

ATTUALITÀ

GIUSEPPE CATONE

Il testimone *de relato* di se stesso: proposte *de jure condendo* in tema di contestazioni dibattimentali

Le contestazioni al testimone di cui all'art. 500 c.p.p. svolgono, nell'elaborazione giurisprudenziale dominante, una funzione acquisitiva estranea tanto al dato normativo ordinario quanto al dettato costituzionale. Distinguendo l'ipotesi del testimone genuinamente dimentico da quella del testimone che, dopo aver deposto difformemente, confermi la validità delle dichiarazioni predibattimentali, il contributo intende evidenziare le criticità sottese a tale impostazione. Una volta ricostruiti i punti di contatto tra quest'ultima e la c.d. teoria della prova complessa, si propone, in chiave riformatrice, l'introduzione di un obbligo di accertamento positivo in merito all'amnesia dichiarata dal testimone, nonché una bipartizione dell'esame testimoniale in due sessioni distinte, volta a ricondurre le contestazioni alla loro funzione propria di strumento di verifica della credibilità del dichiarante.

The witness as their own hearsay declarant: proposals de lege ferenda on the use of prior inconsistent statements at trial

The impeachment of witnesses under Article 500 of the Italian Code of Criminal Procedure serves, in the dominant case law, an acquisitive function that is foreign both to the ordinary statutory framework and to the constitutional mandate. By distinguishing between the genuinely amnesiac witness and the witness who, having testified differently, subsequently confirms the validity of their pre-trial statements, this contribution aims to highlight the critical shortcomings of such an approach. After examining the points of contact between this jurisprudential trend and the so-called "composite evidence" theory, two reforms are proposed: the introduction of a positive evidentiary requirement regarding the amnesia claimed by the witness, and the bifurcation of witness examination into two distinct phases, with the aim of restoring impeachment to its proper function as a tool for assessing witness credibility.

SOMMARIO: 1. Particolari ipotesi di formazione della prova al di fuori del contraddittorio tra le parti. - 2. Una nostalgia inquisitoria ricorrente. - 3. La necessità di una prova dell'amnesia del testimone dimentico. - 4. Le contestazioni acquisitive: un'anomalia di sistema e i suoi possibili rimedi.

1. Particolari ipotesi di formazione della prova al di fuori del contraddittorio tra le parti. È ormai più che pacifico che il contraddittorio, in quanto metodo – e non già fine – del procedimento penale, non potrebbe non prevedere delle eccezionali ipotesi di formazione della prova alla stregua di criteri epistemologici differenti. La necessità di pervenire alla migliore “verità” processuale possibile, del resto, se da un lato impone di utilizzare i soli dati informativi elaborati con la partecipazione di tutte le parti interessate, dall'altro lato richiede di predeterminare e disciplinare le eventualità in cui – a causa dell'impossibilità di impiegare detto metodo, ovvero in considerazione dell'invalidità dei risultati che ne deriverebbero – si renda necessario acquisire e valutare dei dati informativi che, seppur originariamente non utilizzabili a causa delle loro modalità di formazione, devono tuttavia essere impiegati a fi-

ni decisori onde evitare che il procedimento penale rimanga privo di elementi conoscitivi di rilievo¹. E così, contemplando ogni ipotesi straordinaria di formazione della prova sulla scorta dell'art. 111, co. 5 Cost., il nostro ordinamento processuale penale definisce pure, *a contrario*, tutte le fattispecie in cui la prova validamente utilizzabile a fini decisori non può che essere quella formata nel contraddittorio tra le parti.

Ciò premesso, appare invero possibile individuare due specifiche ipotesi di elaborazione della prova in cui il rispetto – quantomeno formale – dei profili tipici della formazione nel contraddittorio tra le parti sembra condurre, nella sostanza, ad una vera e propria acquisizione a fini decisori di dati informativi elaborati in deroga al principio del contraddittorio tra le parti.

Si tratta, in primo luogo, della fattispecie in cui un testimone, in sede di escussione dibattimentale, dopo aver affermato di non ricordare alcunché rispetto alle circostanze oggetto di deposizione ed essere – pertanto – destinatario delle contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p.², continui ad esprimersi nel senso di non riuscire a rievocare nulla rispetto ai fatti oggetto di accertamento proces-

¹ Si veda, per tutti, TONINI-CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 434: «La previsione delle eccezioni rivela indubbiamente una visione moderna del principio. Il contraddittorio non è un fine in sé, ma un metodo. In quanto tale, postula un fine che sta al di fuori di esso e che in linea teorica può essere raggiunto anche con altri strumenti, quando quello prescelto si manifesta inidoneo. Pertanto, se è vero che sussiste un legame prioritario tra contraddittorio e accertamento dei fatti, non è anche vero che tale legame sia esclusivo. Così, quando il metodo dialettico nella formazione della prova si rivela inattuabile, inidoneo o fallace, è possibile eccezionalmente ricorrere ad altri strumenti (utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni) per perseguire il fine conoscitivo sotteso al processo penale. In questo quadro, le deroghe previste dall'art. 111, comma 5 Cost. rappresentano quelle eccezioni che rendono ragionevole il principio. Dove "ragionevole" significa "non contrastante con gli scopi ai quali è preordinato"».

² Sul tema delle contestazioni dibattimentali, cfr. – tra gli altri – Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 253 ss.; Busetto, *Scorci sull'art. 500 c.p.p. nel prisma della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2020, 11, 4356 ss.; D'Alessio, *In tema di acquisizione al fascicolo del dibattimento e di valutazione come prova dei fatti affermati di dichiarazioni lette per le contestazioni*, in *Giur. cost.*, 2002, 5, 3246 s.; Fanuele, *Le contestazioni nell'esame dibattimentale*, Padova, 2005; Ferrua, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, 3, 9 ss.; Giunchedi, *L'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali mediante conferma*, in *Arch. pen.*, 2 (Ricordando Giovanni Conso), 191 ss.; Papagno, *I difficili equilibri nella disciplina delle contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 9, 1150 ss.; Suraci, *Ancora sull'efficacia probatoria delle contestazioni: una partita – riaperta – che va subito chiusa*, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1293 ss.; Tognazzi, *Contestazioni al testimone e conferma parziale: l'obbligo di motivazione specifica*, in *Giur. it.*, 2026, 3, 747 ss.

suale, assicurando però che quanto dichiarato in sede di assunzione unilaterale era stato rilasciato secondo verità.

In secondo luogo, rileva la parallela ipotesi in cui il dichiarante, dopo aver rilasciato, in sede dibattimentale, deposizioni dal contenuto differente rispetto a quelle assunte unilateralmente ed essere – anche in questo scenario – destinatario delle medesime contestazioni, confermi la validità delle dichiarazioni precedentemente rese, data la maggiore affidabilità dei ricordi rievocati in un momento più prossimo a quello di verifica dei fatti.

Nell'uno e nell'altro scenario, le dichiarazioni lette a fine di contestazione, qualora riconosciute come “vere” da parte della loro fonte, cessano di essere valutabili – come disposto dall'art. 500, co. 2 c.p.p. – ai soli fini della credibilità del teste, per divenire invece completamente utilizzabili a fini decisorii: per pacifica giurisprudenza, infatti, la conferma della “verità” di queste compiute, in sede dibattimentale, dalla loro fonte dichiarativa viene considerata a tutti gli effetti equivalente alla (ben diversa) ipotesi in cui il testimone abbia materialmente proferito le dichiarazioni oggetto di formale riconoscimento³.

È, tuttavia, evidente che una simile perequazione risponda esclusivamente alla necessità di non permettere la dispersione di dati informativi altrimenti irrecuperabili, e non già alla possibilità di individuare effettivi tratti in comune tra l'una e l'altra eventualità equiparate in via pretoria.

È chiaro che, a fronte della versione dibattimentale del testimone (sia questa conforme o identica rispetto a quella resa in sede di assunzione unilaterale), al-

³ È, infatti, principio consolidato della giurisprudenza di legittimità che le dichiarazioni lette ai fini della contestazione possono essere valutate ai soli fini della credibilità del teste esclusivamente qualora il testimone ribadisca la differente versione riferita in sede dibattimentale; in caso di conferma della ricostruzione fornita in precedenza, invece, le dichiarazioni rilasciate unilateralmente dal dichiarante devono essere recepite ed utilizzate come se fossero state rese direttamente in dibattimento, anche se il testimone non abbia alcun ricordo attuale delle circostanze oggetto di deposizione e, quindi, della veridicità di quanto venne dichiarato ai tempi dell'assunzione unilaterale (Cass., Sez. II, 4 marzo 2015, n. 13927, Amadio). Particolarmente esplicita Cass., Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 17089, Lubine, che ha chiarito che, nel caso di contestazioni effettuate a seguito del mancato ricordo del teste che, all'esito della lettura delle sue precedenti dichiarazioni, ne confermi il contenuto, le dichiarazioni rese in sede di assunzione unilaterale finiscono per entrare nel processo come vera e propria testimonianza resa in dibattimento (cfr. inoltre, tra i provvedimenti conformi, Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, n. 13910, Migliaro). Ancora, Cass., Sez. II, 8 maggio 2018, n. 35428, Caia, ha ribadito che le dichiarazioni assunte unilateralmente ed impiegate per le contestazioni al teste sono, in caso di conferma – anche in termini laconici – da parte di quest'ultimo, da recepire e valutare come dichiarazioni rese dal testimone direttamente in sede dibattimentale, dal momento che l'art. 500, co. 2 c.p.p. concerne il solo caso di dichiarazioni dibattimentali difformi da quelle contenute nell'atto utilizzato per le contestazioni.

le parti deve essere senz'altro concessa la facoltà di un effettivo esercizio del contraddittorio, che – articolandosi per il tramite del controesame, del riesame e delle contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p. – permetta loro di vagliare concretamente tanto l'attendibilità della persona del dichiarante quanto i contenuti da questa rilasciati⁴. Ciò che, invece, preme sottolineare è la sostanziale erosione del contraddittorio che si verifica ogniqualvolta il testimone si limiti a rimandare alla validità di quanto precedentemente reso in sede di assunzione unilaterale dopo che lo stesso – in dibattimento – abbia escluso la propria capacità di ricordare i fatti, oppure confidato nella maggiore affidabilità delle ricostruzioni effettuate a minore distanza temporale dai fatti oggetto di accertamento.

Esigenze di chiarezza impongono di tenere distinte le due fattispecie critiche. Volendo prendere le mosse dalla prima, appare innanzitutto necessario evidenziare che, in tale specifica ipotesi, la totale assenza di ricordi rispetto al *thema probandum* renderà vano – data la premessa – ogni tentativo di esercizio del contraddittorio esperito dalle parti: qualunque domanda o contestazione convoglierà nella reiterazione, da parte del testimone, della assenza di ricordi suscettibili di essere escussi al momento dell'audizione dibattimentale e nel conseguente invito – per il tramite delle c.d. “metadichiarazioni”⁵ – a considerare valido quanto reso al riguardo durante la fase delle indagini preliminari⁶.

⁴ Del resto – come saggiamente evidenziato da FERRUA, *La prova nel processo penale: Volume I - Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 166 – «nel processo, forse più che altrove, è proprio decifrando le menzogne che si rende manifesto il vero». L'Autore, invero, si esprime in tal senso con specifico riferimento all'ipotesi in cui l'esternazione del falso derivi dalla commissione del reato di falsa testimonianza, ma le parole spese al riguardo sembrano doversi considerare valide anche in relazione alle ipotesi di interesse in questa sede.

⁵ Così definite dal momento che queste si risolvono in deposizioni con cui il testimone rende dichiarazioni in merito alle dichiarazioni dallo stesso rese in sede di assunzione unilaterale. In dottrina, si esprimono in questi termini, tra gli altri, FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2012, 146 e Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, cit.

⁶ Individua con maestria il nucleo delle problematiche sottese a tale impostazione ermeneutica Busetto, *Scorci sull'art. 500 c.p.p. nel prisma della più recente giurisprudenza di legittimità*, cit., 4359: «In sintesi, gli orientamenti attuali dei giudici di legittimità sono del seguente tenore: se il testimone semplicemente ammette di aver reso la dichiarazione anteriore (rende una “nuda” metadichiarazione, potremmo dire) ciò non è sufficiente a veicolare in dibattimento i contenuti: se però la metadichiarazione si accompagna ad una attestazione di verità della precedente deposizione, questo effetto si produce. Più precisamente, la Corte distingue: se il testimone, pur avendo ammesso di avere a suo tempo riferito le circostanze che gli vengono contestate, le ritratta, cioè rende una dichiarazione diversa (aveva detto “bianco” e in dibattimento dice “nero” e continua a dirlo nonostante le contestazioni), allora (e solo al-

Ne deriva un esito paradossale. Pur essendo stata prevista in quanto *funzionale* ad un effettivo e completo contraddittorio dibattimentale (nella sua accezione più pura, peraltro, di “contraddire” la dichiarazione difforme), la facoltà di cui all’art. 500, co. 1 c.p.p. conduce, nel caso del testimone immemore, ad una vera e propria *deroga* alla formazione della prova penale nel contraddittorio tra le parti.

Osservato da questo angolo di prospettiva, dunque, quello del testimone genuinamente dimentico si pone come un vero e proprio caso limite nell’ambito della normativa in tema di contestazioni dibattimentali⁷: l’effettuazione di queste ultime, infatti, avviene sì conformemente alla legge (*i.e.*: una volta che si sia manifestata una difformità tra i contenuti delle dichiarazioni), ma finisce per essere compiuta a fini differenti da quelli che costituiscono la *ratio* dell’art. 500, co. 2, se questa deve essere identificata in una facoltà riconosciuta alle parti allo scopo di accrescere il confronto dialettico, e

lora) la dichiarazione dibattimentale non rende utilizzabili i contenuti di quella anteriore [...]. Se invece il testimone “conferma” quanto narrato in precedenza – così si esprime la Cassazione –, questa conferma proietta in dibattimento la deposizione preliminare. Ma sotto tale etichetta onnicomprensiva (la “conferma dibattimentale” appunto) vengono collocati due fenomeni profondamente diversi: quello in cui il testimone, per effetto delle contestazioni, allinea la sua deposizione dibattimentale a quella precedente, e ripete in aula quel che aveva affermato in fase preliminare (e qui è ovvio che la dichiarazione sia utilizzabile, perché è ribadita nel dibattimento, e dunque formata nel contraddittorio); e quello (molto diverso e molto frequente in pratica) in cui il testimone, nonostante la contestazione, afferma di non ricordare più i fatti ma aggiunge che allora li ricordava meglio e quindi quel che ha detto è vero. “Se l’ho detto, è vero”. Ecco la “formula magica” che oggi – con l’avallo della Corte di cassazione – apre la porta al recupero dibattimentale delle risultanze investigative». In *ibid.* si ricorda come considerazioni non dissimili fossero state compiute già molti anni or sono da CORDERO, *Dibattito*, in AA.VV., *Criteri direttivi per la riforma del processo penale*, Milano, 1965, 189: «Le informazioni ottenute segretamente non sono testimonianze e non lo diventano per il fatto [...] che il loro autore ammetta d’averle fornite: conta ciò che si dice dinanzi al giudice, sotto gli occhi dei contraddittori. La ragione della limitazione è intuitiva: supponiamo che basti l’ammissione di aver reso all’istruttore una certa dichiarazione, perché quest’ultima diventi utilizzabile, sebbene il testimonio l’abbia ritrattata nel dibattimento; il giudice userebbe come prova un’informazione ottenuta fuori dal controllo delle parti, contro l’ipotesi ammessa a titolo di premessa. Che la dichiarazione sia stata formulata è fuori disputa, perché c’è l’ammissione del suo autore: ma questa non è condizione sufficiente, giacché il contraddittorio serve non tanto a escludere il pericolo (più teorico che reale) della creazione di una prova falsa quanto a formare la prova nel migliore dei modi».

⁷ In termini di «ipotesi limite», per indicare il «caso in cui il teste, 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» si è già espresso FERRUA, *La prova nel processo penale: Volume I - Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 163.

non già al fine di permettere una acquisizione probatoria che, invero, non è neanche accennata dal legislatore⁸.

Il che conduce, conseguentemente, a sollevare qualche perplessità tanto rispetto alla – granitica – giurisprudenza sopra richiamata, tanto rispetto all’attuale disciplina in tema di contestazioni dibattimentali.

Se è infatti vero che le ipotesi di formazione della prova al di fuori del contraddittorio tra le parti devono essere tassativamente ed espressamente previste dalla legge, occorre constatare che non è possibile rinvenire alcuna norma esplicitamente volta a permettere e regolare l’acquisizione probatoria da disporre nell’ipotesi in cui, in dibattimento, il dichiarante – dopo aver affermato di versare in stato amnesico – si limiti ad invitare a fare affidamento a quanto dallo stesso dichiarato in sede di assunzione unilaterale, comportandosi in tal modo come una sorta di testimone *de relato* di se stesso⁹.

⁸ Senza considerare poi, come evidenziato da Busetto, *Scorci sull’art. 500 c.p.p. nel prisma della più recente giurisprudenza di legittimità*, cit., 4363, l’importante «contraddizione logica nell’argomentare della Corte di legittimità. Si afferma che la conferma *per relationem* contiene comunque una attestazione di verità del fatto; che in essa vi è dunque qualcosa in più rispetto alla semplice affermazione di aver detto: c’è l’affermazione di aver detto il vero. E ciò consente di equipararla alla conferma diretta, cioè al caso in cui il testimone ricorda i fatti e li ripete in aula nel contraddittorio. Ma a ben vedere, questa dichiarazione di verità non si ravvisa. Nella conferma *per relationem* il testimone in dibattimento non afferma la verità del fatto: non potrebbe farlo visto che nega di serbarne il ricordo. Egli in realtà non dice “x è vero” (o se lo dice non è questo il senso di quel che afferma): dice di essere stato sincero quando affermava “x”. Quindi non si tratta di una dichiarazione di verità del fatto, ma solo di una dichiarazione di sincerità relativa alla dichiarazione resa nell’indagine. Questa è l’unica dichiarazione che viene resa in dibattimento, l’unico elemento di prova che si forma nel contraddittorio. Perciò, se concludiamo che il giudice in casi del genere possa ritenere provato “x”, ciò implica che lo autorizziamo a usare la dichiarazione anteriore, perché quella è la sola dichiarazione relativa alla verità di “x”.

⁹ Come il dichiarante di cui all’art. 195, c.p.p., infatti, anche questo peculiare teste non è in grado di riferire direttamente sui fatti oggetto di accertamento, non avendo al momento dell’escussione alcuna (attuale) percezione di questi: la sua testimonianza si limita dunque alla acritica esposizione di quanto riferito da un soggetto che, pur fisicamente coincidente con la sua persona, si presenta sotto il profilo cognitivo come individuo “terzo”. Conforta questa lettura Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., 146, che definisce «una sorta di testimonianza indiretta, di racconto nel racconto, la cui peculiarità sta nel fatto che a parlare è sempre la stessa fonte» quella rilasciata dal testimone che «dichiara ‘bianco’» per poi «dichiarare» di aver dichiarato ‘nero’ nell’indagine». Su distinto ma correlato piano, una simile interpretazione appare inoltre ricevere conferma dal disposto di cui all’art. 195, co. 3 c.p.p., ove si interpreti la «irreperibilità» del testimone come non limitata alle ipotesi di irreperibilità fisica del teste, ma comprensiva anche delle ipotesi in cui tale irreperibilità sia meramente “cognitiva”. Non sembrano infatti sussistere differenze degne di rilievo tra l’una e l’altra forma di irreperibilità: in entrambi i casi, chi rende dichiarazioni processualmente rilevanti in sede dibattimentale è un soggetto privo di tracce mnemoniche dirette dei fatti, la cui assenza rende necessario attribuire rilievo probatorio alle dichiarazioni rilasciate dal testimone mediato. Le differenze – sicuramente sensibili – tra i due scenari attengono semmai alla strut-

Anzi, tenendo a mente – come recita la lettera dell’art. 500, co. 2 c.p.p. – che le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai (soli) fini della credibilità del teste, appare difficile sostenere che le c.d. metadichiarazioni possano giustificare un pieno “recupero” probatorio della versione assunta unilateralmente.

In ogni caso, può essere utile domandarsi a cosa sia dovuta l’omissione, da parte del legislatore, di una disciplina precipuamente dedicata alla peculiare – eppure possibile – eventualità in cui il testimone non abbia alcun ricordo dei fatti oggetto di accertamento processuale.

Al riguardo, non appare infondato ritenere che tale lacuna normativa sia da imputarsi ad un legislatore che abbia consapevolmente inteso produrla, onde scongiurare il rischio che la semplice affermazione del teste di non ricordare i fatti potesse aprire un facile varco alla piena utilizzabilità del precedente dichiarativo e, per il tramite di questa, ad un sostanziale ritorno ad una dimensione inquisitoria del sistema processuale. Tale ricostruzione sembra peraltro trovare conferma nell’art. 500, co. 4 c.p.p., laddove si prevede che le precedenti dichiarazioni del testimone che «non deponga» in dibattimento possono essere acquisite a fini decisorii solamente qualora venga provata la condotta illecita cui questo sia stato sottoposto: si tratta, all’evidenza, di una norma che sarebbe divenuta priva di qualsiasi significato concreto qualora si fosse previsto che l’utilizzabilità delle dichiarazioni precedentemente rese potesse essere disposta sulla scorta della semplice dichiarazione del testimone di non conservare memoria delle vicende in esame.

Una interpretazione strettamente letterale del medesimo quadro normativo, peraltro, potrebbe pure condurre a ritenere che il suo legislatore non ha proprio ritenuto possibile che un testimone potesse genuinamente (e dunque: involontariamente) perdere ogni traccia mnemonica dei fatti oggetto di accertamento, considerato – in uno all’assenza di un’espressa disciplina di una simile evenienza – il carattere certamente non derogabile dell’accertamento richiesto dall’art. 500, co. 4 c.p.p.¹⁰

tura del recupero dichiarativo: in caso di irreperibilità fisica, il testimone *de relato* sarà un soggetto autonomamente in grado di riferire quanto appreso dalla fonte originaria; in caso di irreperibilità cognitiva, all’opposto, sarà il medesimo soggetto che, incapace di riferire autonomamente sui fatti, potrà confermare – o meno – la validità delle proprie dichiarazioni anteriori soltanto dopo che queste siano state rievocate attraverso le contestazioni dibattimentali.

¹⁰ In questo senso assumeva probabilmente rilievo anche la lettera originaria dell’art. 477, co. 1 c.p.p., che – prima della c.d. Riforma Cartabia – prevedeva che «Quando non è assolutamente possibile esau-

Considerazioni di più ampio respiro portano però a ritenere che quella da ultimo delineata sia una ricostruzione non accettabile. Se non altro, perché è ormai noto che quello della completa perdita della memoria è un fenomeno naturalistico innegabile – riconosciuto anche dalla letteratura scientifica di riferimento¹¹ – con il quale l'ordinamento processuale è quindi inevitabilmente chiamato a confrontarsi. Riconoscerlo e disciplinarlo significa accettare l'eventualità di dover acquisire dichiarazioni assunte unilateralmente quando il testimone sia del tutto privo di ricordi al momento dell'escussione dibattimentale; non riconoscerlo, al contrario, significherebbe aprire la strada al ritorno di quella necessità – tipica dei sistemi inquisitori – di escutere ad ogni costo la fonte dichiarativa ritenuta edotta circa i fatti oggetto di accertamento, ammettendo che tale obiettivo possa essere perseguito anche attraverso la minaccia di sanzioni, o – nella più grave delle ipotesi – della tortura. E se da un lato, dunque, l'omessa previsione di una norma per il regime probatorio delle dichiarazioni del teste dimentico non può che essere intesa come il risultato dell'accortezza di un legislatore – quello della c.d. Riforma del giusto processo – particolarmente sensibile rispetto al tema dell'utilizzabilità di dichiarazioni non formate nel contraddittorio tra le parti, resta comunque fermo, dall'altro lato, che tale silenzio normativo non è rimasto privo di conseguenze: l'assenza di una disciplina espressa ha infatti finito per generare un sistema in cui – come si vedrà – l'amnesia del testimone si pone a fondamento di una ipotesi di acquisizione probatoria che, presentando pericolosi punti di frizione con il dettato costituzionale, conduce al serio e concreto rischio di legittimare, sotto le spoglie dell'oblio del testimone, una vera e propria regressione ai modelli del processo di stampo inquisitorio.

2. Una nostalgia inquisitoria ricorrente. Le perplessità di cui si è dato conto nel paragrafo precedente costituiscono, invero, un motivo ricorrente nella sto-

rire il dibattimento in una sola udienza, il presidente dispone che esso venga proseguito nel giorno seguente non festivo». Con una simile ristrettezza dei tempi processuali – per quanto poi rivelatasi programmatica fino al punto di divenire apertamente utopica – sembravano infatti delineati i presupposti ideali affinché ogni testimone si trovasse a deporre ad una distanza temporale ancora compatibile con un ricordo vivo della vicenda.

¹¹ Per una trattazione giuridica che muova dall'analisi dell'evidenza scientifica sul tema, v. – in particolare – FANULI, *Il "vuoto di memoria" nella prova dichiarativa (scenari psicologici e rimedi giuridici)*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 3, 283 ss. Per una disamina spiccatamente scientifica del fenomeno amnesico nel contesto testimoniale, v. invece PAPAGNO, *L'amnesia e i falsi ricordi nella testimonianza*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 2006 ss.

ria dell'ordinamento processuale penale. È, a ben vedere, fin dalla introduzione del modello processuale legale di stampo accusatorio che la validità di questo genere di acquisizione probatoria (divenuta poi nota, in dottrina, come teoria della c.d. prova complessa¹²) è stata sostenuta al fine di ribaltare le fondamenta del sistema delineato dall'entrata in vigore del Codice Vassalli.

La radicale inversione di sistema che quest'ultimo aveva apportato, infatti, si era concretizzata, in tema di escussione dibattimentale, anche attraverso la previsione di una norma – l'originario art. 500, co. 3 c.p.p. – che, particolarmente affine rispetto alle attuali disposizioni in tema di valutazione del precedente dichiarativo difforme, stabiliva che «La dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta dalla parte, non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata».

¹² La quale, come ricorda Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, cit., 265, «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 dibattimento – si mescolerebbero a quelle rese oralmente, formando una sorta di tutt'uno». Ne esplica le ragioni e la portata, tra i suoi sostenitori, Tonini, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 3, 272 s.: «Del principio del contraddittorio, affermato con enfasi dal comma 4 dell'art. 111 Cost. in relazione al processo penale, si possono dare interpretazioni contrastanti. Alcuni studiosi ne prospettano una interpretazione restrittiva; essi ritengono che la prova valida per la decisione finale si possa formare soltanto oralmente all'interno dell'esame incrociato. Così definito il principio del contraddittorio, le dichiarazioni rese durante le indagini segrete, una volta contestate a colui che in dibattimento abbia fornito una differente versione, non sarebbero utilizzabili ai fini della prova del fatto affermato in precedenza. A tale definizione se ne contrappone un'altra, che estende il significato del contraddittorio. Tale principio sarebbe attuato anche quando la precedente dichiarazione, resa durante le indagini, è contestata in dibattimento a colui che dà una differente versione dei fatti. In tal caso la prova valida ai fini della decisione dibattimentale si forma in un modo complesso, nel quale viene rispettata comunque la dialettica tra accusa e difesa. In effetti, al testimone può essere chiesto conto della difformità tra dichiarazioni rese attualmente e quelle precedenti; egli, sotto l'obbligo di verità, deve fornire le spiegazioni richieste. Il dichiarante, che muta versione, non si sottrae al contraddittorio perché le parti possono fare domande tendenti a chiarire le ragioni della differenza rispetto a quanto affermato in precedenza; pertanto in questo caso la Costituzione non impone l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini. Le due tesi, che abbiamo esposto per grandi linee, si basano su differenti interpretazioni delle clausole contenute nel comma 4 dell'art. 111 Cost. Per i sostenitori dell'interpretazione restrittiva, il primo periodo del comma 4 ("il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova") pone implicitamente una sanzione di inutilizzabilità per le ipotesi nelle quali non si osservi detto principio. A tale tesi i sostenitori della definizione estensiva pongono una obiezione di fondo. Se fosse vero che il primo periodo del comma 4 contiene già in se stesso implicitamente la regola della inutilizzabilità di tutte le dichiarazioni che abbiano eluso il contraddittorio, allora diverrebbe superfluo il secondo periodo del medesimo comma. Ma una norma di legge non può essere interpretata in modo da diventare inutile».

E per quanto i retaggi della cultura inquisitoria avessero convinto il legislatore del 1988 a prevedere eccezioni di non poco conto rispetto a tale ultima disposizione¹³, era più che evidente che l'allontanamento radicale dal sistema precedente, lungi dall'essere meramente proclamato, era stato attuato mediante un tessuto normativo che non lasciava spazio ad interpretazioni di senso contrario.

La distanza ideologica così repentinamente instaurata tra il sistema processuale abrogato e quello inaugurato nel 1988 fu ben presto oggetto di censura presso la Consulta, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 500 c.p.p. nella parte in cui questo non prevedeva che le dichiarazioni impiegate per le contestazioni potessero essere liberamente e pienamente utilizzabili dal giudice anche a fini decisorii.

Ne derivò una sentenza di accoglimento¹⁴ che, di fatto, erose in misura a dir poco irrimediabile i principi di oralità e di separazione tra le fasi procedurali: vi si affermò, infatti, che il modello accusatorio «ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità; ma 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. Proprio sotto questo profilo, e cioè proprio in raffronto al sistema nel cui ambito è destinata ad inserirsi, la norma impugnata appare priva di giustificazione ponendo in essere una irragionevole preclusione alla ricerca della verità».

A distanza di pochi anni dalla previsione di un modello processuale legale di stampo accusatorio, dunque, il fine della ricerca della “verità” e quello dell'impiego del miglior metodo epistemologico possibile tornarono ad essere considerati come due obiettivi tra loro incompatibili¹⁵: la declaratoria di inco-

¹³ Come quella prevista al comma immediatamente successivo, ai sensi del quale «Le dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dai commi precedenti».

¹⁴ Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 255.

¹⁵ Al riguardo, più che illuminanti le considerazioni effettuate da FERRUA, *Franco Cordero e il processo accusatorio*, in www.mimesisjournals.com, 28 dicembre 2024, 11, volte a mettere in rilievo come – in realtà – quello della ricerca della verità sia un obiettivo imprescindibilmente primario anche (se non soprattutto) del processo di stampo accusatorio: «Dire che il processo ha come scopo la ricerca della verità, ossia la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente, è in fondo un'osservazione ovvia, elementare: come dire che i coltelli servono per tagliare. Ciò che differenzia i diversi modelli di proces-

stituzionalità dell'art. 500 c.p.p. all'epoca vigente, pertanto, assegnando alle dichiarazioni lette per le contestazioni il medesimo valore probatorio attribuito alle deposizioni elaborate nel contraddittorio tra le parti permetteva – affermatamente – di (ri)orientare il sistema processuale verso la ricerca della “verità”.

Seguirono infine gli interventi legislativi necessari per conformare il dato normativo alle statuizioni del giudice delle leggi: con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, si modificò, in particolare, l'art. 500, co. 4 c.p.p., prevedendo che «Quando, a seguito della contestazione, sussiste difformità rispetto al contenuto della deposizione, le dichiarazioni utilizzate per la contestazione sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento e sono valutate come prova dei fatti in esse affermati se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

Il ritorno ai canoni del sistema inquisitorio era quindi stato ufficializzato anche per le vie normative, consentendo espressamente l'acquisizione delle dichiarazioni assunte unilateralmente qualora l'attendibilità “estrinseca” di queste emergesse dall'analisi del materiale probatorio disponibile.

Da ultimo, la L. 1 marzo 2001, n. 63, susseguente alla c.d. Riforma del giusto processo, ha nuovamente ribaltato le fondamenta della disciplina in tema di contestazioni al testimone, sia limitando il valore probatorio delle dichiarazioni lette alla sola credibilità del testimone, sia – contrariamente alla versione originaria del Codice Vassalli – evitando di prevedere eccezioni di sorta a tale regola.

Alla luce di quanto sinora considerato, due appaiono allora essere i profili maggiormente problematici sottesi all'acquisizione del precedente dichiarativo operata sulla base della metadichiarazione proferita in sede dibattimentale. In primo luogo, occorre constatare come dall'avvenuta abrogazione dell'acquisizione probatoria di cui all'art. 500, co. 4 c.p.p. non potrebbe che discendere la conclusione per cui qualsiasi tentativo di introdurre nel proces-

so non è il *fine di verità*, che resta identico per ogni modello, ma il *metodo* attraverso il quale si realizza quel fine: tramite il contraddittorio, che si esplica con il conflitto tra le parti nel processo accusatorio (mezzo, non scopo del processo), attraverso l'indagine unilaterale del giudice in quello inquisitorio. Perché allora tanta diffidenza verso la ricerca della verità? Credo che derivi dai disastri che nel nome della verità si sono perpetrati in passato, specie nel processo inquisitorio. Tuttavia, il fatto che un ideale sia degenerato nella storia, come d'altronde è accaduto a tutti gli ideali, non è una buona ragione per abbandonarlo, ma semmai per adottare il metodo migliore a realizzarlo, che nella specie è il contraddittorio».

so le dichiarazioni assunte unilateralmente sulla scorta della loro pretesa attendibilità estrinseca deve oggi ritenersi privo della base normativa che lo avrebbe reso legittimo¹⁶.

Ma anche volendo sorvolare in merito alla – attuale – contrarietà alla legge di un’acquisizione probatoria disposta sulla falsariga del previgente art. 500, co. 4 c.p.p., resterebbe comunque fermo, sotto un secondo e distinto profilo, che la c.d. teoria della prova complessa presenta criticità logiche tali da renderla inaccettabile sul piano sistematico indipendentemente dalla base normativa di volta in volta invocata a suo sostegno.

Premesso che tale teoria potrebbe essere invocata solamente qualora la versione assunta unilateralmente risulti differente da quella rilasciata nel contraddittorio tra le parti (posto che, all’evidenza, non vi sarebbe necessità di recuperare alcunché se le due ricostruzioni fornite fossero perfettamente coincidenti), occorre infatti considerare che il sistema accusatorio ha, come noto, risolto il problema della “verità” processuale attraverso una scelta di metodo: è, cioè, “vero” ciò che risulta dal contraddittorio non già perché i suoi esiti siano necessariamente conformi al reale svolgimento dei fatti, ma perché il contraddittorio costituisce il migliore criterio epistemologico disponibile per la loro ricostruzione. Ne discende che, escluse le ipotesi in cui il contraddittorio si riveli impossibile o non utile, la versione assunta unilateralmente è inuti-

¹⁶ Come è stato poi magistralmente chiarito da Corte Cost., 14 febbraio 2002, n. 36 (Ord.) – con nota adesiva di FERRUA, *La Corte costituzionale promuove la “regola d’oro” del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 4, 401 ss. –, che ha dichiarato manifestamente infondata le questioni di legittimità costituzionale sollevate, con riferimento all’odierno art. 500, co. 2 c.p.p., tanto nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni lette per le contestazioni e valutate ai fini della credibilità del teste possano essere acquisite e valutate anche come prova dei fatti in esse affermati, quanto nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni e valutate ai fini della credibilità del teste, possano essere acquisite e valutate anche quale prova dei fatti in esse affermati, se sussistono altri elementi di prova che ne confermino l’attendibilità. Premesso, infatti, che «il nucleo comune delle censure ruota attorno alla pretesa elusione del principio di non dispersione dei mezzi di prova, individuato da questa Corte nella sentenza n. 255 del 1992 e reputato dai remittenti ancora in linea con il vigente quadro costituzionale», la Consulta chiarisce come, a seguito delle modifiche apportate all’art. 111 Cost., «appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento – nella quale assumono valore paradigmatico i principi della oralità e del contraddittorio – da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari»; «si spiega, dunque, l’esigenza di impedire che l’istituto delle contestazioni – proprio perché configurato quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio – si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di quelle dichiarazioni».

lizzabile ai fini decisori per il solo fatto di aver proceduto all'escussione dibattimentale del medesimo soggetto.

La teoria della prova complessa, nella sua formulazione essenziale, sostiene invece che le dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari possano essere acquisite a fini decisori qualora il dichiarante, in sede dibattimentale, rilasci deposizioni idonee a confermare l'attendibilità delle prime. Il contraddittorio viene presentato, in questa prospettiva, come il fondamento stesso del recupero probatorio: è proprio perché le dichiarazioni assunte unilateralmente risultano confermate dal metodo epistemologico per eccellenza che queste meriterebbero di essere valorizzate a fini decisori. Apparentemente, dunque, tale teoria non si pone in contrasto con il sistema accusatorio: ne invoca, anzi, il criterio distintivo per giustificare le proprie conclusioni.

Una più attenta analisi rivela tuttavia l'opportunità di conclusioni ben differenti. La teoria della prova complessa parte infatti dal presupposto che la divergenza tra le due versioni dichiarative, lungi dal rappresentare la fisiologica conseguenza derivante dall'impiego di criteri epistemologici differenti, costituisca un problema da risolvere, sintomatico del fatto che l'autentica "verità" – ossia quella confezionata al riparo dalle interferenze perpetrate dal soggetto maggiormente interessato agli esiti processuali – è già stata degradata dalle indebite interferenze del contraddittorio.

Tale ultimo metodo epistemologico, dunque, può considerarsi qualitativamente superiore solamente qualora renda possibile l'emersione di una versione dichiarativa identica a quella rilasciata in assenza della difesa dell'imputato; in caso contrario, i suoi esiti informativi – da che definitivi – dovranno essere dequalificati a presupposti dell'acquisizione probatoria dell'unica "verità" possibile.

Conseguentemente, mentre il sistema accusatorio presceglie un *metodo* e, escluse le ipotesi in cui questo si riveli impossibile o non utile, accetta incondizionatamente i risultati che ne derivano, la teoria della prova complessa, all'opposto, sembra prescegliere un *risultato* – racchiuso nella versione dichiarativa assunta unilateralmente – e, in nome di questo, accettare incondizionatamente il metodo che sia in grado di produrlo.

Da questa inversione logica discende, inoltre, un paradosso che la teoria non riesce a risolvere. Essa vorrebbe infatti indicare come "vero" un risultato conoscitivo elaborato attraverso il criterio epistemologico dell'assunzione unilaterale; tuttavia, onde pervenire a tale scopo, impiega il risultato conoscitivo

elaborato nel contraddittorio. Così operando, però, la superiorità epistemologica del contraddittorio viene negata (giacché il risultato che deve prevalere è quello elaborato senza di esso) e simultaneamente accolta nella massima misura possibile (giacché è proprio quel risultato superiore a confermare la “verità” unilaterale).

Ma tale criticità, a ben vedere, altro non sembra essere che la fisiologica conseguenza di una teoria che, in sostanza, pretende di attribuire il valore di “verità” sia a ciò che deriva dall’espletamento del contraddittorio, sia – al contempo – a ciò che non sia stato prodotto alla stregua di tale metodo.

La teoria della prova complessa, allora, non può che presentarsi come una delle sfumature più elegantemente dissimulate di inquisizione: il ruolo apparentemente centrale riservato al criterio del contraddittorio cerca di rendere meno evidente che il risultato ultimo perseguito consiste, in ultima analisi, nel recupero di una “verità” – quella formulata in sede di assunzione unilaterale – ulteriore e differente rispetto a quella elaborata anche grazie ai contributi conoscitivi della difesa dell’imputato¹⁷.

3. *La necessità di una prova dell’annesia del testimone dimentico.* Esplorate le motivazioni sottese alla irragionevolezza delle acquisizioni probatorie disposte sulla scorta della c.d. teoria della prova complessa, si comprende intuitivamente come queste possano agevolmente riferirsi anche all’acquisizione

¹⁷ Deve essere dato inoltre conto, come testimoniato da Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, cit., 265 ss., delle nuove argomentazioni che, di recente, sono state poste a fondamento della teoria in parola. L’A., in un confronto dialettico con le posizioni espresse in Ruggieri, *Le contestazioni nell’esame testimoniale. Un’analisi critica della disciplina italiana in prospettiva interdisciplinare e nell’ottica del diritto comparato*, in www.lalegislazionepenale.eu, 9 febbraio 2017, passa criticamente in rassegna le perplessità di chi si chiede se il sistema processuale penale italiana non appaia, allo stato, eccessivamente *accused centered*, specialmente qualora confrontato con gli indirizzi ermeneutici della Corte EDU che, oltre a non censurare l’uso probatorio del precedente difforme, apparrebbero conformare un equilibrio tra diritti fondamentali differente, attribuendo maggiore rilievo alla tutela delle vittime e dei testimoni del reato. Dovendo necessariamente rimandare a quella sede per l’esposizione delle relative confutazioni, pare tuttavia opportuno ricordare come argomento decisivo per rigettare anche le nuove frontiere della teoria della prova complessa sia, come espresso da Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, cit., 269, «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 bilanciamento 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 avviene), ma non derogare, come invece sarebbe se si consentisse l’impiego del ‘precedente difforme’ fuori da quei casi eccezionali».

probatoria operata nell'ipotesi in cui un testimone, dopo aver dichiarato di non avere ricordi rispetto ai fatti oggetto di accertamento processuale, renda metadichiarazioni volte ad indicare come "vere" quelle precedentemente rilasciate.

Le uniche differenze sembrano, invero, attingere alle modalità di conferma delle dichiarazioni assunte unilateralmente: se il previgente art. 500, co. 4 c.p.p. richiedeva, attraverso gli «elementi di prova», che il riscontro di queste fosse attuato *ab externo* e sul piano oggettivo, la metadichiarazione del teste genuinamente dimentico può unicamente porsi *ab interno* e sul piano soggettivo, risolvendosi questa nell'affermazione del testimone circa la veridicità della versione dichiarativa assunta unilateralmente.

Tale ultima considerazione, unitamente alle criticità ed alle illogicità della c.d. teoria della prova complessa, rende doverosa qualche riflessione in merito alla compatibilità costituzionale dell'ipotesi di acquisizione probatoria in commento.

E ciò non semplicemente al fine di rilevare l'assenza – tra l'altro già evidenziata – di una norma che espressamente la preveda. Tale specifica omissione, infatti, se da un lato consente – come si è già evidenziato – di sollevare più di un sospetto quanto al rispetto del principio di legalità processuale, dall'altro lato non può fungere da pretesto per (continuare ad) evitare di disciplinare il fenomeno dell'amnesia del testimone, una volta riconosciutone l'innegabile verificabilità nella realtà empirica.

In tal senso, non si potrebbe prescindere dal dettato dell'art. 111, co. 5 Cost., ai sensi del quale, come noto, il criterio del contraddittorio è derogabile solamente in ipotesi di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva ovvero di provata condotta illecita.

L'eterogeneità fra le tre fattispecie indicate dalla Costituzione rende quantomeno arduo individuare una sola *ratio* che le accomuni. Ciononostante, è possibile notare – tracciando una distinzione di fondo tra le ipotesi derogatorie – che solamente la prima di queste non richiede alcun accertamento probatorio di sorta, essendo l'eccezione alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti giustificata, in tal caso, dal consenso del soggetto a favore del quale è stato istituito e costituzionalizzato tale criterio epistemologico¹⁸.

¹⁸ Sulla deroga al contraddittorio per consenso dell'imputato, MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 652: «Si ritiene che, per essere munito di un preciso significato epistemologico, il

Con una conseguenza di non poco conto per quanto di interesse in questa sede: nel passaggio al sistema del c.d. “giusto processo”, la possibilità di acquisire le dichiarazioni assunte unilateralmente sulla scorta di una valutazione di mera opportunità di procedere in tal senso (così come era consentito dal previgente art. 500, co. 4 c.p.p.) non è stata del tutto abrogata, ma circoscritta alla sola ipotesi in cui tale valutazione venga compiuta dalla persona dell'imputato.

Anche – se non soprattutto – con riferimento alla previsione di deroghe al principio del contraddittorio, quindi, la Costituzione rivela un'attenzione di primissimo livello avverso potenziali ricadute nel sistema inquisitorio: fatta salva l'ipotesi in cui sia l'imputato a dichiarare l'opportunità di procedere al giudizio sulla base di elementi informativi non elaborati nel contraddittorio tra le parti, infatti, le eccezioni al metodo del contraddittorio si sostanziano nella sola eventualità in cui venga provata la concreta sussistenza di almeno una tra le circostanze preventivamente indicate dal legislatore come ostative al materiale o utile espletamento del metodo epistemologico prescelto.

Il che, invero, induce a compiere un ulteriore ordine di considerazioni. Come reso manifesto dalla lettera dell'art. 111, co. 5 Cost., l'accertamento richiesto nelle ultime due ipotesi derogatorie previste dal costituente non prescrive di dimostrare – *sic et simpliciter* – che lo svolgimento del contraddittorio sia impossibile o non utile; al contrario, si richiede di accertare *le ragioni* per cui tale espletamento risulti essere impossibile ovvero non utile, prevedendo inoltre che queste potranno unicamente sostanzarsi in situazioni di impossibilità di natura oggettiva ovvero di provata condotta illecita¹⁹.

consenso all'utilizzo processuale dell'atto di indagine acquisito unilateralmente debba attestare la superfluità della informazione dialettica della prova. A tal fine, è indispensabile che si tratti di un consenso “informato”, cioè reso dall'interessato dopo aver avuto compiuta conoscenza dell'atto investigativo che si vuole introdurre nel patrimonio conoscitivo del giudice. Oltre che consapevole, il consenso deve anche essere spontaneo, non equivoco e, soprattutto, proveniente dalla parte che non è intervenuta nell'acquisizione dell'atto di indagine, ma che avrebbe titolo per partecipare alla formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale. Sebbene l'art. 111 comma 5 Cost. riferisca il consenso al solo imputato, gli interpreti sono concordi nel superare quello che viene giudicato un infortunio linguistico del legislatore costituzionale e nell'estendere la previsione ad ogni soggetto processuale».

¹⁹ Conferma l'impostazione prospettata la già citata Corte cost., 14 febbraio 2002, n. 36 (Ord.), che, nel dichiarare manifestamente infondate le questioni di legittimità volte a pretendere la piena utilizzabilità delle dichiarazioni lette a fini di contestazione, ha chiarito che la «Costituzione, nel nuovo testo dell'art. 111, prevede espressamente, fra i casi in cui la legge può stabilire che la prova non abbia luogo in contraddittorio, l'ipotesi in cui quest'ultimo non possa realizzarsi “per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”, stabilendo una disciplina sulla formazione della prova

Si tratta, del resto, di una norma precipuamente ideata a tutela dell'imputato. Sarebbe stato ben diverso, infatti, se la Costituzione si fosse limitata a demandare alla legge ordinaria la - non meglio parametrata - individuazione dei casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio: sulla base di un simile disposto, nulla avrebbe vietato al legislatore di prevedere che l'acquisizione del materiale non elaborato nel contraddittorio tra le parti potesse essere disposta - come quella propugnata dalla teoria della prova complessa - sulla base di valutazioni volte ad evidenziare la mera opportunità di procedere in tal senso ovvero la ritenuta "falsità" delle informazioni elaborate in dibattimento, così sostanzialmente permettendo che i canoni del sistema inquisitorio potessero essere reintrodotti anche in un sistema formalmente qualificato come accusatorio.

Limitando le eccezioni al metodo del contraddittorio alle sole ipotesi di impossibilità di natura oggettiva e di provata condotta illecita, il legislatore costituzionale ha invece reso esplicita la natura tendenzialmente inderogabile di tale metodo: se questo fallisce nella sua utilità epistemologica, tale fallimento è da attribuirsi non già alla caratteristiche intrinseche di tale criterio - di per sé perfetto - ma a dei *fattori esterni*, che, interferendo in fase di concreto espletamento di un criterio astrattamente ideale, potrebbero renderlo impossibile ovvero inutile.

che il legislatore è tenuto a rendere effettiva, senza eccedere dai confini ora costituzionalmente imposti». Si aggiunge, inoltre, che non si potrebbe dubitare della validità di tali vincoli in considerazione del libero convincimento del giudice o del «preteso affievolimento che la disciplina impugnata determinerebbe sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti e della obbligatorietà della azione penale, posto che, per un verso, il libero convincimento del giudice non può che riferirsi alle prove legittimamente formate ed acquisite; e che, sotto altro profilo, il diritto di azione - pubblica e privata - e il diritto di difesa non possono ritenersi lesi dalle prospettate "limitazioni", le quali si configurano come la naturale e coerente conseguenza di scelte sistematiche, in linea con i principi costituzionali». Ma, soprattutto, si afferma «che inconsistenti si rivelano altresì le censure relative alla violazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, variamente dedotte, ma prevalentemente incentrate sul profilo che la motivazione, per esser tale, "deve essere coerente e priva di vizi logici e non può sopportare quindi regole che impongano di adottare, invece, contraddizioni"; è del tutto evidente, infatti, che i limiti probatori relativi alle dichiarazioni lette per le contestazioni non incidono affatto sulla coerenza intrinseca della motivazione che il giudice è chiamato a svolgere - in positivo o in negativo - sul complesso della deposizione testimoniale, quale risultante all'esito delle contestazioni, e sullo scrutinio in punto di credibilità, posto che, ove così non fosse - ed a portare alle estreme conseguenze il ragionamento dei giudici *a quibus* - qualsiasi prova non utilizzabile (perché, ad esempio, assunta contro i divieti previsti dalla legge) comprometterebbe l'obbligo di motivazione, per il sol fatto di essere apparsa "persuasiva" nel foro interno del giudicante».

Il risultato ultimo è – come si anticipava – quello per cui, ai fini della valida operatività della deroga al contraddittorio, non sarà sufficiente constatare (o ritenere) che l’attuazione del contraddittorio sia divenuta impossibile ovvero inutile, ma sarà necessario dimostrare quali siano le circostanze la cui concreta sussistenza debba convincere nel senso della impossibilità ovvero della inutilità del criterio prescelto.

Non sarà, così, l’assenza del testimone all’udienza fissata per la sua escussione a poter permettere di esprimersi nel senso di una impossibilità di natura oggettiva; né sarà la mera differenza di contenuti tra la versione resa in dibattimento e quella resa unilateralmente a poter permettere di affermare che il dichiarante è stato sottoposto a condotta illecita. Nell’uno e nell’altro caso, infatti, si dovrà formulare un accertamento ulteriore: nel primo, come richiesto dall’art. 512 c.p.p., dovranno essere provati quei «fatti o circostanze imprevedibili» che abbiano reso impossibile procedere all’assunzione nelle forme del contraddittorio²⁰; nel secondo, disciplinato dall’attuale art. 500, co. 4 c.p.p., sarà invece necessario individuare gli «elementi concreti» necessari per ritenere che la discrepanza di contenuti dichiarativi non dipenda da un mero (e libero) ripensamento del testimone²¹.

²⁰ Come chiarito, ad esempio, da Cass., Sez. II, 9 maggio 2019, n. 19864, con nota di CHIARINI, *L’acquisizione della prova dichiarativa cartolare: la recente sentenza della Sez. II n. 19864/19 nel prisma della giurisprudenza della Corte EDU*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 2103 ss. In *Ibid.*, 2115, si rileva che «la Corte ha specificato, richiamandosi anche a giurisprudenza antecedente, che per la lettura e l’utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali rese da testimoni divenuti successivamente irreperibili non è sufficiente l’infruttuoso espletamento delle ricerche previste dall’art. 159 c.p.p. ma è necessario che il giudice compia tutti gli accertamenti sulla causa dell’irreperibilità, attraverso rigorose e accurate verifiche, se del caso da effettuarsi anche in campo internazionale»; in tal senso, «la Cassazione ha elaborato quattro importanti criteri necessari per poter valutare come legittima l’acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in fase investigativa da persona successivamente divenuta irreperibile, ovvero: a) l’accertamento rigoroso della irreperibilità, attraverso l’effettuazione di ricerche da effettuare sia sul territorio nazionale che sul territorio estero, attraverso il ricorso a tutti gli strumenti di ricerca disponibili; b) la verifica della “ragione dell’allontanamento”, funzionale alla doverosa esclusione della riconducibilità dello stesso alla volontà di sottrarsi al contraddittorio; c) la valutazione della imprevedibilità dell’irreperibilità nella fase investigativa, dato che la eventuale prevedibilità impone l’attivazione del contraddittorio incidentale; d) la verifica che le dichiarazioni siano state raccolte con il rispetto di “adeguate garanzie procedurali”, o in alternativa, la verifica dell’esistenza di elementi di conferma esterna ai contenuti accusatori».

²¹ Come è già stato chiarito da Corte ass. Perugia, 28 maggio 2005, in *Giur. Merito*, 2005, 8, 197. Tale impostazione ermeneutica sembra trovare riscontro in quel granitico orientamento di legittimità (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. II, 22 gennaio 2008, n. 5997, Rv. 238911) a parere del quale sono caratterizzati dalla “concretezza” solamente quegli elementi probatori che siano «precisi nella loro consistenza materiale,

Ed è proprio per tali motivi che l'acquisizione del precedente dichiarativo del teste dimentico appare oggi essere particolarmente critica: per procedere a questa, infatti, né la legge né la tradizionale giurisprudenza sul tema richiedono di dimostrare quali siano state le circostanze che, causando l'amnesia del testimone, abbiano reso impossibile o non proficuo l'espletamento del contraddittorio in relazione a quello specifico teste. Al contrario, come visto, si ritiene sufficiente che il dichiarante affermi, da un lato, di non avere tracce mnemoniche attuali della vicenda e, dall'altro, di aver deposto secondo sincerità al momento dell'assunzione unilaterale²², così ignorando la necessità – direttamente ricavabile dal dettato costituzionale – di un accertamento probatorio in merito alla effettività ed alla genuinità dello stato amnesico dichiarato dal testimone prima di derogare al miglior metodo per la formazione della verità.

Peraltro, a parziale conferma delle criticità finora evidenziate, una recente sentenza della Corte di cassazione²³ sembra aver posto un significativo freno all'automatismo tra la metadichiarazione del testimone privo di memoria e l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni di questo.

In tale decisione, il giudice di legittimità – dopo aver comunque escluso, richiamando il nutrito filone pretorio al riguardo, che l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni di un testimone sulla base della metadichiarazione di questo possa sostanziare violazioni di sorta – ha ritenuto tuttavia illegittima la

univoci nel significato, tali da dimostrare che l'atteggiamento reticente è stato indotto da una azione esterna alla libera scelta del testimone».

²² Inoltre, come si espone in Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, cit., 260, la deposizione con cui il testimone sostenga di essere stato sincero in sede di assunzione unilaterale appare una dichiarazione il più delle volte priva di concreto significato, in quanto motivata dalla paura del teste rispetto alle possibili conseguenze giuridiche qualora affermasse di non aver deposto secondo verità durante la fase delle indagini: «quando mai il testimone, debitamente incalzato, negherà d'aver detto il vero agli inquirenti? [...] 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?». In ogni caso – continua l'A. – «ciò che il testimone proclama come vero non sono i fatti rilevanti per il processo (che egli non ricorda), ma solo la dichiarazione con cui li riferì alla polizia giudiziaria; 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.)».

²³ Cass., Sez. II, 15 maggio 2025, n. 18392.

motivazione con cui la Corte territoriale, sulla scorta dell'invito del testimone a considerare "vere" le dichiarazioni dallo stesso rese durante la fase delle indagini preliminari, ne aveva giustificato l'acquisizione del precedente dichiarativo. In tal senso, viene valorizzato un profilo di valutazione che appare essere del tutto inedito nel panorama giurisprudenziale: si stabilisce, infatti, che affinché si possa disporre l'utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni di un simile teste, è preliminarmente necessario «passare per un reale confronto con le ragioni per le quali sia stato necessario sollecitarne il ricordo attraverso la lettura – e, per questa via, la sostanziale acquisizione – di quelle rese in sede predibattimentale», precisando che tale onere motivazionale, discendente direttamente dal comma secondo dell'art. 500 c.p.p., «è tanto più stringente quanto più sia rilevante la difformità tra quanto riferito in aula ed il contenuto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari sino al punto, come nel caso di specie, della integrale "sostituzione" di queste ultime ad una pressoché totale assenza di spontaneo ricordo da parte del teste»²¹.

Come specificato dallo stesso provvedimento, si tratta quindi di «spiegare – con argomentazioni che non [siano] di mero stile e tali da risolversi in uno sterile richiamo alla distanza temporale dei fatti – il motivo per il quale il [testimone] non [sia] stato in grado di riferire nemmeno» in ordine ai profili essenziali della vicenda oggetto di accertamento.

Si è sicuramente lontani dall'affermazione dell'esigenza di una prova della effettività e della genuinità dell'amnesia del teste; ciononostante, la pronuncia richiamata sembra evidenziare proprio quella tensione, già esplorata in questa

²¹ Più precisamente, la Corte di legittimità articola tale conclusione dopo aver chiarito – in via preliminare – che, in caso di condanna, il giudice è, *ex art. 500, co. 2 c.p.p.*, onerato da un obbligo motivazionale sia qualora il testimone destinatario delle contestazioni neghi la validità delle dichiarazioni precedentemente rese, sia qualora lo stesso – *melius re perpensa* – finisca per riallineare la propria deposizione dibattimentale sulla falsariga della versione dichiarativa rilasciata in fase di indagini preliminari. Nel primo caso, infatti, il decidente dovrà illustrare le motivazioni per le quali è necessario fondare la decisione sulle dichiarazioni rese in sede di escussione dibattimentale nonostante la rilevata difformità tra queste deposizioni e quelle utilizzate a fine di contestazione. Nel secondo caso, invece, il giudice sarà chiamato ad esternare le «ragioni che possano giustificare un mancato o incompleto ricordo dei fatti su cui era stato chiamato a riferire e che, come nel caso di specie, avevano formato oggetto di denuncia nei confronti degli imputati; in ogni caso, anche laddove il teste abbia finito per convergere sulle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari, sulle ragioni per le quali egli abbia inizialmente fornito in aula una versione diversa e non sia stato in grado di rispondere sin da subito in termini coerenti con il contenuto delle dichiarazioni predibattimentali». Si ritiene, di conseguenza, illegittima la motivazione offerta sul punto dal provvedimento impugnato, che aveva omesso di illustrare le cause per cui la persona offesa non era stata in grado di riferire neanche sulle circostanze più incisive della vicenda.

sede, tra la necessità di recuperare il precedente dichiarativo del testimone dimentico e la – speculare, ma altrettanto rilevante – necessità di procedere a tale acquisizione solamente in seguito ad un accertamento in merito alle ragioni che abbiano reso il testimone incapace di ricordare (così comportando l'impossibilità dell'escussione di questo nel contraddittorio tra le parti).

In ogni caso, anche prescindendo da tale – apparentemente isolato²⁵ – principio di diritto, l'esigenza di subordinare l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni del teste dimentico ad un accertamento in merito alla genuinità e l'effettività dello stato amnesico si individua, oltre che per le motivazioni esposte in precedenza, anche alla luce di un confronto sistematico tra le diverse situazioni in cui il testimone dichiara di non ricordare.

È evidente, infatti, che tale evenienza potrebbe ricorrere sia quando il testimone sia genuinamente dimentico, sia quando il teste si renda autore del reato di cui all'art. 372 c.p., sia – ancora – quando lo stesso sia stato vittima della condotta illecita descritta dall'attuale art. 500, co. 4 c.p.p. e valevole a legittimare l'acquisizione del precedente dichiarativo.

Richiedere una prova rispetto alla effettività e la genuinità dell'amnesia dichiarata dal testimone, allora, permette non solo di riallineare tale ipotesi di acquisizione al dato costituzionale, ma anche di escludere che la mancata deposizione sia dovuta alla verifica di condotte dolose da parte del teste stesso o di soggetti terzi.

Sembra, infatti, che la giurisprudenza finora elaborata con riferimento alla figura del teste dimentico abbia ritenuto sufficiente che l'amnesia del teste fosse accertata attraverso una mera prova negativa, ovvero sia attraverso la dichiara-

²⁵ Si veda, emblematicamente, Cass., Sez. VI, 6 giugno 2025, n. 21291, che ricorda come, «secondo il consolidato orientamento di questa Corte regolatrice, le dichiarazioni predibattimentali utilizzate per le contestazioni al testimone, il quale manifesti genuina difficoltà di elaborazione del ricordo, ove lo stesso ne affermi la veridicità anche mediante richiami atti a giustificare il deficit mnemonico, devono ritenersi confermate e, in quanto tali, possono essere recepite ed utilizzate come se fossero state rese direttamente in dibattimento. [...] Così pure, deve puntualizzarsi che le dichiarazioni predibattimentali utilizzate per le contestazioni al testimone che siano state confermate, anche se in termini laconici, vanno recepite e valutate come dichiarazioni rese dal testimone direttamente in sede dibattimentale, poiché l'art. 500, co. 2 cod. proc. pen., nella parte in cui limita la utilizzabilità dei contenuti dichiarativi acquisiti al di fuori del contraddittorio alla sola valutazione di credibilità della testimonianza, concerne il solo caso di dichiarazioni dibattimentali difformi da quelle contenute nell'atto utilizzato per le contestazioni». Ciò premesso, si conclude nel senso che «è del tutto priva di fondamento la dedotta violazione del divieto di contestazioni c.d. acquisitive, formulata sul presupposto che difettassero nella specie i presupposti di cui all'art. 500, comma 4, cod. proc. pen., in quanto – come chiarito dalla sentenza rescindente – una tale acquisizione non risulta essere mai avvenuta nel presente giudizio».

zione con cui il teste ammette di non ricordare, purché rilasciata in assenza di elementi probatori che possano sottintendere la verifica di condotte rilevanti ex art. 372 c.p. ovvero 500, co. 4 c.p.p.

Con conseguenze processuali, invero, di non poco conto: è evidente, del resto, che l'impossibilità di accertare la commissione del delitto di falsa testimonianza ovvero la perpetrazione di condotte illecite sul testimone non può essere interpretata nel senso che l'amnesia affermata dal dichiarante è, allora, necessariamente sussistente e dovuta ad eventi o condotte non illecite.

Se non viene, cioè, fornita alcuna prova in merito alla circostanza che l'amnesia dichiarata dal teste si sia effettivamente e genuinamente verificata, tale circostanza, al pari di qualunque altro tema processuale (ivi ricomprese le ipotesi descritte dagli artt. 372 c.p. e 500, co. 4 c.p.p.), non può né ritenersi provata né – per quanto esposto in questa sede – legittimare l'acquisizione del precedente dichiarativo di un simile testimone: anche se le fattispecie ora richiamate sono ovviamente incompatibili tra loro, non potrà essere – in definitiva – il mancato raggiungimento della prova dell'una a poter costituire l'accertamento probatorio dell'altra.

Simili considerazioni confermano la necessità di introduzione di una disciplina che, sulla scorta di una ritrovata consapevolezza accusatoria, riconosca e regolamenti il fenomeno dell'amnesia del teste intervenuta successivamente all'assunzione unilaterale, prevedendo che le precedenti dichiarazioni di questo possano essere acquisite solamente a seguito di una prova positiva che, elaborata anche grazie ai contributi tecnico-scientifici di cui può servirsi il procedimento, conduca a ritenere tale acquisizione come l'unica alternativa possibile alla dispersione definitiva di informazioni processualmente rilevanti.

4. Le contestazioni acquisitive: un'anomalia di sistema e i suoi possibili rimedi.

Se l'ipotesi del testimone genuinamente dimentico pone problemi in termini di deroga surrettizia al contraddittorio, criticità analoghe – e per certi versi ancora più insidiose – emergono nell'ipotesi in cui la contestazione sia diretta non già a colmare un vuoto mnemonico, ma a sollecitare la conferma di dichiarazioni assunte unilateralmente, una volta riscontrata la difformità tra queste e le deposizioni rese in dibattimento.

Anche l'esaminato che confermi la validità delle dichiarazioni lette a fini di contestazione, infatti, finisce per rinviare – alla stregua di un testimone *de relato* a se stesso – ad una fonte dichiarativa ormai divenuta imperscrutabile:

tornano allora in rilievo tutte le perplessità già evidenziate con riferimento alla c.d. teoria della prova complessa, soprattutto per quanto concerne l'inconfigurabilità – in un sistema che possa definirsi propriamente accusatorio – di meccanismi acquisitivi fondati sulla ritenuta attendibilità del materiale informativo elaborato al di fuori del contraddittorio.

Tra le due ipotesi considerate, però, si profila una differenza che – in maniera solo apparentemente controintuitiva – rende proprio il caso limite quello di più agevole soluzione. Se da un lato, infatti, l'intervenuta amnesia del testimone appare complicare di molto il quadro dell'escussione dibattimentale, dall'altro lato occorre invero considerare che è solamente laddove manchino del tutto i ricordi che è possibile ipotizzare una fattispecie acquisitiva per oggettiva impossibilità di espletamento del metodo del contraddittorio. Lo stesso non può dirsi anche per il caso di dichiarazioni meramente difformi, posto che la circostanza che il testimone abbia deposto esclude per definizione ogni impossibilità di natura oggettiva²⁶. Ne consegue che, a mente dell'art. 111, co.

²⁶ Onde la conseguenza per cui l'incapacità del testimone di ricordare solamente alcuni aspetti – specialmente se di dettaglio – dei temi oggetto di esame testimoniale non dovrebbe essere qualificata come impossibilità di natura oggettiva di espletamento del contraddittorio e, conseguentemente, non ammetterebbe alcuna acquisizione del precedente dichiarativo motivata da accertamenti in merito alla genuinità ed effettività dell'amnesia dichiarata del teste. In senso contrario si veda però MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., 662, che – commentando gli esiti interpretativi espressi in Corte cost., 22 novembre 2001, n. 375 (ord.) – giunge alla considerazione per cui sostenere, come ritiene la Consulta, «che l'amnesia determinata da infermità sia una "causa oggettiva" sufficiente a garantire l'acquisizione dibattimentale dell'atto di indagine, mentre l'amnesia di carattere fisiologico rientri nei comportamenti "soggettivi" del dichiarante che non assumono rilievo alla luce dell'art. 111 comma 5 Cost.» costituisce una soluzione che «si presta a una critica "interna" alla logica stessa seguita dalla Corte costituzionale, poiché anche l'amnesia non patologica, qualora fosse reale e accertata, impedirebbe oggettivamente il compimento dell'atto dibattimentale». Peraltro, a sostegno di tale ultima posizione, è opportuno sottolineare che, con la decisione richiamata, la Consulta aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 512 c.p.p. dal momento che «il giudice *a quo* mostra peraltro di non cogliere la differenza tra oggettiva impossibilità di ripetizione dell'assunzione dell'atto dichiarativo (quale potrebbe derivare da morte, irreperibilità, infermità che determina una totale amnesia del testimone), rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 512 cod. proc. pen., e mera incapacità dedotta dal teste di richiamare alla memoria il contenuto dell'atto assunto durante le indagini preliminari, situazione appunto ravvisabile nel comportamento processuale di un testimone che afferma di non essere in grado di rispondere perché non ricorda fatti o circostanze riferiti in precedenza; [...] all'evidenza nel caso di specie non si versa in un caso di oggettiva impossibilità di procedere all'assunzione dell'atto [...]; [...] quindi, a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alla prevedibilità dell'impossibilità di ripetizione dell'atto, l'art. 512 cod. proc. pen., ove interpretato correttamente, non è applicabile alla situazione presa in esame dal giudice *a quo*». Non appare allora opportuno richiamare tale ordinanza per sostenere, come pure si è sostenuto in dottrina (v. Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, cit., 262), che la Consulta ab-

5 Cost., l'acquisizione del precedente dichiarativo in un simile contesto processuale deve (*rectius*: dovrebbe) ritenersi possibile solamente in presenza del consenso dell'imputato ovvero di condotte illecite a danno del dichiarante. Anche sotto questo profilo, allora, la lettera dell'art. 500, co. 2 c.p.p. non sembra interpretabile nel senso che esistano condizioni tali per cui le dichiarazioni lette per le contestazioni possano essere acquisite a fini probatori. Eppure, come si è anticipato, la giurisprudenza è pacifica nell'adottare una interpretazione che – definita da attenta dottrina come fondata su «varianti terminologiche utilizzate *ad usum delphini*»²⁷ – ritiene ammissibile l'acquisizione del precedente (originariamente) difforme anche nell'ipotesi in cui il testimone confermi la validità delle dichiarazioni lette: si evidenzia, infatti, che il limite di utilizzazione imposto dall'art. 500, co. 2 c.p.p. sarebbe valido solamente qualora la dichiarazione resa in contraddittorio risulti diversa da quella letta a fini di contestazione, posto che «laddove non sia possibile ravvisare tale difformità, ovvero questa sia venuta meno a seguito della contestazione, si rientra nell'ambito della normale deposizione»²⁸.

bia inteso escludere dalle ipotesi di impossibilità di natura oggettiva di espletamento del contraddittorio il difetto di memoria non attribuibile a causa patologica, posto che la decisione ha preso le mosse da considerazioni volte a comprendere se – anche solo astrattamente – l'ipotesi dedotta dal giudice *a quo* potesse essere o meno ricompresa nell'alveo applicativo dell'art. 512 c.p.p. Ciononostante, sembra necessario, in questa sede, concludere nel senso che l'avvenuta – per quanto parziale – deposizione del teste escluda per definizione la ricorrenza di una ipotesi di impossibilità di natura oggettiva del contraddittorio. Resta, tuttavia, problematica l'enucleazione di criteri atti a comprendere quando, in concreto, le amnesie del testimone siano incidenti su aspetti marginali della deposizione (così non ammettendo acquisizioni probatorie disposte sulla scorta di accertamenti in merito alla sussistenza e genuinità dell'amnesia dichiarata) e quando, invece, risultino sufficientemente gravi da compromettere il regolare andamento del contraddittorio, aprendo così la strada alla possibilità di dichiarare – previo accertamento in tal senso – l'intervenuta impossibilità di natura oggettiva del contraddittorio.

²⁷ GIUNCHEDI, *L'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali mediante conferma*, cit., 195.

²⁸ Cass., Sez. IV, 9 marzo 2009, n. 18973. Riassume efficacemente i termini della questione e le problematiche che questa sottende GIUNCHEDI, *L'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali mediante conferma*, cit., 197: «In estrema sintesi, può affermarsi che la deriva giurisprudenziale relativa all'utilizzo delle dichiarazioni precedentemente rese ed utilizzate per le contestazioni consente che la mera conferma da parte del testimone di aver reso dette dichiarazioni le renda utilizzabili per la decisione nel giudizio ordinario. La ragione di questa conclusione, basata su un criterio di maggior prossimità temporale dell'informazione resa in fase predibattimentale e costituente una massima di esperienza mutuata dalla scienza medica, non risulta esportabile in sede processuale, ove l'aspetto accertativo si fonda non solo su un profilo cronologico della dichiarazione, ma innanzi tutto sulla dialettica dibattimentale, ovvero su quell'«andirivieni» di domande e risposte provenienti da tutte le parti che consentono l'approfondimento di una determinata circostanza che potrebbe difettare se effettuato da una sola parte. Questa, infatti, vuoi per il diverso obiettivo da conseguire, vuoi per il differente quadro conosciti-

Sul testimone – immemore o meno – grava pertanto sempre l'eventualità di essere richiamato al confronto con quanto dichiarato in fase di indagini, con il conseguente onere di rendere conto delle ragioni alla base di eventuali difformità.

Tale assetto impone di interrogarsi sui punti di frizione che questo potrebbe presentare rispetto ad un modello processuale realmente accusatorio.

Al riguardo, occorre innanzitutto – e nuovamente – considerare che, se si assume la superiorità epistemologica del contraddittorio, le eventuali difformità tra le versioni dichiarative dovrebbero rappresentare non un'anomalia da spiegare, ma l'esito fisiologico dell'impiego di metodi conoscitivi tra loro differenti. E, sulla scorta di una simile premessa, appare allora tutt'altro che infondato sostenere che, in un modello processuale effettivamente accusatorio, l'obiettivo primario delle contestazioni al testimone dovrebbe consistere non già in una indagine rispetto alle motivazioni che abbiano portato il dichiarante a deporre difformemente in dibattimento, ma – all'opposto – in una indagine del tutto speculare, volta a comprendere per quali ragioni quel medesimo soggetto abbia dichiarato in maniera non conforme in sede di assunzione unilaterale. La distinzione appena tracciata è solo apparentemente marginale: orientare l'effettuazione delle contestazioni in un senso o nell'altro comporta – implicitamente, ma significativamente – indicare quale tra le due, nel dubbio, sia la versione dichiarativa da presumersi come “vera”, ossia da utilizzare al fine di correggere i possibili o presunti errori cui sia incorso il testimone.

Complice l'ambiguità della lettera dell'art. 500, co. 2 c.p.p. (che indica quale oggetto dell'indagine la «credibilità del teste», come se l'attendibilità dello stesso soggetto in sede di assunzione unilaterale costituisca una presunzione assoluta), le origini delle problematiche di cui si discorre sembrano innanzitutto da individuarsi in una prassi che, in nome di un probabile strascico della cultura inquisitoria, concepisce le contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p. come uno strumento che, nell'eventuale tensione tra la versione dibattimentale e

vo a sua disposizione, potrebbe, volontariamente o meno, non concentrarsi su taluni aspetti ricostruttivi. Non considerare quest'aspetto significa omettere che il rispetto del principio del contraddittorio oltre a tutelare l'accusato, garantisce una maggiore correttezza e attendibilità dell'accertamento giudiziale». Condividendo le posizioni da ultimo riportate, sembra, del resto, che una autentica valorizzazione del dato scientifico in merito alla decadenza mnemonica nel tempo potrebbe semmai condurre alla necessità di interventi strutturali volti a ridurre le tempistiche che precedono l'escussione dibattimentale del teste, e non già al risultato di annullare l'effettività del contraddittorio per favorire una “verità” – unilaterale – solamente in quanto assunta in un momento antecedente.

quella unilaterale, tende a dubitare della prima molto più frequentemente di quanto diffidi della seconda.

Il risultato finale, coadiuvato da una giurisprudenza che unanimemente riconosce l'acquisizione a fini decisori delle dichiarazioni predibattimentali confermate, è un recupero probatorio attuato aggirando non soltanto gli «elementi concreti» di cui all'art. 500, co. 4 c.p.p. e la lettera dell'art. 111, co. 5 Cost., ma l'essenza stessa del metodo del contraddittorio, pienamente manifestatasi ogniquale volta il contributo conoscitivo della difesa dell'imputato abbia comportato l'emersione di una "verità" non corrispondente a quella elaborata unilateralmente. La deriva più insidiosa di una simile tendenza interpretativa non potrebbe che consistere, allora, in una sostanziale demonizzazione del fine ultimo del sistema accusatorio: il contraddittorio – così come sostenuto dai fautori della teoria della prova complessa – verrebbe considerato come il più affidabile dei criteri epistemologici solamente qualora riconfermi i risultati dell'escussione unilaterale; in caso contrario, contestare le dichiarazioni dibattimentali si rende necessario per comprendere se, nonostante la presenza dell'imputato e della sua difesa, il testimone sia comunque riuscito a deporre secondo la "vera verità".

Ed allora, ferma restando l'impossibilità di prospettare l'abrogazione dello strumento delle contestazioni – che costituisce, se legittimamente utilizzato, uno dei capisaldi del sistema accusatorio – si profila la necessità di predisporre dei rimedi effettivi alle criticità appena evidenziate.

Il primo di questi, come si è anticipato, sembra potersi individuare nell'inserimento – preferibilmente per le vie normative – dell'obbligo di procedere alle contestazioni al fine di vagliare l'attendibilità del dichiarante al momento dell'assunzione unilaterale.

Non si tratta affatto di proposta sovversiva, ma di porre un fondamento diverso – e più coerente con un sistema processuale di stampo accusatorio – alla base dell'indagine di cui all'attuale art. 500, co. 2 c.p.p.: all'esaminato può comunque essere prospettato un confronto dialettico con quanto dallo stesso reso in epoca precedente, ma si parte dal presupposto che, in caso di difformità tra versioni dichiarative, siano non "vere" – indipendentemente dalle ragioni, lecite o meno, che abbiano causato il mendacio o la reticenza – quelle non rilasciate alla presenza di tutte le parti.

Tale proposta, peraltro, risulta essere funzionalmente connessa alla tutela della libertà morale del testimone. Se è infatti vero che tra le pietre miliari del

processo accusatorio si pone l'escussione in contraddittorio di un testimone libero²⁹, occorre allora considerare che l'impostazione attuale appare particolarmente fragile proprio nella misura in cui costituisce un concreto deterrente affinché il dichiarante esprima il proprio patrimonio conoscitivo senza avvertire pressioni – più o meno implicite – a conformare le proprie dichiarazioni dibattimentali a quelle rese unilateralmente.

Stando alla normativa vigente, infatti, ben potrebbe accadere che, per il tramite delle contestazioni a seguito di dichiarazioni difformi, il testimone venga posto davanti ad un bivio che, nella sua essenza pratica, nasconde una non perfetta aderenza costituzionale: il teste potrà sì rimanere sulla propria versione dibattimentale, ma dovrà giustificare la diversità di contenuti; in alternativa, potrà confermare le dichiarazioni predibattimentali, così sottraendosi anche al pericolo di essere ritenuto mendace. Il rischio, in altri termini, è che il testimone finisca per confermare il tenore delle dichiarazioni assunte unilateralmente – così autorizzandone l'utilizzabilità a fini decisori – ogniquale volta non sia in grado di fornire una spiegazione precisa e convincente delle ragioni che hanno determinato la diversità riscontrata; in caso contrario, ritrattare o riformulare quanto proferito in dibattimento si rende "scelta" sostanzialmente obbligata al fine di non essere tacciato di falsità in sede processuale.

La libertà morale del dichiarante non viene dunque formalmente compressa – potendo il teste, in linea di principio, esprimersi liberamente a seguito delle contestazioni – ma risulta senz'altro circoscritta entro un perimetro che la condiziona concretamente, rendendo determinati risultati di prova strutturalmente più accessibili di quanto lo siano quelli diametralmente opposti.

Eppure, le ragioni per cui possono fisiologicamente emergere difformità tra le versioni dichiarative sono già state individuate, in questa sede, nella diversità dei criteri epistemici impiegati. Non può, conseguentemente, subordinarsi l'effettivo espletamento del contraddittorio – e, con esso, la possibilità che questo conduca a risultati di prova dal contenuto difforme rispetto a quello

²⁹ Come ricorda FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, vol. I, 165 s., seppur con riferimento alla diversa fattispecie di cui al quarto comma dell'art. 500 c.p.p.: «Ciò che soffoca il contraddittorio, lo priva della sua funzione euristica [...] è il venir meno dell'autodeterminazione; davanti al teste eterodiretto fallisce anche il metodo del contraddittorio. Il requisito minimo è che chi parla nel processo abbia la libertà di dire, il vero come il falso: quando questa manchi, l'interrogatorio non ha senso, è come se il teste fosse divenuto inabile a deporre, metaforicamente morto ai fini della prova. L'esame si riduce ad una pseudotestimonianza, a fronte della quale si giustifica il recupero probatorio delle precedenti dichiarazioni».

delle dichiarazioni rese in fase di indagini – alla circostanza che il testimone riesca a smentire se stesso, esplicitando i motivi che lo avrebbero indotto in errore in sede di assunzione unilaterale.

Percorrendo una prospettiva critica parallela, è inoltre possibile sottolineare come le contestazioni dibattimentali condividano con gli istituti del controesame e del riesame del testimone la medesima finalità – fare emergere una “verità” diversa da quella inizialmente elaborata dal dichiarante – pur differenziandosene in misura radicale quanto al metodo impiegato per perseguirla. Nel controesame e nel riesame, anche attraverso la possibilità di proporre domande c.d. suggestive, al teste viene infatti prospettata una ricostruzione fattuale che, alternativa a quella precedentemente esternata nel contraddittorio, egli rimane libero di accogliere o di rigettare, pur nel rispetto dell’obbligo di deporre secondo verità. In tale contesto, all’esaminatore è concesso indicare le contraddizioni e le criticità logiche insite nella ricostruzione originariamente fornita, anche richiamando risultati di prova già emersi in sede dibattimentale: così operando, il confronto dialettico si svolge su un piano interamente interno al contraddittorio.

Le contestazioni di cui all’art. 500 c.p.p., così come oggi disciplinate ed interpretate, sembrano invece operare secondo una logica strutturalmente diversa, che le avvicina pericolosamente alle domande c.d. nocive³⁰, oggetto di divieto – anche nelle fasi eventuali dell’esame testimoniale – ex art. 499, co. 2 c.p.p. Rievocando direttamente quanto dichiarato in una sede sottratta al contraddittorio, con le contestazioni non si chiede al testimone di valutare – liberamente – una ricostruzione alternativa, ma lo si pone di fronte a due versioni che, nonostante siano incompatibili tra loro, sono state entrambe rilasciate in adempimento di un medesimo obbligo di verità: con la conseguenza che la

³⁰ Molteplici le indicazioni offerte dalla dottrina per l’individuazione del contenuto delle domande nocive. Per FERRUA, *Lacune ed anomalie nelle regole dell’esame incrociato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 4, 2, si tratta delle domande che, per la loro formulazione, impediscono al testimone di esprimere genuinamente il proprio pensiero; per SPACCASASSI, *Considerazioni in tema di esame testimoniale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 494, sono nocive le domande che, data la loro idoneità a turbare la libertà morale del testimone, lo inducono a mentire; per MANZIONE, *Le nuove “regole” per l’esame testimoniale (a proposito dell’art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. pen.* 1991, 8-9, 1482 sono tali le domande che contengono presupposti non veritieri, così dando per acclarato un fatto che è invece ancora da accertare; ancora, per ILLUMINATI, *Annullamento e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 120, queste sono da identificarsi nelle domande che intendono fare leva sui profili emotivi dell’esaminato, cercando di innervosirlo, di metterlo in cattiva luce più di quanto sia necessario oppure di approfittare delle sue debolezze caratteriali o culturali.

domanda implicita percepita dal teste non concerne l'individuazione della ricostruzione maggiormente fedele ai fatti, ma un'ammissione rispetto a quale sia la sede in cui questo avrebbe mentito. È precisamente questo il significato che, aggiuntivo rispetto alle domande suggestive, può agevolmente rendere le contestazioni idonee a nuocere alla sincerità delle risposte: non si tratta di prospettare una mera versione alternativa, ma una ricostruzione alternativa già gravata da un proprio statuto di verità – acquisito fuori dal contraddittorio – che, oltre a danneggiare irrimediabilmente la genuinità del ricordo, non può essere semplicemente ignorato dal testimone senza che questo si esponga a conseguenze giuridiche.

Ne consegue, in ultima analisi, che il fattore nocivo non si colloca necessariamente nell'intento di chi procede alla contestazione, ma si sostanzia nella contestazione in sé.

Ed allora, in conclusione, nel contemperamento tra le criticità finora complessivamente evidenziate, da un lato, e la necessaria permanenza delle facoltà oggi descritte dall'art. 500, co. 1 c.p.p., dall'altro, un ragionevole punto di equilibrio sembra individuabile in una parziale ristrutturazione delle dinamiche dell'esame testimoniale.

In tal senso, si potrebbe ipotizzare di articolare l'esame del testimone in due sessioni distinte, ciascuna delle quali governata dalle regole attualmente vigenti in materia. Nella prima – informata da un contraddittorio definibile “puro” – non sarà consentito procedere alle contestazioni dibattimentali: le parti saranno così tenute a condurre l'esame facendo esclusivo riferimento ai risultati informativi elaborati in contraddittorio, senza poter fare perno sulla rievocazione della “verità” assunta unilateralmente.

Di qui, tre possibili esiti, tra loro alternativi. In primo luogo, le parti possono dichiararsi non interessate a contestare le deposizioni dibattimentali del teste, il cui esame sarà dunque da ritenersi concluso. In secondo luogo, il giudice – anche d'ufficio – può disporre gli accertamenti necessari al fine di comprovare l'effettività e la genuinità dello stato di amnesia affermato dal testimone.

In terzo luogo, una ovvero entrambe le parti processuali potrebbero invece dichiararsi interessate alla contestazione delle deposizioni dibattimentali fino a questo momento rilasciate³¹. In tal caso, il giudice dispone la prosecuzione

³¹ Sarà dunque questa – ricollegandosi a quanto già evidenziato nella n. 26 – la sede in cui è dato comprendere quale sia l'effettiva gravità delle amnesie dichiarate dal testimone, al fine di stabilire se sia opportuno esprimersi in termini di impossibilità oggettiva di espletamento del contraddittorio oppure di

dell'esame testimoniale nella sua seconda sessione, che in nulla si differenzia dalla prima se non per la facoltà per le parti, concessa solamente a partire da questo momento, di utilizzare le dichiarazioni predibattimentali a fini di contestazione. L'accesso a tale seconda sessione dovrà, per esigenze di coerenza, essere subordinato alla circostanza che la parte interessata abbia, in sede di controesame ovvero di riesame, escusso il teste in relazione agli specifici argomenti rispetto ai quali intende procedere alla contestazione. Qualora il riesame non abbia avuto luogo per rinuncia dell'altra parte al controesame, l'accesso alla seconda sessione di esame dovrà essere garantito per la sola parte citante, così da non rimettere l'esercizio della facoltà in parola ad una libera scelta altrui.

Due, in particolare, i benefici prospettabili a partire da una simile modifica. Il primo, come anticipato, attiene alla libertà morale del testimone. Nella prima sessione, infatti, il dichiarante sarà sottratto alla pressione che inevitabilmente deriva dalla lettura delle dichiarazioni predibattimentali. Per quanto concerne la seconda sessione, invece, è ragionevole attendersi un atteggiamento del testimone meno incline all'adesione acritica a quanto oggetto di rievocazione per il tramite delle contestazioni, posto che queste ultime dovranno confrontarsi con una "verità" dibattimentale che – oltre ad essere il risultato di una autentica libertà morale del testimone – sarà già stata sottoposta, senza successo, ai tentativi di falsificazione attuati in sede di controesame e riesame.

In tale prospettiva, potrebbe risultare altresì utile la previsione di un avviso, da fornire al dichiarante tra l'una e l'altra sessione di esame, in merito al fatto che l'eventuale smentita delle dichiarazioni lette a fine di contestazione non costituisce violazione dell'obbligo di deporre secondo verità, se il rispetto di quest'ultimo conduce, in dibattimento, a risultati probatori differenti da quelli elaborati in sede di assunzione unilaterale.

Il secondo beneficio attiene invece alla qualità ed alla ricchezza della dialettica dibattimentale. Nel vietare alle parti la facoltà di procedere alle contestazioni, la prima sessione indurrebbe le stesse a sfruttare al massimo i (soli) dati in-

un'assenza di ricordi che, fisiologica e marginale, dovrà essere ricondotta dal giudice nel terzo tra gli esiti appena delineati. La suddivisione dell'esame testimoniale in due sessioni, peraltro, sembra fisiologicamente adattarsi ad una valutazione, come quella in parola, che sembra necessariamente demandare al decidente di saggiare la consistenza dei ricordi attuali del testimone prima di disporre i provvedimenti ritenuti più opportuni.

formativi in quella sede ottenuti. Sotto altro profilo, la consapevolezza di un possibile utilizzo delle contestazioni nella seconda sessione costituirebbe un incentivo per il controesaminatore della prima sessione a condurre un esame più analitico anche nei casi in cui le deposizioni già rilasciate dal teste sembrino conformi ai propri interessi. Onde, infine, l'ulteriore conseguenza per cui la maggiore completezza informativa di un simile esame testimoniale dovrebbe anche tradursi in una riduzione della frequenza con cui si rende necessario il ricorso all'integrazione probatoria d'ufficio *ex art. 506 c.p.p.*

Il risultato auspicato, in conclusione, non è una abrogazione delle contestazioni, ma la riconduzione di queste alla funzione che il sistema accusatorio assegna loro: non un meccanismo di recupero della "verità" unilaterale, ma uno strumento di verifica della credibilità del testimone, attuato nel rispetto – e non in elusione, nemmeno potenziale – dei principi che presiedono alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti.