1, c. p. p. in ordine alla pronuncia sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, su cui v. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 166: « Il reato...obbliga l'autore alle restituzioni e al risarcimento del danno, come previsto dall'art.185 c. p..La costituzione di parte civile » è « volta a ottenere...la conseguente riparazione nelle forme del risarcimento o della restituzione ».

³⁴Così, testualmente, Cass., Sez. III, 16 ottobre 2019, Spina, in *Guida dir.*, 2019, n. 49, 50, 91.

L. 16 febbraio 1987, n. 81, art. 2, nn. 2) adozione del metodo orale; 3) partecipazione dell'accusa e

del soggetto e del suo racconto, la veridicità, la credibilità, l'attendibilità, la coerenza. In tale evenienza il contraddittorio rimane distintivo³⁵, ed anche i principi di immediatezza e oralità, e volendo tralasciare quello di pubblicità, residuano meri proclami³⁶.

Al riguardo, gli effetti dell'irripetibilità (artt. 431 e 511 c. p. p.) della prova dichiarativa (di fonte testimoniale), per l'assenza in aula del testimone, ricadono sulle spalle della difesa, la quale prende atto che si è formata, con la lettura del verbale in cui quella è stata raccolta, una prova c. d. a carico (assunta nel corso delle indagini preliminari unilateralmente e non con le garanzie dell'incidente probatorio ex art. 392 s. c. p. p.). Così, le indagini preliminari non garantite, attraverso l'inserimento delle letture dibattimentali (artt. 511 s. c. p. p.), possiedono l'ultrattività dei corrispondenti atti³⁷.

della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento; 66) immediatezza e concentrazione del dibattimento; 73) esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori; art. 111, comma 3, Cost. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da Gaito-Marzaduri-Mazza- Dinacci, *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 463 che richiama Corte EDU, 27 marzo 2014, Matysina c. Russia, la sentenza Kostovski, in ordine all'assunzione dibattimentale delle dichiarazioni rese dalla persona offesa nel corso delle indagini: « anche quando la difesa è stata in grado di interrogare un testimone...nella fase delle indagini di polizia, ciò non può sostituire l'esame incrociato di quel testimone...durante il processo davanti al giudice. Si tratta di un elemento importante di un procedimento penale equo...alla presenza del giudice che decide il merito ». Sul dibattimento come sede di dialogo, v. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 146.

In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, Sez. 2, 4 ottobre 2017, *Il merito*, 2018, n.3, 43, che avverte: una sentenza di condanna non può fondarsi unicamente o in misura determinante, su deposizione resa da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né nel dibattimento perché resasi irreperibile a prescindere dalla volontà o meno di sottrarsi all'esame.

³⁵ In dottrina, in tema, v. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Varese, 2016, 274; GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. X, Roma, 2002, 2.

³⁶ ANDREAZZA, *I nuovi assetti del principio di pubblicità del processo*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 611; CONTI, *Le novità in tema di dibattimento*, *ivi*, 2013, 611 ss.; nonché CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 199; ZAPPALÀ, *L'oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, II, *Politica criminale e criminologica. Procedura penale*, Milano, 1991, 287 ss.; C. MORSELLI C., *Immediatezza (soggettiva), oralità e contraddittorio sono garanzie irriducibili nel confronto con il "diritto" a soddisfare in tempi brevi la pretesa risarcitoria della persona offesa-danneggiata. La "prova tramandata"*, in *Giust. pen.*, 2018, III, 147. Da ultimo, v. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, Riv. quadr., 2/2019.

Sul « giudizio dibattimentale...instaurato », v., fra gli altri, DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2018, 752.

³⁷ Sulla « polivalenza delle indagini preliminari », v. D. SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ-DI CHIARA-PATANÈ, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, 2018, a cura di Di Chiara, Patanè, F. Siracusano, Milano, 2018, 409 ss.

Sull'incidente probatorio, v. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Varese, 2012, 547; C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 1990, 32 ss.; SAU, *Incidente probatorio*, in *Enc.*

In tal caso, non siamo sicuri che il P. M. avrà dato la prova della responsabilità per il reato contestato a carico dell'imputato rinviato a giudizio, ciò che risale ad un suo specifico l'onere (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), avendo chiesto di aprire il dibattimento con un solo testimone, il querelante-persona offesa, che già la sensibilità del diritto antico avvertiva come insufficiente (Deuteronomio, 6: « Colui che dovrà morire sarà messo a morte sulla deposizione di due o di tre testimoni. Non potrà essere messo a morte sulla deposizione di un solo testimone »).

Nelle opportuni sedi, gli studi della dottrina dovrebbero approfondire il terreno della rilevanza dell'antisapere della persona offesa, cioè la rilevanza negativa di tale sapere convogliato nella classe dell'inutilizzabilità, dibatterne le questioni per verificarne gli sbocchi, muovendo dalla distinzione delle figure querelante (accusatore)-persona offesa-parte civile e testimone, tenendo presente l'insegnamento secondo cui « la testimonianza è una delle possibili forme di partecipazione della vittima al processo penale »³⁸.

Quale valenza può riconoscersi al soggetto che è “ uno e diventa trino “ è ciò che forma il tessuto di un invalicabile interrogativo. Nel filtro dello statuto epistemologico della prova, quella che richiede specifici controlli, è assai difficile accreditare dignità di prova ad una conoscenza come quella che proviene dalla persona offesa specialmente quando la stessa prende “ parte “ alle sorti del processo costituendosi civilmente.

La normativa interna - si precisa - non ha innestato un congegno di incompatibilità³⁹ sia della persona offesa con l'ufficio del testimone sia avuto ri-

giur. Treccani, Agg. XIV, Roma, 2006, 8 ss.

In merito alla prova dichiarativa, da ultimo, v., ad esempio, Cass., Sez. Un., 2 aprile 2019, Pavan Devis, in *Dir. pen. Giust.*, 2019 e *Guida dir.*, 2019, n. 18, 22.

³⁸ ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, Lupària (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, loc.cit. V. FERRUA, III, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 95. La materia è approfondita da BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir.*, Annali II, t.1, cit., 1097, avvertendo che la nozione di testimonianza « non è definita dal legislatore, che ne presuppone il concetto ».

Per la parte civile che non compare nel giudizio di secondo grado né presenta le conclusioni, v. Cass., sez. VI, 10 settembre 2019, N. M., in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1395.

Sulla testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria, v. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 305, in *Corr. giur.*, 2008, n.10, 1438, e Cass., Sez. IV, 30 maggio 2018, B.R. In dottrina, fra gli altri, v. CESARI, *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, Annali II, t.1, Milano, 2008, 1135, sui « fatti intesi da altri e raccontati da costoro...al testimone che li riferisce ».

Per uno spunto (relativamente al segnalato doppio “ accusatore “: il querelante e il P.M.), v. GERACI, *Le parti accusatrici nel processo penale spagnolo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 3/2019, 798 ss.

Per quanto concerne la richiamata inutilizzabilità, sia *ex ante* che *ex post*, v. Cass., sez. V, 3 ottobre 2019, Barletta, in *Guida dir.*, 2019, n. 49-50, 93.

³⁹ STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima*, cit., 3, nota 11, osserva che « il sistema, così strut-

guardo al fatto che la stessa possa assumere anche il ruolo di parte civile, esercitando una pretesa risarcitoria.

8. Il terreno giurisprudenziale, anche nel suo tratto tautologico dell'argomentazione apparente (controllo della fonte con la stessa fonte)

Sono le parti che fanno affluire al dibattimento il compendio probatorio, come quando il pubblico ministero aziona la leva della richiesta di audizione o esame della persona offesa dal reato (art. 493 c. p. p.) autore, perlopiù, insieme (o in seno) all'atto querelatorio, di un vero e proprio *racconto*. La sua deposizione istruttoria, così, risale tipicamente all'impulso del pubblico ministero e la portata - si badi - è macroscopica, perché la latitudine e la forza espansiva dei relativi risultati possono fondare e giustificare, senza la necessità di altri elementi di supporto, che la riscontrino o la corroborino, una sentenza di condanna. Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale che non può dirsi recente ma che pure recentemente è stato confermato dalla Cassazione, e che si attesta come assolutamente dominante, secondo cui in tema di valutazione della prova testimoniale, le dichiarazioni della persona offesa, sottoposte ad attento controllo di credibilità, possono essere assunte anche da sole, come prova della responsabilità dell'imputato, senza che sia indispensabile applicare le regole probatorie di cui all'art. 192, commi terzo e quarto c. p. p., che richiedono la presenza di riscontri esterni⁴⁰. Si è infatti considerato: « La

turato, rischia, tuttavia, il cortocircuito » (richiamando FUGA, *La testimonianza della vittima da reato*, in *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato. La più recente normativa dell'Unione Europea*, Roma, 2011, 66).

Sulla radice epistemologica, v., per tutti, G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 55.

⁴⁰ V., per tutti, in materia, G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, 355 ss.; M. SCAPARONE, *Le fasi del procedimento probatorio (ricerca della prova, allegazione, ammissione, assunzione, escussione, discussione)*, in *La prova penale (Quad. C. S. M.)*, 1997, n. 98, 84-85.

Per i richiamati riscontri esterni, v. Cass., sez. VI, 3 giugno 2004, Patella, cit., e Trib. Firenze, Sez. 2, 4 ottobre 2017, cit.

Le dichiarazioni della parte offesa possono essere legittimamente poste da sole a base dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della loro credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del racconto. L'indirizzo è oramai consolidato: infatti, per Cass., Sez. III, 10 dicembre 2013, M., in *Mass. Uff.*, n. 4343, « le dichiarazioni della persona offesa, vittima del reato, possono essere assunte, anche da sole, come prova della responsabilità dell'imputato, non necessitando le stesse di riscontri esterni ». *Contra*, parz., Cass., Sez. V, 15 maggio 2013, Calabrese, in *Guida dir.*, 2013, 34-35, 69; Id., Sez. I, 24 giugno 2010, Stefanini, in *Mass. Uff.*, n. 248016, sull'esigenza di procedere al riscontro della testimonianza con altri elementi, affermata per il soggetto che avanzi pretese di carattere civilistico nel processo penale. D'interesse Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, in *Cass. pen.*, 2013, 541; Cass., sez. III, 16 maggio 2014, G., in *Mass. Uff.*, n. 30563.

Corte territoriale ha spiegato che la prova della responsabilità è stata desunta dalle chiare e limpide dichiarazioni rese dalla persona offesa... previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto »⁴¹.

Pure la giurisprudenza di merito si allinea a tale indirizzo, pedissequamente appunto, e con passaggi netti nelle consuete scansioni: in tema di valutazione della prova, la deposizione della persona offesa può essere assunta, anche da sola, come prova della responsabilità dell'imputato, purché sia sottoposta a vaglio positivo circa la sua attendibilità e senza la necessità di applicare regole probatorie di cui agli artt., 192, commi 3 e 4 c. p. p. che richiedono i riscontri esterni. Similmente la giurisprudenza romana - ma con una distinzione per noi importante per quanto riguarda l'identità del testimone - ha stabilito che in tema di valutazione della prova penale, la deposizione della persona offesa dal reato, pur se non può essere equiparata a quella del testimone estraneo, può tuttavia essere anche da sola assunta come fonte di prova della colpevolezza del reo, ove venga sottoposta a un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva e oggettiva di chi l'ha resa, non richiedendosi necessariamente neppure riscontri esterni, quando non sussistano ragioni che inducano a dubitare della sua attendibilità⁴².

Quindi, la prova dichiarativa proveniente dalla persona offesa dal reato gioca un ruolo centrale nei lavori del dibattimento ed incide potentemente e pesantemente sulle sue sorti, sugli esiti finali.

Questo è un risultato che può evidenziarsi e sottoporsi, per la sua gravità, all'attenzione dell'interprete, segnalandolo. Anche la ricorrente precisazione che deve esercitarsi un (preliminare) controllo (o si è esercitato un controllo), di credibilità ed attendibilità, viene eloquentemente relagata e calata nelle strettoie di una proposizione incidentale, indicativa del carattere solo accesso-

⁴¹ V., da ultimo, Cass., Sez. III., 20 marzo 2019, Ma. Ben., in *Guida dir.*, 2019, n. 18, p. 60 (commento di PASCASI, *Non è applicabile la particolare tenuità del fatto*, e sul cui istituto, per esempio, v. COLAMUSSI, *Verso la cancellazione dell'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Proc. pen. Giust.*, 31 ottobre 2019). Altresi, v., specificamente, Cass. sez. III, sent. 9 aprile 2019, 15683, *ivi*, n. 27, 62: ai fini della valutazione della credibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima di violenza sessuale, il giudice non può dar rilievo al suo aspetto fisico, trattandosi di elemento del tutto irrilevante e non decisivo per vagliarne l'attendibilità.

⁴² App. Lecce, 30 luglio 2018, in *Il Merito*, 2019, n. 1, 43. App. Roma, sez. 3, 15 gennaio 2019, *ivi*, 2019, n. 5, 57. In tema di valutazione della prova testimoniale in materia civile, v. App. Potenza, sez. I, sent. 16 maggio 2018, n. 8, *ivi*, n. 3, 11. In materia di condanna penale, v. PADOVANI, *"Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Legislazione prenniale*, Milano, 1987, 39 ss. e, recentemente, DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 53, sulla prospettiva del « giudice della cognizione...per 'testare' la fondatezza dell'accusa...di fronte all'inequivocabile riscontro di tutti gli elementi costitutivi di una responsabilità penale ».

rio dell'inserimento e in termini di mero richiamo, mentre quello dovrebbe essere oggetto ed occupare lo spazio di una autonoma trattazione destinata a reggere e giustificare l'esito della verifica, che, appunto, dovrebbe avvalersi di elementi concreti dimostrativi del carattere personalistico dell'avvenuto scrutinio e applicando parametri generali di riferimento (mai fissati, neppure nelle norme di attuazione del codice, mentre si imporrebbe una sorta di decalogo, una formulazione paradigmatica, per dare oggettività all'esame: per esempio, citando dei quadranti descrittivi, l'aposiopesi o al contrario la spontaneità, la linearità, l'affidabilità, la plausibilità e persuasività del racconto della vittima, la coerenza e la completezza del filo narrativo, la contraddittorietà ed illogicità del profilo espositivo, la fissazione della scena del crimine ricostruita e riscontrata dagli inquirenti e dai magistrati che non dovrebbe ammettere ricostruzioni alternative, la capacità di ritrarre alla memoria i ricordi e di rivisitazione inalterata dell'impalcatura fattuale, la verosimiglianza delle giustificazioni e risposte e la capacità o meno di autocritica, il contegno in aula nonché, più in genere, « i tratti paralinguistici del discorso »⁴³). Residua, così, la traccia di un passaggio solo tautologico e nominalistico al pari di una citazione vuota e addotta *ad colorandum*. Questa, quindi, lascia invariati l'estensione e i confini della materia solo a parole vagliata, dato che il solipsismo della prova si ferma ad una "verifica" dell'unica prova con se stessa usando una inadatta proprietà riflessiva, quando il serio controllo richiederebbe altri termini di paragone *ab externo* e così diventare analisi ellittica e rigorosa.

D'altra parte - a conferma che si tratti solo di un modo di dire, apparente, ricavato dall'immutato repertorio - non si contano decisioni in cui, in epilogo a siffatto "sindacato interno", una prova sia risultata screditata o negativamente considerata. Oppure, si è svolto un rigore d'analisi tutto "di facciata" (della persona offesa, costituita parte civile si badi), poiché (ad esempio) il giudice non solo ha concluso per l'affermazione della penale responsabilità degli imputati (due guardie giurate), ma nemmeno sono state loro riconosciute le attenuanti generiche (per mitigare la pena): in tema di valutazione della prova penale, le dichiarazioni rese dalla vittima del reato, cui la legge conferisce la capacità di testimoniare, possono essere assunte quali fonti di convincimento al pari di ogni altra prova, senza necessità di riscontri esterni;

⁴³ FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità*, cit., 395-396: « I tratti paralinguistici del discorso, così importanti per il controllo sull'attendibilità dei dichiaranti, forniscono all'interrogante utili elementi...Il modo in cui si depono, proprio perché meno padroneggiabile delle espressioni verbali, costituisce un prezioso indice rivelatore, una sorta di linguaggio secondario ».

Sul contegno reticente, v. CICERONE, *Oratio Philippica secunda (Seconda Filippica)*, in *Le Orazioni*, IV, dal 46 al 43 a. C., a cura di Bellardi, Torino, 1983, 291, 34: «... fingere di non sapere nulla ».

tuttavia il giudice non è esentato dal compiere un esame sull'attendibilità intrinseca del dichiarante, che deve essere particolarmente rigoroso quando siano carenti dati obiettivi emergenti dagli atti a conforto dell'assunto della persona offesa⁴⁴.

L'errore più vistoso che può segnalarsi nelle riportate ricostruzioni, oramai consumate e routinarie nonché stancamente riproposte, parte specialmente dalle premesse, ove si trova mimetizzato, le quali tipicamente vengono fissate con l'impiego di una c. d. concessiva (proposizione concessiva esplicita, introdotta dalle note locuzioni congiuntive), ma che rimangono isolate: la deposizione della persona offesa dal reato, pur se non può essere equiparata a quella del testimone estraneo, può tuttavia...⁴⁵.

⁴⁴ V. Trib. Nola, Sez. 3, 22 agosto 2018, in *Il Merito*, 2019, n. 6, 50 ss. (commento PROIETTI e CHIAVOLINI, inaspettatamente del tutto adesivo e completamente acritico, mai seriamente problematico): « All'udienza del 12.6.2017...ammessa la costituzione di parte civile...Venivano poi escussi, la parte civile..le ulteriori persone offese...Nel caso di costituzione di parte civile, poi, attese le pretese economiche vantate dalla parte civile, e, dunque, l'interesse ad una pronuncia di condanna, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso » [in sentenza si condivide un lontano indirizzo giurisprudenziale (Cass., Sez. VI, 20 gennaio 1994, Ma, in *Mass. Cass. pen.*, 1994) secondo cui « La statuizione di condanna si può fondare anche sulla deposizione di un unico teste e pure sulla deposizione della sola persona offesa »]. Ad onta di tali premesse - poi però non articolate in concreto - e nonostante il Trib. di Nola abbia dato atto di qualche « titubanza da parte dei testi del P.M. » (e che ha voluto giustificare con la labilità dei ricordi per il tempo trascorso) ha comunque concluso per la condanna (senza « le generiche », necessarie invece per sgravare la pena: v., ad esempio, App. Roma, Sez. 2, 30 gennaio 2019, *ivi*, n. 5, 64; *contra*, Trib. Nola, 4 gennaio 2019, *ivi*, mentre Ass. Bologna, Sez. 1, sent. 8 febbraio 2019, n. 29, Mi. Ca. *ivi*, n. 4, 45 ha riconosciuto le attenuanti generiche in occasione del noto caso di omicidio riferito alla c. d. « tempesta emotiva, ma lo sconto di pena è stato successivamente negato dalla Cassazione; in tema, v. Cass., Sez. Un., sent. 22 maggio 2019, F. Salerno, in *Guida dir.*, 2019, n. 25, 64) alla pena di dieci mesi di reclusione (e con una palese e censurabile semplificazione sull'elemento soggettivo del reato, ritenendo il Giudice, che vi ha dedicato poco più di un rigo e ad andamento tautologico con conseguente vizio della motivazione, che « la ricorrenza dell'elemento psicologico emerge dalle stesse modalità di commissione dei fatti »: platealmente il Tribunale unifica elemento soggettivo ed elemento oggettivo del reato; diversamente, sempre per la giurisprudenza di merito, v. App. Palermo, Sez. 4, 7 febbraio 2019, *ivi*, 57 che distingue tra elemento soggettivo del reato - che consiste nella coscienza e volontà della condotta - intenti perseguiti dall'agente, del tutto irrilevanti, e motivazioni che stanno alla base del suo comportamento, nonchè i modi di agire; *contra*, nettamente, Trib. Torino, 1° marzo 2019, *ivi*, 58: sotto il profilo soggettivo, sebbene è sufficiente la mera consapevolezza e volontà della falsità, senza che assuma rilievo la finalità di conseguire un beneficio che non compete, il dolo generico, tuttavia, non può essere considerato *in re ipsa* nella dichiarazione falsa, ma deve essere rigorosamente provato; si sofferma sullo scrutinio dell'elemento soggettivo App. Napoli, Sez. 3, 17 gennaio 2019, *ivi*, 44; sul dolo specifico, v. Trib. Frosinone, 22 febbraio 2019, *ivi*, 59; sulla prova del dolo del delitto, v. Trib. Pescara, 24 gennaio 2019, n. 261, *ivi*, n. 5, 62).

⁴⁵ App. Roma, Sez. 3, 15 gennaio 2019, n. 13, cit. V., pure, App. Trento, 2 ottobre 2018, in *Il Merito*, 2019, n. 4, 55: in tema di valutazione della prova penale, le regole dettate dall'art. 192, comma 3, c. p. p., in si applicano alle dichiarazioni rese dalle persone offese, le quali legittimamente da sole possono essere poste a fondamento dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca

Tale premessa dovrebbe avere valore predittivo e saldarsi come tessera con il corrispondente epilogo (invece, risulta dettata come un anacoluto perché *non sequitur*, erroneamente). L'identità della persona offesa (quale soggetto che segue le sorti del processo e il suo andamento e che lo stesso alimenta e concorre a formare), con coerenza e in una logica di pesi e contrappesi, dovrebbe assumere una specifica rilevanza: il relativo racconto richiede, al pari di una ipotesi di reato, la necessità di essere controllato e verificato mediante riscontri esterni al dichiarante che lo convalidino per acquistare il livello e la dignità di prova a carico dell'imputato e ciò proprio per la natura tutta particolare della fonte di prova in discussione - persona offesa ma non testimone, propriamente - in quanto espressione di un interesse personale e di partecipazione al processo. Ad onta della serietà e solidità di tali rilievi, si esclude la necessità di siffatto accertamento esterno e dunque il trattamento ci pare tipico di una matrice narrativa incontrovertibile.

Si reputa sufficiente confrontare o controllare " la fonte " (l'unica disponibile) " con la fonte " (nel repertorio: si controllano, quali adempimenti complementari, attendibilità e credibilità del dichiarante) e ciò - riteniamo - non perché sia metodologicamente corretto, ma in quanto è l'unico *modus procedendi* che permette di tentare di giustificare e " salvare " il mezzo di prova e annettere il racconto alla storia del processo.

Non si prende neppure in considerazione la coerente alternativa - al percorso tautologico - dell'inutilizzabilità di quella sola fonte di prova, l'unica portata in dibattito dal P. M. (quindi una prova " decisiva " o " dirimente ", *ratione numeris*), poiché (si crede che) i relativi riscontri possano escludersi "

ca del suo racconto, che peraltro deve essere ancora più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone.

In tema, da ultimo, v. Cass., sez. III, 20 marzo 2019, Ma. Be., cit., secondo cui le dichiarazioni della vittima di violenza sessuale possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone [si legge in motivazione, ciò che vale anche in via retrospettiva per le decisioni richiamate: « Nel pervenire a tale conclusione, la Corte d'appello si è attenuta ai principi reiteratamente affermati dalla giurisprudenza di legittimità, secondo i quali le regole dettate dall'articolo 192, comma terzo, del codice di procedura penale non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone (Sez. U, n.41461 del 19/07/2012, Bell'Arte ed altri, Rv. 253214)].

Sulla « certezza delle indicazioni testimoniali », v. Cass., Sez. III, 19 marzo 2019, Gentili, in *Guida dir.*, 2019, n. 48, 94 ss.

quando non sussistano ragioni che inducano a dubitare della sua attendibilità “

⁴⁶

Il ragionamento è totalmente viziato, poiché, prima di indagare il piano oggettivo della dichiarazione della persona offesa - e concludere che non bisogna indagare senza emergenze critiche, ciò che è anche errato perché il controllo esterno ha la sua autonomia - il dubbio proviene dalla stessa condizione della persona offesa dichiarante (e spesso già costituita parte civile nel processo penale ove è inserito il dichiarante), sopra posta in luce con i suoi limiti in ordine alla credibilità soggettiva. Le ragioni di dubbio già esistono e sono invalicabili perché ontologicamente intrecciate con l'identità della persona offesa.

Il trattamento operato dalla giurisprudenza non può riservarsi a chi non è testimone in senso proprio, cioè soggetto disinteressato e terzo in ordine al “contenzioso” penale pendente, ma partecipe [su tale base ontologica, l'art. 246 c. p. c. (*Incapacità a testimoniare*) costruisce la sua ferrea barriera preclusiva].

Le ragioni dell'efficientismo giudiziario e il mai dimenticato canone di “non dispersione dei mezzi di prova” inducono al “salvataggio” (o recupero) dell'unica prova in uso nel processo in decisione, trascurando di considerare - o non considerando nel debito conto ovvero non traendo dal postulato il suo corollario - che « in tema di valutazione della prova, nel caso di testimonianza della persona offesa, questa ha sicuramente interesse verso l'esito

⁴⁶ Ancora App. Roma, Sez. 3, sent. 15 gennaio 2019, n. 13, cit. In dottrina, per « un ruolo decisivo viene assunto dalla prova per esclusione dell'esistenza di ipotesi alternative, attraverso la quale si scolpisce il nuovo concetto di probabilità logica che significa certezza processuale al di là del ragionevole dubbio », v. CONTI, Prova scientifica. *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il “discorso sul metodo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 6, 849.

Di recente, sulla tematica dibattuta, specialmente in ordine al principio dettato all'art. 533, comma 1, c. p. p., riferito pure alla c. d. prova scientifica, v. DOMINIONI, *Prova scientifica e regole probatorie del processo penale*, in *Medicina e diritto, L'uso della prova scientifica nel processo penale*, a cura di Cucci - Gennari - Gentilomo, Repubblica di san Marino, 2012, 77 ss.; MURA, *Attuale insostenibilità dell'epistemologia sottesa alla sentenza Franzese*, in *Cass. pen.*, 2017, 3396 ss.; FERRUA, *Presentazione*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Carlizzi - Tuzet, Torino, 2018, 3 ss.; CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019, 152 ss.; BRUSCO, *I poteri della Corte di cassazione in tema di accertamento della validità della prova scientifica: metodo Daubert o metodo Frye?*, in *Foro it.*, 2019, 67 ss.

In appresso, si richiama quanto sostenuto da Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255: « accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale »: così, è indubbio che « il colpo mortale all'impianto originale siano state le sentenze della Corte...con l'affermazione del principio di non dispersione della prova d'accusa...fine del cosiddetto sistema bifasico » (SPANGHER, *Riforma prescrizione, il vero “dominus” del rito penale*, in *Guida dir.*, 2020, n. 1, 8).

del giudizio » (Cass., sez. II, 26 aprile 1994, Ge; conf., Cass., sez. I, 28 febbraio 1992, Si; Cass., sez. V, 30 novembre 1994, Nu).

Per quanto riguarda la persona offesa costituita parte civile e per le criticità che la stessa genera circa l'uso della sua deposizione quale prova piena, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 115 del 1992 (ripresa dalle pronunce n. 374 del 1994 e n. 82 del 2004), le ha avvertite, sottolineando, al tempo stesso, che « la rinuncia al contributo probatorio della parte civile » costituirebbe « un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale », pure la « preminenza dell'interesse pubblico all'accertamento dei reati su quello delle parti alla risoluzione delle liti civili » .

A parte quel riferimento, problematico, alla verità processuale, non si tratterebbe di rinunciare del tutto ai risultati della deposizione della persona offesa (in mancanza, nel nostro sistema, di una norma di sbarramento corrispondente all'art. 246 c. p. c.), ma di ridimensionare notevolmente l'attuale peso riconosciuto dalla giurisprudenza c. d. creativa ⁴⁷ e con l'auspicio per un rapido mutamento dell'orientamento interpretativo (sul filo dell'*overruling*, ma con effetti positivi per la posizione dell'imputato, e quindi « l'*overruling* delle sezioni unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o “ ingiusti ” » ⁴⁸).

⁴⁷ Cfr., per tutti, ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 5 ss., che approfondisce « le implicazioni della creatività del giudice ».

Cfr. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. pen.*, VIII Agg., Torino, 2014, 13 e, in precedenza, CANZIO, *Il processo penale, fra verità e dubbio*, in *Dir. pen. cont.*, 25 novembre 2010. Cfr. l'importante decisione di Cass., Sez. VI, 11 giugno 2019, in *Ventiquattrore Avvocato*, 2019, n. 10, 86, con cui spiega « come non possa essere disposta ex articolo 507 c. p. p. l'escussione della teste...seppure rilevante ai fini della ricostruzione del fatto, laddove il pubblico ministero, nonostante fosse in grado di farlo, non ha esercitato le proprie facoltà processuali di richiederne l'escussione ai sensi dell'articolo 468 c. p. p., di tal che l'esercizio del potere istruttorio ufficioso in tale situazione comporterebbe la supplenza del giudice rispetto all'inerzia negligente della parte processuale, con conseguente perdita della sua imparzialità ».

Sui limiti dell'indagine giudiziaria, v., lucidamente, SCALFATI, *Obiettivi processuali e modelli giudiziari*, in *Manuale di diritto processuale penale*, AA. VV., Torino, 2017, 4, potendo la decisione finale approdare all'accertamento della verosimiglianza dell' « episodio verificatosi in natura ». In giurisprudenza, ancora persistente è il richiamo del fine dell'accertamento della verità (Cass., Sez. Un., 10 ottobre 2019, Bajram).

⁴⁸ V. Cass. civ., Sez. Un., 6 novembre 2014, G.L.P., in *Foro it.*, Rep. 2014, n. 146, la cui decisione è richiamata da CONDORELLI e PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.*, fasc. 4/2018, Obiettivo I. Una giustizia (im)prevedibile?, in merito alla « estensione dell'ambito di operatività del prospective *overruling* ». In dottrina, v. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e *overruling**, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 67, n. 3/2013, 899; GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 435.

Per l'ipotesi in cui, a seguito di una decisione, sia intervenuto un mutamento di giurisprudenza, v. Cass.,

Deve escludersi che il racconto della vittima da solo (quindi una deposizione della P. O. senza riscontri: *contra* Cass., sent. 9 aprile 2019, 15683, cit.) possa esaurire, quindi completamente, le ragioni della colpevolezza (specie se la persona offesa si sia costituita parte civile) ed integrare quelle dell'accertamento valido e sufficiente, per affermarla, invece, al di là di ogni ragionevole dubbio, all'interno di un giudizio motivato dimostrativo della responsabilità dell'accusato⁴⁹.

Anche nel contiguo processo civile si avverte una precisa sensibilità per i temi in questa sede dibattuti, e recentemente si registra una decisione che getta luce sugli stessi, dichiarando la nullità della testimonianza resa da persona incapace, per incompatibile coesistenza, in essa, della qualità di parte, anche virtuale, e di testimone⁵⁰.

9. Revisione della sentenza di condanna

L'opera di riforma del codice di rito penale ha lasciato sostanzialmente invariata la configurazione in esordio dell'istituto della revisione (art. 629 c. p. p.), come regolato dal vecchio codice (artt. 553 c. p. p. abr.), inquadrandolo, nell'ottica del sistema, tra i mezzi d'impugnazione di carattere straordinario, inteso a valicare, limitatamente alle pronunce di condanna, le barriere del giudicato, anche per i decreti penali di condanna, senza limiti di tempo. Rapporto tra giudicato e revisione, dunque, tra certezza e giustizia: « al silenzio costituzionale sulle esigenze di certezza (come su quelle di garanzia) sottese al

Sez. III, 10 aprile 2019, Ric. X, in *Guida dir.*, 2019, n. 27, 73.

⁴⁹ FERRUA, *Giudizio*, in *Leggi penali tra regole e prassi*, Collana diretta da Scalfati e del Tufo, *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 2018, 3: « Caratteristica del giudizio nel processo penale è di essere...motivato ». V. Cass., Sez. III, 9 aprile 2019, cit., commento PESCASI, *La riforma della condanna va ben motivata*. Cfr. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 111; FORTUNA, *Sentenza III) Sentenza penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.

Sulla regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, ai sensi dell'art. 533, comma 1, c. p. p., da ultimo, v. Cass. Sez. III, Sent. 9 aprile 2019, cit.; App. Roma, Sez. 3, sent. 9 maggio 2019, in *Il Merito*, 2019, n. 11, 66-67.

Sulla costituzione di parte civile, v., ad esempio, App. Napoli, Sez. 3, sent. 17 gennaio 2019, in *Il Merito*, 2019, n. 6, 44 ss.

Sul piano dimostrativo della colpevolezza, v. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 83; recentemente, v. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, 2° ed., Torino, 2017, 163.

⁵⁰ Da ultimo, v. Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 2019, in *Guida dir.*, 2019, n. 26, 61. Sul divieto e le limitazioni all'utilizzazione della testimonianza indiretta previsti dal comma 4 dell'art. 195 c. p. p., v. Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2019, in *Studium iuris*, 2019, n. 9, 1090. In dottrina, v., fra gli altri, LA REGINA, *Incompatibilità a testimoniare e regime degli avvisi*, in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, 2018, Roma, 2018, 633 ss.

giudicato fa...da contrappunto il solenne riconoscimento, ex art. 24 cost., del diritto inviolabile alla difesa »⁵¹.

L'art. 630 c. p. p. detta il comma 1 lett. c) « se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631 ».

Al riguardo, si è stabilito che ai fini dell'ammissibilità della richiesta di revisione, una diversa valutazione tecnico-scientifica di elementi fattuali già noti può costituire « prova nuova », ai sensi dell'art. 630, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., quando risulti fondata su nuove metodologie, più raffinate ed evolute idonee a cogliere dati obiettivi nuovi, sulla cui base vengano svolte differenti valutazioni tecniche⁵². Quindi, un nuovo - cioè diverso rispetto al passato - metodo valutativo della prova può giustificare l'attivazione del meccanismo di revisione.

Nel nostro caso si tratterebbe di ritenere, in base ad un nuovo indirizzo interpretativo centrato sulla valutazione della prova e in applicazione dei noti canoni del processo c. d. accusatorio, inutilizzabili i risultati della prova - l'unica prova disponibile - *contra reum* costituita dalla dichiarazione della persona offesa posta a fondamento di una sentenza di condanna, quando non si sia proceduto alla raccolta di elementi esterni di convalida ed integrazione, specialmente nei casi in cui la persona offesa abbia acquistato lo *status* di parte civile e allorché il querelante sebbene citato non sia stato presente nei lavo-

⁵¹ JANNELLI, *Sub art. 629*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiaavario, VI, Torino, 1991, 336; CORDERO, *Sub art. 630*, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 754, nota che « l'attuale formula include i decreti penali: nessuno dubitava che fossero soggetti a revisione ». Sull'istituto v. SPANGHER, *Revisione*, in *Dig. pen.*, XII, Torino, 1991, 131 ss.; G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, 110; MARCHETTI, *La revisione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 927.

Cfr. A. PRESUTTI, *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss. e, specialmente, CORDERO *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1217: « *Rimedio straordinario*. Il codice ne parla nel nono libro...mutuando dal predecessore un assetto topografico equivoco: appello e ricorso sono fenomeni endoprocessuali, da cui dipende l'irrevocabilità; la revisione implica un giudicato e mira a risolverlo. Tipica azione di annullamento ».

Ricordiamo che Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113 dichiara incostituzionale l'art. 630 cit. nella parte in cui non prevede una « riapertura del processo » in costanza di un sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Richiama, tale ipotesi (CEDU), ad esempio, TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2018, 554 ss.

⁵² Cass., Sez. VI, sent. 22 marzo 2017, Sparapano. Specialmente, v. SCALFATI, *L'ammissibilità della revisione e la prova nuova dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 4, 495.

Sul *novum*, v. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 241; ID., *La prova nel giudizio di revisione*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 995; PERONI, *Modelli probatori e nozione di novum nel giudizio di revisione: un rapporto da ridefinire*, in *Cass. pen.*, 1994, 29.

ri dibattimentali⁵³ (all'istruttoria) e sia stato acquisito il verbale delle sue dichiarazioni rese unilateralmente (in altra fase, quella preprocessuale), al di fuori del contraddittorio e quindi della procedura garantita (dell'incidente probatorio). Escludendo dal compendio istruttorio quella prova dichiarativa così inficiata - viziata, prevalentemente, per violazione dei principi del rito accusatorio condotto con il metodo multiplo dell'oralità (il verbale è atto scritto), dell'immediatezza e del contraddittorio, e cristallizzata senza che i diritti difensivi abbiano trovato posto adeguatamente, a causa del consolidato indirizzo interpretativo, da noi richiamato e censurato - l'esito non può che essere il proscioglimento, non essendosi, appunto, superata la barriera del giudizio di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio ex art. 533 c. p. p.

La novità, dunque, che giustifica la revisione - quale sede di " tutela giurisdizionale dei diritti " - sarebbe rappresentata da un diverso modo di valutare la prova acquisita (di sottoporla a rigoroso scrutinio ed attento vaglio), tenendo anche presente che « si tratta, in altre parole, di un rimedio contro il difettoso apprezzamento da parte del giudice del fatto storico-naturalistico: difetto che può emergere per...insufficiente conoscenza degli elementi probatori al momento della decisione (lettera c) » (Corte cost., n. 113 del 2011).

Proprio all'art. 526 c. p. p. è stabilito che « Il giudice non può utilizzare ai fini

⁵³ Oramai è principio più che consolidato: la deposizione della parte offesa può essere assunta, anche da sola, come prova della responsabilità dell'imputato purché sia sottoposta ad indagine positiva circa la sua attendibilità. Infatti, alle dichiarazioni indizianti della persona offesa non è indispensabile applicare le regole di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p. che richiedono la presenza di riscontri esterni. Tuttavia, considerato l'interesse di cui la parte offesa è portatrice, soprattutto quando essa è costituita parte civile, più accurata deve essere la valutazione e più rigorosa la relativa motivazione ai fini del controllo d'attendibilità rispetto al generico vaglio cui vanno sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone (Trib. Frosinone, 22 maggio 2019, in *Il Merito*, 2019, n. 11, 67; conf., App. Roma, Sez. 3, 15 maggio 2019, *ivi*, 68). La prospettiva del ragionevole dubbio può inserirsi anche nella procedura di revisione (v. Cass., Sez. VI, 29 aprile 2013, Moneta Caglio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 521). Secondo Cass., Sez. III, 16 giugno 2013, Z. L., in *Arch. pen.*, 2015, 1 ss.: le prove nuove rilevanti, ex art. 630, co. 1, lett. c), c.p.p., per ritenere ammissibile l'istanza di revisione sono, non solo quelle sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite ma non valutate neanche implicitamente. La revisione della sentenza di condanna è ammessa anche se l'esito del giudizio possa condurre al ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato a causa dell'insufficienza, dell'incertezza e della contraddittorietà delle prove d'accusa, in quanto l'art. 631 c.p.p. esplicitamente richiama tutte le formule assolutorie indicate nell'art. 530 c. p. p., comprese quelle ispirate al canone di garanzia nel *dubbio pro reo* (commento ALESCI, *I confini della prova nuova ai fini della revisione*). In dottrina, v., in particolare, M. PISANI, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1244-1245; FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di Filippi Leonardo, Padova, 2007, 137- 144; CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 52; MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, 357.

della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento » e autorevole dottrina segnala ed avverte (indeclinabilmente) che « gli atti raccolti in modo unilaterale da una delle parti non devono essere conosciuti dal giudice »⁵⁴.

Così, quando il percorso dialettico non può praticarsi (per impossibilità di procurare in aula la presenza del teste), e riguarda, ad esempio, non una testimonianza acquisita attraverso l'incidente probatorio, bensì unilateralmente dalla P. G. o dal P. M., allora quel divario deve essere colmato e, conseguentemente, diventa indispensabile ricreare una situazione di garanzia, escutendo, massimamente, anche altre fonti di prova nel pubblico dibattimento (Cass., Sez. III., 20 marzo 2019, cit.) .

Se il P. M., d'altra parte, nel suo repertorio, non dispone di altre fonti di prova, allora *imputet sibi*, poiché è assai rischioso, se non un vero e proprio un azzardo, aprire il dibattimento con un solo teste non escusso con la procedura incidentale ai sensi degli artt. 392 c. p. p. Quel racconto è divenuto del tutto incontrollabile, mentre la coerenza dell'impostazione impone di soffermarsi ed insistere sull'istanza (epistemologica) della falsificabilità della prova (il dato conoscitivo precedentemente assunto al di fuori delle note garanzie deve rendersi « ostensibile », pubblicamente appunto, nel dibattimento, dando la possibilità alle parti di falsificarlo⁵⁵). Deve darsi all'accusato la possibilità di partecipare al processo, ma, aggiungiamo, deve assicurarsi la pubblica presenza a dibattimento anche dell'accusatore - principalmente, però non solo - per l'adeguato e completo esercizio del contraddittorio.

Rimane attestata, ed anzi confermata, la distinzione in precedenza tracciata, fra credenza e scienza, tra *pistis* (mera persuasione) ed *episteme* (autentica scienza), associabile a *techné*. . Se l'aula di giustizia non può diventare un laboratorio sperimentale, luogo di verifica del sapere acquisito e come lo intendevano i neopositivisti (come, negli anni venti, i membri del « Circolo di Vienna), secondo il principio di verifica:, non è ultroneo, invece, intenderla - se rimane tempio della parola - quale sede di elaborazione rigorosa

⁵⁴ TONINI, *Lineamenti*, cit., 368. Cfr. SCAPARONE, *Procedura penale*, II, cit., 280. Per la recente giurisprudenza, « bisogna procedere all'accertamento del reato...assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio » (Cass., Sez. III, 7 febbraio 2019, Basile, in *Guida dir.*, 2019, n. 18, 66).

⁵⁵ Al riguardo, notoriamente, POPPER, *Verso una teoria evolutivista della conoscenza*, introd. Baldini, Roma, 1994, 31: « I risultati della scienza rimangono ipotesi...verificate...E, in effetti...è...possibile che verifiche future riescano a falsificarle ». Specialmente, v. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, loc.cit., avvertendo che « nelle regole probatorie legali...si riscontra un fondamento che può essere sia epistemologico (o processuale) che politico (o sostanziale) ».

della materia penale e di scrutinio dell'imputazione mediante la c.d. falsificabilità, che, alla Popper, diviene « criterio di demarcazione »⁵⁶.

⁵⁶ Nella metà degli anni trenta, con Popper si registra la transizione dal c. d. principio di verifica a quello di falsificabilità (v. BALDINI, *Introduzione*, in POPPER, *Il gioco della scienza*, Roma, 1997, 11: « il *principio di falsificabilità*...a differenza di quello dei neopositivisti è un criterio di demarcazione e non di significanza. Serve a distinguere ciò che è scientifico da ciò che scintifico non è »). Propriamente, v. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, trad. it. Trinchero, Torino, 1970, 22: « Come criterio di demarcazione non si deve pretendere la *verificabilità*, ma la *falsificabilità* di un sistema ».