QUESITI

MARCELLO L. Busetto

Le contestazioni alla deriva

Il saggio prende le mosse dai recenti orientamenti giurisprudenziali a proposito della regola d'esclusione probatoria delle dichiarazioni impiegate per le contestazioni e registra una tendenza a sminuirne la portata, sia nel caso in cui il teste affermi in dibattimento di non ricordare più i fatti oggetto delle precedenti dichiarazioni, sia nel caso in cui egli renda una deposizione diversa. Tale tendenza viene sottoposta a critica, insistendo sul fondamento costituzionale e sull'importanza sistematica della regola di esclusione, a dispetto dei ricorrenti tentativi di trasformarla in un più blando criterio di prudenza valutativa.

Moving from an analysis of the latest case law on the use of out-of-court statements for challenging the witness at trial, the essay highlights the trend to diminish the scope of the exclusionary rule set by art. 500 c.p.p. both in case of lack of memory and in case of different statements. The author criticizes this trend by stressing the importance and the constitutional grounds of the rule in the Italian system.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Percorsi giurisprudenziali. - 3. Vuoto di memoria e conferma delle precedenti dichiarazioni: un ossimoro inaccettabile. - 4. L'esclusione del precedente difforme: incertezze attuali e perduranti insidie. - 5. Tre notazioni conclusive.

1. Premessa

Due massime di recente apparse sui formulari sembravano chiudere l'annosa questione del valore da attribuire alla deposizione dibattimentale con cui il testimone, sottoposto alle contestazioni secondo l'art. 500 c.p.p., ammetta d'averne in effetti reso le dichiarazioni che gli si contestano: queste ultime possono essere valutate «solo ai fini della credibilità», perciò «mai come elemento di riscontro o come prova dei fatti» allora riferiti agli inquirenti, «neppure quando il dichiarante, nel ritrattarle in dibattimento asserendone la falsità, riconosca di averle rese»; perciò, le dichiarazioni anteriori si potranno considerare come veicolate nel dibattimento solo se siano state «successivamente confermate» in questa sede¹.

Senonché la carica d'ambiguità contenuta nel verbo «confermare» era destinata ad essere sviluppata in direzioni diverse. Un anno non era ancora trascorso dalla pronuncia più recente che la Corte di cassazione ha regolato i conti con chi si fosse avventurato a sostenere che l'unica deposizione realmente confermata in dibattimento fosse quella ripetuta nel contraddittorio e perciò offerta al vaglio dialettico: quando il testimone «manifesti genuina difficoltà di elaborazione del ricordo», ma «afferma la veridicità» delle precedenti dichiarazioni, queste «devono ritenersi confermate e, in quanto tali, possono

¹ Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, Q.H.B., in *Mass. Uff.*, n. 264035; Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, Migliaro, in *Mass. Uff.*, n. 266445.

essere recepite ed utilizzate come se rese direttamente in dibattimento»; corretta, perciò, la sentenza di merito che aveva impiegato come prova la deposizione anteriore in un caso in cui il testimone, «a distanza di due anni e mezzo dal fatto» aveva risposto alle contestazioni con l'espressione: «confermo quanto dichiarato, ripeto, non ho l'immagine nitida ma, se l'ho dichiarato, questo è». Tanto corretta, anzi, che l'opinione diversa, affacciata dal ricorrente, viene giudicata manifestamente infondata: ricorso inammissibile e condanna al pagamento d'una somma alla cassa ammende².

Nel complesso dunque chi si interroghi sull'attuale stato della giurisprudenza a proposito dei profili poc'anzi evocati è costretto a convenire che i due precedenti apparentemente più rigorosi assumono in realtà un significato ben diverso. Lungi dallo sconfessare impieghi largheggianti delle c.d. meta-dichiarazioni³, essi individuano quello che, nel "diritto vivente", sembra essere ormai l'unico caso in cui l'ammissione dibattimentale d'aver reso le dichiarazioni oggetto di contestazione non prelude all'impiego probatorio del narrato predibattimentale: quello in cui il testimone, pur ammettendo d'aver riferito agli inquirenti ciò che gli si contesta, lo smentisca, affermando in dibattimento una cosa diversa; anzi - come si vedrà meglio in seguito - la seconda sentenza, pur massimata in modo identico, sembra addirittura circoscrivere ulteriormente, in un passo della motivazione⁴. Così quella che dovrebbe essere una vera e propria "regola d'oro" del processo di stampo accusatorio voluto dal codice e dalla Costituzione⁵, e che già risulta gravata da non poche eccezioni (a loro volta notoriamente dilatate dalla prassi applicativa⁶), ci appare oggi di per sé molto indebolita, fiaccata, se non proprio svuotata del tutto.

Queste note intendono ripercorrere le trame giurisprudenziali il cui esito è stato ora sommariamente riassunto, per meglio giustificare il senso e la portata della diagnosi testé formulata. Ma l'obiettivo è anche un altro: mettere a nudo i fondali ideologici che stanno facendo da spalla a queste tendenze. In

² Cass., Sez. II, 28 febbraio 2017, Lubine, in *Mass. Uff.*, n. 270091.

³ Il termine viene notoriamente impiegato per indicare la dichiarazione dibattimentale con cui il testimone che «dichiara 'bianco' [...] dichiara di aver dichiarato 'nero' nell'indagine»: è «una sorta di testimonianza indiretta, di racconto nel racconto, la cui peculiarità sta nel fatto che a parlare è sempre la stessa fonte» (FERRUA, *Il "giusto processo"*, III, Bologna, 2012, 146).

⁴ Si allude a Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, Migliaro, cit., su cui v. *infra*, nel § 4.

⁵ L'icastica metafora si deve a FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 11 ss.

⁶ Il riferimento corre soprattutto all'art. 500 co. 4 e 5 c.p.p. per l'ipotesi del c.d. contraddittorio inquinato ed alle tendenze largheggianti a proposito del relativo accertamento (sul punto, rinverremo a BUSETTO, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, 31 ss.; ID., *Il dibattimento penale*, Trento, 2012, 4 ss. e 25 ss.).

effetti, volendo riprendere - a distanza di pochi anni - la calzante metafora con cui venne intitolato un bel convegno ferrarese⁷, le progressive «erosioni» del contraddittorio che la prassi fa registrare non sembrano più neppure troppo «silenziose»; escono anzi sempre più allo scoperto, quasi si nutra la convinzione che sia venuto il tempo in cui le norme (ordinarie e costituzionali) contino tanto poco da poterle accantonare in nome di più fluidi «bilanciamenti» e più «ragionevoli» concessioni alle istanze del potere punitivo⁸.

2. Percorsi giurisprudenziali.

A scanso di equivoci, va premesso che la Corte di cassazione non si è mai spinta (salvo un isolato precedente di cui si dirà fra poco) ad affermare che la semplice ammissione da parte del testimone d'aver reso le dichiarazioni che gli si contestano possa essere usata come prova dei fatti allora riferiti agli inquirenti (né tanto meno che essa possa condurre all'acquisizione del verbale al fascicolo d'udienza, inequivocabilmente vietata dall'attuale testo dell'art. 500 c.p.p.). Tuttavia, proprio l'ambiguo concetto di «conferma dibattimentale» ha offerto il destro alla giurisprudenza per giungere a risultati non troppo distanti. Al riguardo, si è registrata una progressiva espansione, che è utile seguire passo passo.

Il punto d'avvio può essere collocato in un paio di sentenze del 2009: ha valore probatorio la «conferma» delle dichiarazioni rese in fase preliminare, accompagnata dalla «precisazione in seguito a contestazione che [talí dichiarazioni] erano frutto di un più vivido ricordo della vicenda»⁹; *idem* per la deposizione «successivamente confermata», anche se «in termini laconici» (ma dai motivi della pronuncia comprendiamo che tale laconica conferma era stata preceduta da «cautelative premesse di non ricordare i fatti, risalenti a molti anni prima») ¹⁰. Sono spaccati eloquenti di prassi che andavano via via prendendo piede.

⁷ NEGRI, ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017.

⁸ V. *infra* § 4.

⁹ Cass., Sez. I, 14 maggio 2009, Marini, in *Mass. Uff.*, n. 244451. La Corte ritenne illegittima l'acquisizione del verbale delle dichiarazioni anteriori, disposta dal giudice di merito, ma respinse il ricorso affermando, nella motivazione, che quel giudice aveva «recuperato la valenza probatoria della testimonianza valorizzando la circostanza che il teste [avesse] comunque confermato quanto dichiarato in precedenza durante la fase delle indagini preliminari, precisando che quando era stato esaminato aveva un ricordo più fresco della vicenda»; per conseguenza, ciò che aveva determinato il convincimento di colpevolezza consisteva nel «richiamo alle dichiarazioni fatte in precedenza e quali risultate dal verbale di udienza, piuttosto che il verbale acquisito per la contestazione».

¹⁰ Cass., Sez. IV, 9 marzo 2009, Cacchiarelli, in *Mass. Uff.*, n. 244042. A detta del ricorrente s'era trattato anzi di una «sequela di "non ricordo" e simili», d'un testimone che poi si era «limita[to] a confermare gli atti usati per le contestazioni».

Poi arriva l'avallo più esplicito: «la dichiarazione dibattimentale del testimone che il fatto o la circostanza dichiarata nel corso delle indagini, e di cui ha contestazione per non averne avuto ricordo, sono rispondenti al vero, e tanto perché, se così non fosse, non ne avrebbe fatto oggetto di dichiarazioni predibattimentali, è utilizzabile quanto al contenuto relativo alla sussistenza del fatto o circostanza, dato che la risposta alla contestazione per difetto di ricordo ha introdotto in dibattimento quanto già dichiarato in precedenza»¹¹. È una massima dal testo contorto, ma il suo significato è chiaro. E lo è ancor più alla luce del caso concreto: al testimone era stato mostrato il fascicolo fotografico già visionato durante le indagini; a fronte delle sue esitazioni, gli era stato contestato l'anteriore riconoscimento, con il limitato effetto di ottenere da lui l'ammissione di avere allora identificato l'imputato, ma di non essere più in grado di farlo, in ragione del tempo trascorso. Anche questa ammissione viene considerata alla stregua d'una conferma dibattimentale di quanto affermato in precedenza.

Come si vede, questo concetto (conferma dibattimentale) viene dilatato a tal punto da comprendere l'ipotesi in cui il testimone ammetta esplicitamente di non ricordare più i fatti riferiti agli inquirenti e quindi di non essere più in grado di rispondere alle domande, ed aggiunga che le risposte "di allora" corrispondono al vero (ossia al ricordo ora svanito) solo perché altrimenti non le avrebbe date. Si esige dunque qualcosa di più della semplice, "nuda" meta-dichiarazione, ma si tratta, evidentemente, di ben poco.

Per inciso: in questa vicenda le prassi poco ortodosse si sommano, perché è quanto meno discutibile che l'individuazione (art. 361 c.p.p.) sia un atto suscettibile d'essere impiegato per le contestazioni, date le sue innegabili peculiarità; d'altro canto, a rigore, la fase dibattimentale esigerebbe una vera e propria ricognizione, non già espedienti diversi. Ma tutti sappiamo quanto consolidati siano gli orientamenti applicativi a proposito delle ricognizioni "informali", sicché a questo riguardo occorre probabilmente rassegnarsi¹². Eppure l'accoppiata con le conclusioni che stiamo considerando (a proposito delle meta-dichiarazioni e del loro valore) integra una vera e propria miscela esplosiva, sul piano della tutela del contraddittorio¹³.

¹¹ Cass., Sez. II, 13 luglio 2011, Accardi, in *Mass. Uff.*, n. 250913.

¹² Per un'esaustiva panoramica di sintesi su tali orientamenti e sui vari aspetti accennati nel testo, v. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 213 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso e Illuminati, Padova, 2015, 858 s.

¹³ A sua volta, questa specifica conclusione si sta progressivamente consolidando: l'ha ribadita Cass., Sez. V, 25 maggio 2015, Volpini, in *Mass. Uff.*, n. 264969, secondo cui «il riconoscimento fotografico da parte di un testimone che, per il tempo trascorso, non abbia serbato memoria diretta delle sembianze della persona da riconoscere può conseguire comunque un risultato di certezza in esito al richiamo,

In seguito si verifica un colpo basso. Una sentenza si spinge a ritenere che le precedenti dichiarazioni che il testimone ammetta d'aver reso possano essere sempre impiegate come prova, anche quando egli prenda esplicitamente le distanze dal loro contenuto. Infatti il teste, dopo il consueto riconoscimento fotografico in fase preliminare, aveva sostenuto, in dibattimento «di aver visto solo di sfuggita lo sparatore e di aver scelto a caso fra due fotografie sottopostegli dai carabinieri, per immaturità e per togliersi da una situazione apparsagli insostenibile». Nessuna conferma, dunque. Eppure la Corte respinge il ricorso, con argomenti che - a ben vedere - appaiono più frutto d'una aprioristica insofferenza per la regola d'esclusione che non dotati d'una qualsiasi ragionevole base¹⁴.

Proprio in risposta a questo precedente sono venute a collocarsi le due massime già richiamate in apertura. La prima riguarda un caso emblematico: si trattava d'una denuncia sporta dalla vittima che, in seguito, aveva ritrattato, dichiarando apertamente e reiteratamente (in fase preliminare, nell'incidente probatorio, in dibattimento) d'aver detto il falso. E la Corte annulla la condanna, basata sulle prime dichiarazioni: «il fatto che [il] testimone non abbia negato di aver fatto certe dichiarazioni alla polizia limitandosi a chiarire di aver mentito in quella sede, non costituisce “conferma” delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari, ma evidente loro smentita»; altrimenti si dovrebbero «illogicamente considerare “non confermate” le precedenti dichiarazioni solamente laddove il testimone si trincerò dietro la radicale negazione [...] di averle mai rese»¹⁵.

Dunque la Cassazione fa marcia indietro e si ricolloca nei binari più corretti: l'ammissione d'aver reso le precedenti dichiarazioni non può avere di per sé l'effetto di renderne utilizzabili i contenuti probatori. Al tempo stesso però viene ribadita la contrapposizione fra conferma e smentita (delle precedenti dichiarazioni) e la conclusione che, nel primo caso, quell'effetto si verifichi. Ma c'è di più: a ben vedere questa distinzione risulta - alla luce della sentenza

attraverso il meccanismo delle contestazioni, dell'individuazione della persona da riconoscere effettuata senza esitazione nella fase delle indagini».

¹⁴ Cass., Sez. V, 19 dicembre 2012, Di Maio, in *Mass. Uff.*, n. 255185: la conclusione viene argomentata sulla base di una «ragionevole interpretazione» dell'art. 500 c.p.p., perché la contestazione delle dichiarazioni rese nell'indagine «non sarebbe di alcuna utilità» se, una volta stabilita l'inattendibilità della deposizione dibattimentale «non potesse ugualmente torsi conto a fini probatori» del precedente difforme ed anzi ciò darebbe luogo «a un vano dispendio di attività processuale». Come è stato correttamente osservato, «la Suprema Corte ottiene per via ermeneutica l'identico risultato a suo tempo conseguito tramite le sentenze manipolative del giudice delle leggi, evocando anche nel fraseggio quel “principio di non dispersione della prova” allora servito a manomettere il sistema» (NEGRI, ORLANDI, *Peripezie del contraddittorio: dalla caduta fragorosa al muto declino*, in *Le erosioni silenziose*, cit., 8).

¹⁵ Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, Q.H.B., cit.

che stiamo commentando - ancora più incerta: infatti non solo non si chiarisce cosa debba intendersi per «conferma» e quanto possa essere dilatata questa categoria, ma a quella opposta (smentita) viene ricondotta solo una ipotesi molto particolare (affermazione d'aver detto il falso).

E così abbiamo ritrovato una successiva pronuncia che, enunciando l'identica massima, la ha applicata con esiti diametralmente opposti: la Corte ha respinto il ricorso, perché, nel caso sottoposto al suo scrutinio, il giudice di merito aveva «espressamente escluso che la deposizione dell'offesa dovesse intendersi come ritrattazione, inquadrando piuttosto la sua testimonianza come un "maldestro tentativo di ridimensionare l'accaduto"», accompagnato dalla «conferma dibattimentale della dichiarazioni rese nella fase delle indagini»¹⁶. Sono espressioni ambigue, dalle quali non trapela del tutto la specificità della vicenda: dovremo tornarci ancora¹⁷, ma è difficile sottrarsi all'impressione che la Corte dilati ancora di più il concetto di «conferma» dibattimentale, fino a comprendere casi nei quali il testimone finisca appunto per discostarsi dalle dichiarazioni precedenti (un «ridimensionamento»), pur senza negare di averle rese.

Ad ogni modo, lo sbocco dell'itinerario giurisprudenziale è già stato richiamato: le oscillazioni riguardavano la situazione in cui il testimone, pur non disconoscendo la paternità delle precedenti dichiarazioni, affermi in dibattimento cose diverse; quando - per contro - egli dica di non serbare più memoria dei fatti riferiti in fase preliminare, la Corte di cassazione ha avuto buon gioco nel registrare un «indirizzo unanime»; quelle dichiarazioni si devono ritenere «confermate» (e quindi utilizzabili come fossero rese direttamente in dibattimento), sia «quando il teste rimandi al più vivido ricordo dei fatti in occasione delle informazioni rese in fase di indagini», sia «quando si limiti all'affermazione che quanto in precedenza dichiarato risponde al vero», con espressioni del tipo «"se l'ho dichiarato questo è"». Il ricorso in cui si sostenga il contrario va perciò dichiarato inammissibile per infondatezza manifesta¹⁸.

3. Vuoto di memoria e conferma delle precedenti dichiarazioni: un ossimoro inaccettabile

Dunque sono due gli approdi giurisprudenziali, uno - più netto - riguarda la «meta-dichiarazione» del testimone «immemore»; l'altro - più tormentato -

¹⁶ Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, Migliaro, cit.

¹⁷ *Infra*, § 4.

¹⁸ Cass., Sez. II, 28 febbraio 2017, Lubine, cit.

quella del testimone che cambia versione. Nel soppesarli criticamente è utile tenerli distinti.

Incominciando dal primo, va ammesso che una voce certo non sospetta di nostalgie inquisitorie si è da tempo incaricata di una puntualizzazione. Si parte sottolineando con fermezza che la semplice ammissione in dibattimento d'aver reso la dichiarazione oggetto di contestazione (la c.d. meta-dichiarazione, appunto) non possa essere impiegata come prova dei fatti allora dichiarati agli inquirenti, perché ciò significherebbe aggirare la regola d'esclusione contenuta nell'art. 500 co. 2 c.p.p. Ma si soggiunge che, quando il testimone «pur non ricordando direttamente i fatti, rammenti il resoconto che ne ha dato agli organi inquirenti e possa, quindi, confermare di aver reso liberamente e a titolo di verità quella dichiarazione che gli viene contestata», non si può «escludere un uso probatorio del richiamo dibattimentale alla precedente dichiarazione, della cui veridicità il teste in qualche modo si rende garante»; si tratta – si prosegue – di una «ipotesi limite», nella quale, fermo restando che il verbale della precedente dichiarazione non possa «in alcun modo essere acquisito al processo» (l'uso probatorio riguarda, appunto, «il richiamo dibattimentale»), rimarrà comunque «il problema dell'attendibilità», perché «il teste difficilmente sarà in grado di rispondere nel controesame»¹⁹.

Come subito si vede – anche a volerla condividere – si tratta di un'apertura improntata alla massima cautela, ben più circoscritta rispetto alle prassi slabbrate da cui siamo partiti. Innanzi tutto, si pretende che il testimone proclami come vere le sue precedenti affermazioni: quindi in tutti i casi di dichiarazione difforme ogni “recupero” è precluso, senza che si possano dare ulteriori incerti distinguo (come quello basato sul semplice “ridimensionamento”). In secondo luogo, si esige una «esplicita assunzione di responsabilità»: viene così tenuta fuori «la scena più frequente nella pratica dibattimentale», ossia quella del testimone immemore che, «davanti alla lettura della precedente dichiarazione, si limita ad affermare ‘se così ho detto è vero’; infatti, la frase, svolta al condizionale, non può giustificare il recupero in chiave probatoria della precedente dichiarazione», proprio perché il testimone «non se ne assume espressamente la responsabilità»²⁰.

Anche sotto questo profilo, è dunque palese la distanza rispetto agli attuali orientamenti della Corte suprema, che invece considerano alla stregua d'una

¹⁹ FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, 2° ed., Torino, 2017, 163. In precedenza v. già ID., *Il “giusto processo”*, cit., 147, nota 149; e ID., *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della Corte europea*, in questa *Rivista*, 2008, n. 3, 15.

²⁰ FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 162, nota 158.

conferma dibattimentale anche quel genere di locuzioni ('se l'ho detto, questo è')²¹.

Il punto però fa riflettere. Benché animata da comprensibili intenti, la distinzione fra assunzione esplicita di responsabilità e semplice affermazione condizionale circa la verità dei fatti si rivela a sua volta labile e incerta. A ben vedere l'assunzione di responsabilità manca del tutto solo quando il teste si trincerò dietro un improbabile 'non ricordo se ricordavo': ogni altra ipotesi sembra piuttosto collocarsi su di una incerta scala ascendente, nella quale anche la frase 'se l'ho detto, questo è' rappresenta pur sempre un gradino più elevato, per quanto "minimo". Questi rilievi conducono al profilo più critico, per lo meno all'atto pratico: quando mai il testimone, debitamente incalzato, negherà d'aver detto il vero agli inquirenti? Semmai si consolidasse la distinzione di cui stiamo discutendo (e si ritenesse che la semplice "affermazione condizionale" non basti) non rischierebbe comunque d'essere un gioco da ragazzi per l'interrogante ottenere quel piccolo *quid pluris* (ricordo "davvero" che allora ricordavo)? E che resterebbe a chi contro-esamina? Quali armi, quali espedienti per minare la credibilità d'una dichiarazione del genere? L'opinione qui discussa ribalta il discorso, s'è visto: proprio perché il testimone, non ricordando i fatti, non potrebbe supportare adeguatamente la sua pretesa d'essere creduto, questa ben difficilmente uscirebbe indenne dall'escussione incrociata. Eppure, una volta che si proietti la questione sul piano esclusivo del giudizio di attendibilità, si finisce per approdare ad un terreno - quello della valutazione della prova - notoriamente infido, che non consentirebbe ad esempio di escludere che la dichiarazione di cui il testimone - pur immemore - attesta la veridicità possa essere impiegata come riscontro di altre prove che "da sole" non basterebbero²².

Ad ogni modo, resta un rilievo: anche seguendo questa impostazione, i rischi di automatici "sdoganamenti", sul piano dell'utilizzabilità, della deposizione anteriore del testimone che afferma di non ricordare più i fatti restano troppo alti. Ciò rappresenta una ragione ulteriore che milita per l'opinione più rigorosa, che non fa concessioni al divieto di recuperare il precedente narrativo attraverso il suo richiamo dibattimentale²³. A ben vedere infatti, anche nel caso che stiamo considerando, ciò che il testimone proclama come vero non sono i fatti rilevanti per il processo (che egli non ricorda), ma solo la dichiara-

²¹ Cass., Sez. II, 28 febbraio 2017, Lubine, cit.; Cass., Sez. II, 13 luglio 2011, Accardi, cit.

²² Ciò che resta fermo è che «difficilmente il giudice potrà ritenere raggiunta la prova sulla base della sola meta-dichiarazione» (FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 15).

²³ CORDERO, *Procedura penale*, 9^o ed., Milano, 2012, 718.

zione con cui li riferì alla polizia giudiziaria²⁴; ebbene, stabilire se una certa dichiarazione è vera o falsa interessa nella misura in cui si tratti d'una dichiarazione utilizzabile; se non lo è, il divieto probatorio che costituisce la fonte di tale inutilizzabilità relega nell'irrelevanza ogni valutazione del genere. Ne segue che la risposta dibattimentale del testimone immemore che attesti la veridicità del precedente narrato non solo rimarrebbe coperta dal divieto d'uso *ex art. 500 co. 2 c.p.p.* ma, ancor più radicalmente, sarebbe inibito stimolarla con domande che vadano in quella direzione (*artt. 187 e 499 co. 6 c.p.p.*): la contestazione può servire da pungolo alla memoria (e già si tratta di approdo non scontato, per quanto invalso²⁵), ma - fallito che sia questo obiettivo - ogni domanda che pretenda di andar più a fondo sull'atteggiamento psicologico del teste al tempo della dichiarazione dovrebbe essere inibita dal presidente del collegio.

Consideriamo infine un ultimo spunto. Talvolta si mette capo a una partizione elaborata dalle Sezioni unite a proposito della consultazione di documenti "in aiuto alla memoria" (*artt. 499 co. 5 e 514 co. 2 c.p.p.*). Si sa che il Supremo collegio ha tenuto distinte due ipotesi: quando le dichiarazioni abbiano per oggetto un «accertamento "storico"» caratterizzato da «uno svolgimento in fasi che restano vive nella memoria (ad es. una rapina)» e che «rendono il fatto complessivo in qualche modo unico e comunque diverso da altri fatti del genere», «la consultazione (legittima) consisterà in un più o meno rapido esame degli atti compilati», dopo la quale, se il teste non è in grado di ricordare autonomamente, «verrà meno il mezzo di prova». Quando invece si tratti di «riferire su fatti che implicano dati numerici "anonimi" - a volte addirittura in serie interminabili - la consultazione in aiuto della memoria non può realizzarsi altrimenti che attraverso la lettura dei dati risultanti dai documenti redatti dal teste», che vengono così "incorporati" nella deposizione dibattimentale²⁶. Ebbene, un filone di pensiero estende questo distinguo al campo delle contestazioni: quando il testimone dichiara di non ricordare *in toto* le

²⁴ POTETTI, *Le contestazioni al testimone reticente o che non ricorda*, in *Cass. pen.*, 2003, 2617: «il teste immemore [...] dichiara che tra i fatti realmente accaduti e quelli riferiti alla polizia giudiziaria vi è identità; ma non dice (perché non lo ricorda) ciò che interessa al processo, e cioè quali siano questi fatti».

²⁵ Sul dibattito a questo riguardo, v. FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Padova, 2005, 151 ss.

²⁶ Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2898: la Corte si spinse a ritenere che il documento impiegato per la lettura integrale dei dati numerici potesse essere acquisito - esso medesimo, direttamente - al fascicolo dibattimentale. Quest'ultima implicazione è per lo più criticata dalla dottrina (BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, 243; CASIRAGHI, *La prova dichiarativa. Testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Torino, 2011, 456), che tuttavia spesso concorda sulla distinzione di partenza (BARGIS, *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. - Ann. II*, Milano, 2009, 1128; PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, 217).

circostanze rilevanti che gli vengono contestate, neppure l'affermazione d'averle riferite veridicamente nell'indagine, servirebbe a renderle utilizzabili; se tuttavia questa situazione riguardasse solo, appunto, dati numerici anonimi, la meta-dichiarazione avrebbe simile effetto taumaturgico: infatti, per questi ultimi «l'introduzione nel contraddittorio dibattimentale non può realizzarsi altrimenti che attraverso il richiamo *per relationem* alle precedenti dichiarazioni oggetto di contestazione» in forza della «massima d'esperienza (mutuata dalla scienza medica) relativa ai limiti insuperabili della memoria a breve termine»²⁷.

Anche se volessimo trascurare l'ardita estensione d'una regola riferita a documenti redatti dallo stesso testimone ai verbali compilati in sede investigativa dagli inquirenti²⁸, resterebbero comunque perplessità non troppo diverse da quelle prima formulate in termini più generali. Innanzi tutto, si tratta di concessioni troppo rischiose, bastate su distinzioni troppo fragili e aleatorie (che cosa integra un «dato numerico anonimo» e quanto può essere dilatata la categoria? E quanta parte del «fatto storico» si dovrebbe esigere che il testimone ricordi per poter «recuperare» i dettagli invece scomparsi dalla sua mente?)²⁹.

In secondo luogo e per quanto ora più direttamente rileva, pure le cadenze argomentative che stiamo considerando obliterano l'aspetto essenziale: la dichiarazione con cui si riferisce un dato, foss'anche il più minuto, traendolo non già dalla propria diretta memoria, ma da quanto risulta dal verbale della precedente deposizione, non è certo formata nel contraddittorio. O meglio: l'unica dichiarazione che si offre al vaglio dialettico attiene – anche qui – alla circostanza che il testimone fosse convinto “allora” di dire il vero, che avesse una memoria più fresca, che il particolare adesso impossibile da ricordare a quel tempo fosse ben impresso nella sua mente; tutte circostanze irrilevanti,

²⁷ FANULI, *Il “vuoto di memoria” nella prova dichiarativa (scenari psicologici e rimedi giuridici)*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 390-391.

²⁸ Secondo FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, p. 153, l'art. 499 co. 5 c.p.p. sarebbe direttamente applicabile perché l'espressione «documenti da lui redatti» andrebbe interpretata in modo da comprendere anche i documenti «che egli ha contribuito a far redigere», ivi inclusi i verbali «da lui sottoscritti quando è stato sentito in qualità di persona informata sui fatti». Pur nel contesto d'una lettura incline a ritenere invece vietata in radice la contestazione al testimone immemore, questa conclusione pare ancora più azzardata di quella che la giurisprudenza ricava dall'art. 514 co. 2 c.p.p., quando ammette che il poliziotto, sentito come testimone, possa usare in aiuto alla memoria anche i verbali redatti da altri colleghi, purché egli abbia partecipato all'operazione che vi è documentata (v. *ex plurimis* Cass., Sez. II, 1 aprile 1999, Ventrice, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 842; Cass., Sez. III, 25 febbraio 2009, Gallo, in *Cass. pen.*, 2011, 1159).

²⁹ Per una recente panoramica del dibattito successivo alla pronunzia delle Sezioni unite, v. NICOLICCHIA, *Irripetibilità originaria degli atti e c.d. lettura in aiuto alla memoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 226 ss.

se la dichiarazione da cui viene attinto il ricordo ora svanito è una dichiarazione inutilizzabile (proprio perché formata fuori dal contraddittorio). E la conclusione non cambia a seconda dell'oggetto: quand'anche si possa condividere l'incerta distinzione abbozzata dalle Sezioni unite - ed essa regga nella pratica - riferire un numero leggendolo, non vuol dire ricordarlo (e offrirne perciò il ricordo al fuoco del contraddittorio). Infatti l'argomento "vero" su cui si reggono le conclusioni qui criticate è altro: sarebbe impossibile ricordare "altrimenti". Ma proprio questo argomento serve a spostare il problema e collocarlo nel terreno suo proprio, ossia quello delle deroghe alla formazione dialettica della prova. Ammesso che il vuoto di memoria su particolari minuti possa essere inquadrato come «accertata impossibilità di natura oggettiva» (art. 111 co. 5 Cost.)³⁰, occorrerebbe poi una norma, nella legislazione ordinaria, che autorizzi espressamente lo strappo alla formazione dialettica della prova. Tale non è l'art. 500 c.p.p. e - per parte sua - l'art. 512 c.p.p., a ritenerlo applicabile³¹, richiederebbe quella condizione in più (l'imprevedibilità), che ben difficilmente potrebbe ricorrere, proprio perché i dati anonimi si sa già in anticipo che potranno essere facilmente dimenticati³².

È tempo di tornare al filo conduttore. A tutto voler concedere il quadro costituzionale consentirebbe semmai di valorizzare in chiave probatoria la precedente deposizione del testimone immemore solo in ipotesi circoscritte, isolate (per l'appunto quelle in cui il ricordo sia oggettivamente impossibile). Per questa ragione, gli indistinti indirizzi giurisprudenziali che oggi giungono a conclusioni del genere in modo generalizzato, per ogni ipotesi di "conferma dibattimentale" (pur senza ricordo diretto) delle dichiarazioni anteriori, si

³⁰ L'opinione prevalente - si sa - è di segno negativo, a meno che il difetto di memoria non sia attribuibile ad una causa patologica: Corte cost., ordinanza 375 del 2001. C'è poi chi esclude radicalmente l'irripetibilità sopravvenuta dalla previsione dell'art. 111 co. 5 Cost. (UBERTIS, *Giusto processo*, in *Enc. dir. - Ann. II*, Milano, 2009, 440). In prospettiva critica, va invece richiamata l'opinione di MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 661 s., il quale sottolinea che, una volta compiuto il passo (ritenuto discutibile) di assimilare, nell'ambito dell'art. 111 co. 5 Cost., irripetibilità "originaria" e "sopravvenuta", i confini della clausola restano incerti e si dovrebbe probabilmente concludere che «anche l'amnesia non patologica, qualora fosse reale ed accertata, impedirebbe oggettivamente il compimento dell'atto dibattimentale».

³¹ In questa direzione, pur cautamente, NICOLICCHIA, *Irripetibilità originaria degli atti*, cit., p. 234.

³² Tutt'al più, si potrebbe ritenere che la base legale della deroga alla formazione dialettica della prova, in caso di vuoto di memoria su particolari minuti, stia *proprio e solo* nell'art. 514 co. 2 c.p.p., come interpretato dalle Sezioni unite nella sentenza "Panigoni": ciò tuttavia servirebbe a sottolineare il carattere eccezionale di tale previsione, la quale perciò dovrebbe a rigore rimanere confinata alla deposizione del poliziotto in ordine alle attività da lui stesso compiute nel corso dell'indagine, e non estesa all'esame del testimone "comune" sulle circostanze *illo tempore* riferite agli inquirenti (come talvolta si fa, basandosi su una improbabile lettura estensiva dell'art. 499 co. 5 c.p.p.: *supra*, nota 28).

pongono in radicale contrasto con la fonte sovra-ordinata. Per parte sua, il modo perentorio e sbrigativo con cui le sentenze più recenti hanno liquidato la questione, sfociato addirittura in declaratorie d'inammissibilità per manifesta infondatezza dei ricorsi, lungi dal chiudere ogni discorso, dovrebbe rappresentare piuttosto la premessa per considerare formato quel "diritto vivente" sulla cui base chiedere l'intervento della Consulta.

Eppure, la temperie ideologica e culturale pare muoversi in tutt'altre direzioni. Ma su ciò torneremo alla fine.

4. L'esclusione del precedente difforme: incertezze attuali e perduranti insidie.

Spostando l'attenzione all'altro caso (deposizione dibattimentale diversa) s'è detto che qui la regola d'esclusione probatoria mostra una migliore capacità di resistenza. Si tratta però d'un traguardo fragile, che certo non si può dire guadagnato saldamente. Osservavamo che una sentenza l'aveva colata a picco³³. Ora sembra essersi risollezata, negli orientamenti della cassazione. Ma i rischi incombono, su due versanti.

Uno è quello delle prassi che potrebbero nascondersi dietro alle massime che oggi sono tornate a circolare. L'ammissione d'aver reso una certa dichiarazione non la rende utilizzabile in dibattimento, se è accompagnata dalla sua smentita, cioè appunto da una deposizione in tutto o in parte diversa, nonostante le contestazioni: solo la conferma dibattimentale della versione precedente schiude la via al recupero dei contenuti anteriori. Questo è l'approdo della giurisprudenza più recente³⁴. Tuttavia, l'abnorme dilatazione che subisce il concetto di "conferma dibattimentale" (esteso fino a comprendere il richiamo *per relationem* ad opera del testimone immemore) si riflette pure in questo ambito rendendo il confine opaco e sfumato: e così abbiamo incontrato la sentenza - già in precedenza richiamata - che ha ritenuto corretta la decisione di merito che aveva qualificato come "conferma", un «maldestro tentativo di ridimensionamento»³⁵. È ora di chiedersi più da vicino che cosa significhi questa espressione. Le possibilità sono due. O si era trattato di un tentativo di ritrattazione, abortito in un riallineamento alle anteriori dichiarazioni accusatorie per effetto delle contestazioni. Oppure quel che il testimone non era riuscito a fare era convincere il giudice della veridicità del nuovo racconto, inducendolo a ritenere più convincente la deposizione contenuta nel verbale,

³³ Cass., Sez. V, 19 dicembre 2012, Di Maio, cit.

³⁴ Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, Q.H.B., cit.

³⁵ Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, Migliaro, cit.

che pure il testimone stesso non negava d'aver reso. Ebbene, dalla motivazione non trapelano a sufficienza i tratti del caso concreto, eppure, se le cose fossero andate davvero nel primo senso, stupirebbe non trovarlo scritto chiaro e tondo, con prosa meno ambigua e sfuggente³⁶. Perciò, paiono confermate le perplessità avanzate fin dall'inizio e la sensazione che la Corte abbia di fatto nuovamente avallato una violazione del divieto probatorio relativo al "precedente difforme". Dietro a una massima dal tenore opposto probabilmente si cela la stessa deriva che era stata sancita in modo palese dalla decisione di qualche anno prima³⁷.

Al fianco di queste considerazioni si colloca un altro fattore di rischio, che pare per molti versi ancora più preoccupante. Riguarda il fondamento costituzionale della regola d'esclusione probatoria. Ricordiamo tutti la teoria della c.d. prova complessa che venne avanzata all'indomani della riforma del 1999, per negare che il concetto di prova formata nel contraddittorio (art. 111 co. 4 Cost.) escludesse le dichiarazioni impiegate per le contestazioni, poiché queste ultime - evocate nel dibattito - si mescolerebbero a quelle rese oralmente, formando una sorta di tutt'uno³⁸. Sappiamo che questa impostazione subito si scontrò con le robuste obiezioni della dottrina maggioritaria, non dimentica degli identici attacchi che - in un passato meno recente - aveva subito il progetto (allora soltanto in gestazione) del modello accusatorio³⁹. Una dichiarazione resa fuori dal contraddittorio - si volle ribadire - resta tale an-

³⁶ La Corte censura la motivazione della sentenza di merito in cui il giudice aveva affermato che «le contestazioni in quanto oggetto di contraddittorio orale tra le parti entrano a pieno titolo nella formazione della prova in dibattimento» (anche questo pare un dato significativo rispetto ai caratteri del caso concreto); eppure prosegue: «malgrado tale affermazione illegittima, la sentenza non merita di essere annullata», perché i giudici di merito si sono limitati a valutare la deposizione dibattimentale «ritenendo poco "credibile" il tentativo di ridimensionamento emerso, anche tenuto conto della conferma dibattimentale delle dichiarazioni rese nelle indagini [...] e degli altri elementi di prova emersi nel corso della progressione processuale»; in tal senso «la Corte territoriale ha [...] osteso il percorso valutativo relativo all'apprezzamento della testimonianza censurata, valorizzando l'atteggiamento dibattimentale della testimone nei confronti delle contestazioni, ed escludendo che si verta in un caso di ritrattazione» (Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, Migliaro, cit.).

³⁷ Si allude ancora una volta a Cass., Sez. V, 19 dicembre 2012, Di Maio, cit.

³⁸ Cfr., pur con accenti vari, CONTI, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. - Agg. V*, Milano, 2001, 637 ss.; GREVI, *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio per la prova e limiti del diritto al silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001, 89 ss.; TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 38 ss.

³⁹ Cfr. SCELLA, *Contestazioni al testimone e riforma del processo penale: brevi osservazioni su un ricorrente equivoco*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di Negri e Pifferi, Milano, 2011, 133 ss., il quale evoca assai opportunamente il dibattito del celebre convegno svoltosi a Lecce e Bellagio nel 1964.

che se viene contestata in dibattimento⁴⁰; né l'ammissione d'averla resa - s'è visto - muta la sua natura.

È poi noto che la Corte costituzionale ha preso posizione, riconoscendo che il divieto d'uso del "precedente difforme" integra un corollario del principio dell'art. 111 co. 4 Cost.⁴¹. Ma ciò non è valso a chiudere ogni discorso. Anche i percorsi successivi - in realtà - sono ben conosciuti, perché si collegano ai più incisivi ruoli progressivamente acquisiti dalle "fonti europee". Queste ultime furono subito individuate come potenziale «insidia», perché ne sarebbe potuta venire «nuova linfa», anzi «nuovi pretesti», per la lettura restrittiva del contraddittorio⁴². Infatti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani s'accontenta d'un contraddittorio c.d. differito, sulla fonte, non sull'elemento di prova⁴³, e dunque legittima l'uso probatorio del "precedente difforme"⁴⁴. Perciò - fermo restando che nessuno si sarebbe mai sognato di chiedere la testa del nuovo art. 500 c.p.p. alla Corte costituzionale, che s'era già rifiutata di farlo - si temette che potessero prendere piede soluzioni interpretative volte ad uniformare il regime delle contestazioni all'indirizzo della Corte di Strasburgo, insistendo sul rischio che l'Italia si ritrovi isolata dal contesto europeo; e si paventò che - alla fine - queste tendenze potessero finire per far breccia presso la Corte costituzionale, inducendola ad una parziale marcia indietro, ossia ad affermare che la Costituzione «permett[a] ma non impon[ga] l'irrelevanza probatoria delle contestazioni», lasciando così campo libero a interventi legislativi (o indirizzi giurisprudenziali), che potrebbero compiere «nel nome dell'Europa, quella svolta inquisitoria che gli avversari del contraddittorio non hanno smesso di sognare»⁴⁵.

Ebbene, questa "insidia" è via via cresciuta di livello, s'è fatta più forte. Spicca, al riguardo, un recente contributo, nel quale gli argomenti consueti vengono esposti con particolare estensione e complessità d'analisi⁴⁶. L'assetto normativo contenuto nell'art. 500 c.p.p. - si afferma - «non può essere valutato esclusivamente attraverso un confronto [con] i principi costituzionalizzati nell'art.

⁴⁰ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 715 ss.; SCILLA, *Contestazioni al testimone*, cit., 140 ss.

⁴¹ Corte cost., sentenza n. 32 del 2002; ordinanza n. 36 del 2002; ordinanza n. 293 del 2002.

⁴² FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 199.

⁴³ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, 4° ed., Milano, 2017, 204 ss.

⁴⁴ Corte EDU., 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta.

⁴⁵ FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 199, in polemica con le posizioni espresse specialmente da KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, 9.

⁴⁶ RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale. Un'analisi critica della disciplina italiana in prospettiva interdisciplinare e nell'ottica del diritto comparato*, in www.la legislazione penale.eu, 9 febbraio 2017, 1 ss. Le citazioni seguenti sono tratte dalle pagine 14-15, 19, 22-28.

111», ossia con «una singola, seppur fondamentale previsione», ma va considerato alla luce del «complessivo modello di tutela dei diritti fondamentali», caratterizzato da «tensioni e bilanciamenti», e dall'esigenza che il sistema italiano di giustizia penale «conviv[a] e adeguatamente funzion[i ...] all'interno del contesto culturale e giuridico europeo nel quale è inserito».

Sotto questo profilo, si invoca «una visione del giusto processo che contemper[i] i diritti partecipativi dell'imputato con l'esigenza, ampiamente segnalata dalla giurisprudenza di Strasburgo, di tutelare interessi altrettanto degni di protezione pattizia di altri soggetti processuali, quali le vittime e i testimoni»; si sfocia così nell'osservare che la «normativa interna» appare invece eccessivamente «*accused centered*», dimentica di «guardare anche [...] alle ripercussioni della contestazione, impiantata su un sistema caratterizzato dalla *cross examination*, sul dichiarante e sulle persone a lui più vicine». Su queste basi, gli indirizzi della Corte europea, prima richiamati, che non censurano l'uso probatorio del «precedente difforme», vengono indicati come frutto non già d'una visione riduttiva del contraddittorio rispetto ai nostri canoni costituzionali, ma d'un opportuno «sposta[re ...] l'accento» dalla sorte delle dichiarazioni predibattimentali difformi alla circostanza che al teste⁴⁷ sia stata assicurata un'occasione *fair* di *undermine the probative value of that statement*: una «indicazione metodologica» – quest'ultima – che dovrebbe spingere – sul piano interno – a «soluzioni meno astratte rispetto alla radicale inutilizzabilità della dichiarazione predibattimentale».

Sul fronte della «piccola Europa» ritroviamo poi analoghe invocazioni ad un baricentro spostato, per via di più «delicati bilanciamenti fra interessi confliggenti», ai quali «ogni sistema di giustizia penale *fair*» non si può sottrarre, «invocando orgogliosamente un'identità nazionale che rischia di creare pericolose nicchie d'impunità specie per forme di criminalità organizzata operanti su base transnazionale»; anche per questo motivo – si prosegue – occorre sottoporre ad una «attenta riflessione critica» l'opzione per «rigide regole di esclusione» rispetto a «più flessibili meccanismi di valutazione delle informazioni probatorie non assunte in giudizio».

Infine, la prospettiva del diritto comparato: quella regola d'esclusione – si soggiunge – affonda le sue radici in sistemi e culture troppo diversi da poterla trapiantare con coerenza nel nostro; d'altra parte, gli stessi ordinamenti di

⁴⁷ Il riferimento al testimone e non già all'imputato non pare una svista: in molti luoghi del saggio l'esigenza di *fairness* del confronto dibattimentale viene riferita appunto al testimone (vanno considerate «le ripercussioni della contestazione [...] sul dichiarante e sulle persone a lui più vicine» (p. 28) o all'accusatore (occorre una «contestazione *fair* [...] sia rispetto all'accusatore sia rispetto all'accusato» (p. 30)

common law che la partorirono stanno ora molto ridimensionandola e spostandosi a loro volta verso più tenui criteri di valutazione. In uno scenario in cui il diritto comparato non può essere più considerato «un punto esterno di valutazione», a fini «storic[i] e speculativ[i]», ma innesca una «esigenza di giustificazione della disciplina nazionale» specie «all'interno dello spazio giuridico europeo» e della «fruttuosa cooperazione», vanno evitati «pericolosi abbassamenti di tutela su base nazionale», con «regole processuali estranee alla cultura investigativa e giudiziaria degli Stati membri».

Di qui le conclusioni: «c'è da dubitare che l'attuale assetto normativo [...] rispecchi[...] soluzioni costituzionalmente adeguate alla luce di una considerazione complessiva del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali e [...] nella prospettiva del diritto comparato [...] e del] confronto col diritto dell'Unione europea e la giurisprudenza di Strasburgo». Perciò si dovrebbe tornare ad un congegno in cui il mantenimento della regola generale dell'uso euristico della contestazione si accompagnasse al riconoscimento, in capo al “precedente difforme” di «una valore, quanto alla prova del fatto, non destinato a rimanere radicalmente pari a zero»⁴⁸. In sostanza, una soluzione non distante a quella invalsa nel 1992, a seguito del decreto Scotti-Martelli⁴⁹.

Tornando al filo del discorso che stiamo svolgendo, si fa presto a tirare le somme. Impostazioni del genere potrebbero rappresentare un fertile *humus* per indirizzi giurisprudenziali che volessero spingersi ancor più in là di quanto sia già avvenuto, sicché l'approdo che abbiamo registrato all'inizio del paragrafo, già non privo d'incertezze a proposito della sua esatta consistenza, potrebbe arretrare ulteriormente. Dal canto suo, l'attribuzione d'un valore probatorio alle c.d. meta-dichiarazioni potrebbe offrire il destro alla Corte costituzionale – qualora venisse chiamata a interloquire – per avallare lo strappo al contraddittorio senza dar l'impressione di entrare in rotta di collisione con la sua precedente giurisprudenza: ferma restando la base costituzionale del divieto probatorio, esso non rileva – potrebbe rispondere la Corte – quando il testimone ammetta, nel dibattimento, d'aver effettivamente reso le precedenti dichiarazioni.

Nel complesso, il pessimismo è d'obbligo.

5. Tre notazioni conclusive.

La prima, rapidissima. Se l'epilogo fosse quello immaginato poco fa, la Con-

⁴⁸ RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, cit., 28.

⁴⁹ Si allude al testo dell'art. 500 co. 4 c.p.p. risultante dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, che notoriamente consentiva l'uso probatorio del “precedente difforme” in presenza di «altri elementi di prova che ne conferma[ssero] l'attendibilità».

sulta - a dispetto delle apparenze - finirebbe davvero col rinnegare l'indirizzo che tutti salutammo con grande apprezzamento⁵⁰: va infatti ribadito che la valorizzazione in chiave probatoria della meta-dichiarazione integra - a sua volta - una violazione del divieto posto dall'art. 500 c.p.p., sicché ritenerla consentita equivale a negare l'esistenza di quel divieto. Ne segue che se davvero la Corte vorrà tenere la barra dritta e conservare coerenza rispetto agli indirizzi anteriori dovrà rifiutare argomenti del genere.

La seconda osservazione riguarda il merito dei discorsi generali sintetizzati poco fa: davvero i nuovi scenari europei possono riflettersi, sul piano strettamente giuridico, sull'esegesi dell'art. 111 co. 4 Cost. in termini di contraddittorio "debole"? Sotto questo profilo, in realtà, è sufficiente richiamare l'ineccepibile impostazione di chi subito si affrettò a sottolineare che le fonti europee (e in particolare la Convenzione) non possono avere il ruolo di abbassare il livello nazionale di tutela del diritto al confronto, perché rappresentano uno *standard* minimo: innalzare l'asticella non significa tradirle, ma realizzarne meglio gli obiettivi, volti a una protezione quanto più estesa dei diritti ivi enumerati⁵¹. Semmai si può aggiungere una notazione, che in realtà sarebbe persino da sottintendere se non fossero così espliciti gli accenti riportati più sopra: si può immaginare che il contraddittorio nella formazione della prova possa essere oggetto di bilanciamenti con altri valori? Ovviamente no. Già non è scontato che diritti delle vittime e dei testimoni rappresentino entità suscettibili di bilanciamento rispetto ai diritti dell'imputato e non piuttosto si affianchino a questi ultimi nel delineare in modo più compiuto il complessivo assetto dei limiti costituzionali in cui dev'essere imbrigliato il potere di punire; se poi ci si avvede che i diritti delle vittime vengono invocati - come talvolta accade - come fondamento e sinonimo di esigenze repressive e di difesa sociale che - per tal via - vengono fatte a loro volta assurgere a dignità costituzionale, il discorso si fa ancora più opinabile⁵². Ma non è questo il punto. A chiudere ogni discorso su possibili bilanciamenti, sta il carattere anelastico della previsione contenuta nell'art. 111 co. 4 e 5 Cost.: per quanto indicato come «principio», il contraddittorio nella formazione della prova assurge - nel tessuto costituzionale - a vera e propria regola, frutto d'un bilanciamen-

⁵⁰ Ci si riferisce ancora una volta a Corte cost., sentenza n. 32, ordinanze n. 36 e n. 293 del 2002.

⁵¹ FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 200 s.; GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in *Procedura penale*, 6^a ed., Torino, 2018, 50 ss.; SCELLA, *Contestazioni al testimone*, cit., 144.

⁵² Per una recente e documentata critica all'idea che la c.d. pretesa punitiva dello Stato trovi riconoscimento nel tessuto costituzionale, v. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, relazione al Convegno, *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Roma, 28-29 settembre 2018, in www.radioradicale.it (atti in corso di pubblicazione).

to con altri valori già compiuto in astratto e cristallizzato nelle sole, tassative eccezioni appositamente enumerate (art. 111 co. 5 Cost.). Semmai dunque lo si può limitare (come peraltro avviene⁵³), ma non derogare, come invece sarebbe se si consentisse l'impiego del "precedente difforme" fuori da quei casi eccezionali.

C'è infine un terzo aspetto sul quale occorre brevemente soffermarsi. Abbiamo appena letto che fra gli argomenti spesi per caldeggiare il nuovo corso sta anche quello che punta a sminuire la regola d'esclusione probatoria, presentandola come una sorta di caricatura d'un modello accusatorio che - in realtà - non trova più riscontri sul piano comparato, perché negli ordinamenti di *common law* essa da un lato è stata progressivamente ridimensionata se non addirittura abbandonata, dall'altro si presenta comunque con tutt'altre caratteristiche "di contesto"⁵⁴.

Non è questa la sede per approfondire, ma entrambi i rilievi si prestano a qualche considerazione. Quanto al primo profilo, ammesso che il bando, sul piano probatorio, del "precedente difforme" si stia davvero progressivamente allentando pure negli ordinamenti di più risalente tradizione *adversarial*, è certo possibile che ciò dipenda dai fattori ben noti: le torsioni "securitarie", che affliggono a trecentosessanta gradi tutte le democrazie occidentali, generano effetti "a cascata" e stupirebbe che le regole d'esclusione probatoria collegate al contraddittorio ne restassero immuni; ma la circostanza che derive del genere coinvolgano pure i sistemi accusatori non tocca l'identità del modello e le buone ragioni di chi voglia continuare a prenderlo come punto di riferimento, come assetto ottimale e preferibile dei rapporti fra pubblici poteri e diritti individuali nel processo penale. In questa chiave, l'ordinamento capace di mantenere intatta quella regola così emblematica, nonostante le tendenze imperanti a livello globale, dovrebbe piuttosto esser visto come baluardo di libertà e democrazia, anziché come brodo di coltura e sacca d'impunità delle organizzazioni criminali.

Sotto il secondo profilo, è certo vero che il modello realizzato nel 1988-1989 (e confermato nel 1999-2001) integra un accusatorio "all'italiana". Ma, benché questa espressione venga spesso impiegata con intonazioni critiche e ne-

⁵³ Una accurata (e accorata) disamina sulla progressiva crescita di tali limiti è contenuta in CESARI, *Il principio del contraddittorio: virtù e limiti*, relazione al Convegno, *Nei limiti della Costituzione*, cit.

⁵⁴ RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, cit.: si tratta di una regola «maturata in un contesto culturale ben diverso» (p. 27), che si volle «trapiantare» in un «momento storico caratterizzato da un processo - già in atto in diversi Paesi di *common law* - di grande riflessione sul mantenimento della tradizionale *rule against narrative*, intesa come rigida *exclusionary rule*» (p. 25).

gative, essa coglie invece aspetti di forte rilievo⁵⁵. La grande sfida che portò alla riforma del 1988 fu quella di costruire un modello che potesse adattarsi alle peculiarità, istituzionali e culturali, d'un ordinamento che - per molti versi - continuava a collocarsi nel ceppo degli assetti ereditati dalle riforme napoleoniche. In questa delicata operazione di ingegneria legislativa proprio l'impermeabilità dibattimentale rispetto alle acquisizioni anteriori rappresentava e rappresenta un asse portante. Gli istituti del fascicolo processuale e del verbale integrano una tradizione da cui non ci si è mai riusciti a emancipare: la svolta fondamentale del fascicolo "doppio" non ha eliminato quel carattere per gli atti del pubblico ministero, che vengono raccolti pur sempre in verbali inseriti in un *dossier*, per quanto distinto da quello dibattimentale e ignoto all'organo del giudizio; le logiche "deformalizzanti" che si vollero accoppiare - nel 1988 - a queste scelte vennero subito giudicate velleitarie ed eccessive⁵⁶ e probabilmente lo erano⁵⁷, tanto che furono abbandonate senza ripensamenti⁵⁸. Insomma, l'accusatorio *Italian style* ha un nemico potente da cui difendersi: quella massa di carte, con dichiarazioni capillarmente annotate da funzionari pubblici (e persino da un giudice⁵⁹ o comunque da un pubblico ministero con le caratteristiche ordinamentali che conosciamo), quel bagaglio di informazioni ufficiali che grava e spinge, sia pur dietro alle quinte, sulla scena dibattimentale⁶⁰. Tutte cose che, nella tradizione accusatoria del *common law*,

⁵⁵ Cfr. AMODIO, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche* (1999), ora in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, 2003, 26: «l'obiettivo dell'oralità, perseguito mediante il meccanismo del doppio fascicolo, [è] venut[o] fuori dall'insofferenza verso i poteri inquisitori largamente attribuiti all'organo giurisdizionale dal codice del 1930 e dalla volontà di rimuovere l'uso indiscriminato dei verbali, ben conosciuto dalla prassi del sistema abrogato». In questo disegno, «la comparazione ha avuto un ruolo assai significativo nella messa a punto dei singoli istituti», che «rivelano [...] la loro parentela con moduli processuali familiari al *common law*», ma «questi spunti sono stati filtrati prima di essere calati nella normativa codicistica, utilizzando parametri connotati alla nostra tradizione»: ne è nato «un inedito sistema che ben può definirsi "accusatorio all'europea"».

⁵⁶ Il riferimento corre alle discutibili implicazioni tratte dallo slogan di una fase - quella preliminare - che «non conta e non pesa»: regole scarse, forme sommarie di documentazione e così via (NOBILL, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"* (1990), ora in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 34 ss.).

⁵⁷ Per una brillante ripresa di tale impostazione critica, pure a seguito dei rilevanti mutamenti via via intervenuti nella disciplina degli atti di indagine, v. CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 93 s.

⁵⁸ Il «tasso di regolamentazione della fase preliminare» è aumentato, nel corso degli anni, «senza soluzioni di continuità»: «più passa il tempo, più le indagini vengono disciplinate, come se il legislatore non stesse facendo altro che espiare un peccato originale: nel 1988 commise uno sbaglio; nei trent'anni successivi tenta di porvi rimedio» (CAMON, *La fase che "non conta e non pesa"*, cit., 94).

⁵⁹ Si allude soprattutto alla disciplina dell'art. 422 c.p.p., quale risulta dalle modifiche apportate dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479.

⁶⁰ Significativa la disarmante notazione d'un illustre storico del diritto: «anche oggi le fasi preliminari producono - secondo consolidati canoni inquisitori e con buona pace del principio d'oralità - migliaia

non si delineano o comunque assumono caratteri meno accentuati. Perciò sembra di poter dire che eventuali attenuazioni nel rapporto tra fasi pesi ed esponga a rischi assai maggiori di quanto non sia nelle matrici anglo-americane.

Stesso discorso vale per un'altra caratteristica distintiva, rappresentata dall'obbligo di motivazione. Spesso abbiamo sentito ripetere che le regole d'esclusione probatoria si giustificano meno davanti a giudici professionali, tenuti a motivare la propria decisione anche sul piano della valutazione delle prove. In questo aspetto anzi viene talvolta colto uno di quegli "eccessi" dell'accusatorio all'italiana e il contributo poc'anzi evocato si colloca entro questa scia⁶¹. Ma il ragionamento a ben vedere va rovesciato: proprio il carattere professionale del giudice e la motivazione rappresentano fattori di potenziale pericolo per la tenuta delle regole d'esclusione probatoria, che sono sempre esposte al rischio di venir surrettiziamente trasformate in criteri di valutazione⁶², perdendo così di gran lunga la loro forza protettiva rispetto ai valori che vi sono sottesi⁶³. E ciò vale in particolar modo per le dichiarazioni oggetto delle contestazioni che inevitabilmente si offrono alla conoscenza del giudicante. Non è un caso che sia stato proprio in quest'ambito che si assistette ad un plateale esempio di tale tendenza degenerativa, quando - nel 1992 -

di pagine di verbali che i vecchi criminalisti non avrebbero esitato a definire "processo offensivo". E nel sentire comune queste migliaia di pagine finiscono per assurgere - giova sottolinearlo - a misura della rilevanza di un procedimento, e ne costituiscono la sostanza» (DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., p. 108).

⁶¹ Si afferma infatti che «le aporie dell'attuale regime normativo» si accentuano «tenendo in conto le caratteristiche del sistema processuale penale italiano, che impone all'autorità giudiziaria di motivare le proprie decisioni rese in sentenza»: infatti non «è previsto che i giudici debbano spiegare se la prova resa fuori dal dibattimento e utilizzata per le contestazioni sia o meno dotata di attendibilità, laddove non rientri in nessuna delle eccezioni previste dall'art. 500 c.p.p.»; cosicché, quand'anche essa riesca a «erodere il valore probatorio dell'informazione dibattimentale», finisce «relega[ta] nel fascicolo delle parti» anche se «potrebbe essere intrinsecamente coerente e perfettamente amalgamata col complessivo quadro probatorio». Su queste premesse si finisce per auspicare «una visione moderna del diritto probatorio nella quale l'ammissione delle prove non discend[ia] tanto dalla rilevanza astratta dei dati conoscitivi acquisiti ma dal loro contenuto dimostrativo» (RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, cit., 17 e 28).

⁶² Su tale fenomeno generale, sia consentito rinviare a Busetto, *Una insidiosa metamorfosi: dai divieti probatori ai criteri di valutazione*, in *Legge e potere*, cit., 115 ss.

⁶³ Anche nei sistemi anglo-americani possono darsi (e spesso vengono segnalate) contaminazioni tra il piano dell'attendibilità e quello della ammissibilità delle prove e cioè tendenze a considerare ammissibili *out of court statements* in ragione della ritenuta loro affidabilità, ma queste inclinazioni restano di gran lunga meno pericolose per la tenuta del sistema, per via della nota contrapposizione tra *Judge e Jury*: la c.d. corte divisa fa sì che l'organo chiamato ad ammettere le prove sia diverso da quello che deve decidere in base ad esse e ciò assicura un freno comunque considerevole rispetto alle tendenze "omnivore" tipiche invece delle matrici europee continentali (sul punto, anche per ulteriori richiami, cfr. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, cit., 39 ss. e 232 ss.).

il legislatore, raccogliendo forti sollecitazioni della magistratura, intervenne sulla norma dichiarata illegittima dalla Consulta, per l'appunto trasformandola da divieto probatorio in criterio di prudenza valutativa⁶⁴.

Insomma e per concludere, non sembra un caso che l'appellativo di "regola d'oro" del modello accusatorio sia stato coniato proprio per la disciplina dell'art. 500 c.p.p. Probabilmente non è così per i sistemi di *common law*, ma per l'accusatorio nostrano davvero quella disposizione rappresenta un tassello essenziale perché, «se per un istante si pensasse di usare come prova [il "precedente difforme"], il sistema andrebbe in frantumi»⁶⁵.

L'auspicio è che la Corte costituzionale tenga presenti questi percorsi e questi lasciti se - come è possibile - dovrà ancora una volta fungere da ago della bilancia. E che sappia perciò orientare le proprie statuizioni nell'unica strada compatibile con la nostra Costituzione, come già è accaduto nel 2002.

⁶⁴ Anche su questo aspetto, v. BUSETTO, *Una insidiosa metamorfosi*, 119 s. Sorprende che il saggio qui considerato, dopo aver caldeggiato soluzioni sostanzialmente analoghe (*supra*, nota 48), affermi che il rischio di un ritorno all'assetto delineato dalla legislazione successiva al 1992, «con tutte le implicazioni e incongruenze che essa comportò [...], non sembra sussistere specie in un sistema processuale a verdetto motivato, quale il sistema di giustizia penale italiano» (RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, cit., 29).

⁶⁵ Stiamo evocando il monito profetico che tutti ricordiamo: CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 199.