

Dibattimento

Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste

Mariangela Montagna

La decisione

Giudizio - Testimone irreperibile - Imprevedibilità - Natura oggettiva - Accertamento rigoroso - Letture (C.e.d.u. art 6 § 1; Cost. art. 111, co. 5; C.p.p. art. 512)

In tema di letture dibattimentali, la sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, nel caso di irreperibilità del teste, ricorre esclusivamente se tale situazione, non solo sia imprevedibile, con riferimento al momento dell'assunzione della prima dichiarazione, ma sia pure "oggettiva", nel senso che non vi siano elementi da cui desumere che il soggetto si sia volontariamente sottratto all'esame. Ai fini dell'utilizzabilità, mediante lettura, delle dichiarazioni pre-dibattimentali di una persona per sopravvenuta imprevedibile irreperibilità, l'impossibilità di acquisizione della prova nel contraddittorio delle parti esige un accertamento rigoroso, che non è soddisfatto da una verifica burocratica o di "routine", ma impone l'adempimento, da parte del giudice, di quanto in suo potere per reperire il dichiarante, non esclusa, se del caso, l'ipotesi dell'accompagnamento coattivo ex art. 133 c.p.p.

CASSAZIONE PENALE, SESTA SEZIONE, 25 febbraio 2011 (dep. 10 marzo 2011) - DE ROBERTO *Presidente* - LANZA *Relatore* - DE SANTIS *P.M.* (diff.)- Ventaloro e altri, ricorrenti.

Il commento

1. La sentenza annotata, occupandosi della lettura in dibattimento di dichiarazioni rese in fase preliminare da un teste divenuto, poi, irreperibile, fissa alcuni punti fermi circa le condizioni che devono sussistere per un "recupero" in tal senso e consente di dare uno sguardo sulla complessa vicenda sottostante l'applicazione dell'art. 512 c.p.p., anche in prospettiva sovranazionale. In particolare, la decisione si segnala per aver posto l'accento sulla verifica da compiere ai fini della valutazione circa il sussistere di una causa soggettiva impediente la reiterazione della dichiarazione testimoniale. Nella specie, il non aver fatto ricorso a tutti gli strumenti a disposizione dell'organo giudicante necessari ad ottenere la presenza del dichiarante, ha generato - ad avviso della S.C. - l'inutilizzabilità di quelle dichiarazioni e, dunque, l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice d'appello "*per nuovo giudizio e nuova valutazione dei profili delle singole responsabilità dei ricorrenti, esclusi gli apporti probatori dianzi dichiarati inutilizzabili*".

Con riguardo all'utilizzazione di dichiarazioni testimoniali non sottoposte al necessario confronto dibattimentale e, comunque, poste in modo esclusivo a

fondamento di sentenze di condanna, molteplici sono state le censure mosse nei riguardi del nostro Paese da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del diritto al confronto, sancito dall'art. 6 § 3 lett. d C.e.d.u. E' emerso un divario tra la norma interna, l'applicazione che ne viene fatta ed i principi sovranazionali nella forma in cui "vivono" nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Tale divario richiede di essere colmato. Si tratta di un intervento che può dipanarsi attraverso diverse modalità, ma che risulta indifferibile alla luce della sempre più incisiva e costante influenza sovranazionale a livello interno

2. Nella specie, la sentenza di condanna, tanto in primo, quanto in secondo grado, si basava sulle dichiarazioni rese da un teste nella fase delle indagini preliminari (prima in sede di "spontanee dichiarazioni", poi come sommarie informazioni) e ritenute pienamente utilizzabili dopo averne dato lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p., posto che il soggetto dichiarante non era mai stato reperito, nonostante le ricerche effettuate, in occasione delle citazioni dello stesso per l'esame testimoniale.

Tali dichiarazioni, "recuperate" ai sensi dell'art. 512 c.p.p., *"sono state, variamente e con diversa caratura, utilizzate per tutte le pronunce di colpevolezza"*, come rilevato nella sentenza annotata, al fine di evidenziare l'apporto decisivo delle stesse sul piano probatorio *"e la necessità, laddove dichiarate inutilizzabili, di una nuova valutazione dei profili delle singole responsabilità da parte del giudice dell'annullamento con rinvio"*.

In particolare, occorre evidenziare come, nella fattispecie, il teste ritualmente citato dai Carabinieri presso il suo domicilio si presentò ad un'udienza durante la quale fu disposto il rinvio per omessa traduzione di uno degli imputati ed il giudice di primo grado diffidò il teste a ricomparire alla successiva udienza. A quest'ultima, tuttavia, il teste non comparve. Seguirono due citazioni per le successive udienze, alle quali, comunque, il teste non comparve. Dagli accertamenti, poi, compiuti, emerse che il teste era emigrato in altro luogo, dove, però, risultava sconosciuto.

A fronte di tanto, il giudice del merito, ha ritenuto sussistenti i presupposti di cui all'art. 512 c.p.p. per la lettura della dichiarazione resa in fase investigativa. Siffatta interpretazione non ha trovato l'avallo della S.C., che ha ritenuto di accogliere le doglianze dei ricorrenti circa il fatto che l'assenza del teste dall'aula dibattimentale non è stata dovuta a ragioni di oggettiva impossibilità, bensì a una chiara scelta di tipo soggettivo.

3. Nell'impostazione originaria del c.p.p. 1988, l'art. 512 c.p.p. era norma volta a consentire il ricorso alla lettura di dichiarazioni divenute irripetibili per cause non prevedibili durante le indagini preliminari e, perciò, tali da non permettere al pubblico ministero il ricorso all'incidente probatorio ⁽¹⁾. Mutata l'impostazione a seguito delle decisioni della Corte costituzionale ⁽²⁾ e dei susseguenti interventi correttivi del legislatore nel 1992 in ossequio al principio di "non dispersione della prova", l'art. 512 c.p.p., pur senza subire alcuna modifica legislativa, ha attraversato un cambiamento di ruolo, poiché è divenuto strumento di accesso a dichiarazioni pre-dibattimentali, in deroga all'oralità quale principio cardine del processo penale governante la formazione della prova in dibattimento. La vaghezza di contenuto della norma ne ha, in quei tempi, consentito un'interpretazione particolarmente "ampia" e tale da includere al suo interno situazioni di imprevedibile irripetibilità collegabili alla volontà del soggetto dichiarante, come nel caso dell'esercizio della facoltà di astenersi dal deporre per il prossimo congiunto ex art. 199 c.p.p. ⁽³⁾. Avviata, poi, la stagione delle riforme volte a realizzare il "giusto processo", l'art. 512 c.p.p. si è dovuto confrontare con un precetto costituzionale "sovrapvenuto" - l'art. 111 Cost. nel testo riformato dalla l. 23 novembre 1999, n. 2 - che ha individuato, sul piano dei valori fondanti l'ordinamento, il contraddittorio come strumento privilegiato di formazione della prova, seppur "mitigato" da possibili deroghe disciplinate dal legislatore e, per quanto previsto dal co. 5 dell'art. 111 Cost., connesse al consenso dell'imputato, ad accertata impossibilità di natura oggettiva o ad una provata condotta illecita. Dopo la riforma del c.d. "giusto processo", la possibilità di recuperare tramite lettura una dichiarazione resa in fase antecedente al dibattimento, poiché divenuta irripetibile per ragioni imprevedibili (art. 512 c.p.p.), ha trovato un "nuovo" termine di confronto in Costituzione: la deroga costituzionale al contraddittorio relativa all'accertata impossibilità di natura oggettiva. Un confronto, quello accennato, da cui emerge come le condizioni legittimanti la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. non sono esattamente coincidenti con gli specifici

(1) Così GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4° ed., Torino, 2010, 241, che rileva come la norma in questione svolgesse in combinato disposto con gli artt. 195, co. 4, e 500 c.p.p. "un ruolo ben preciso di tutela del contraddittorio".

(2) Il riferimento è alle sentenze costituzionali n. 24, 254 e 255 del 1992.

(3) In proposito, cfr. Corte cost., sent. n. 179 del 1994.

menzionati parametri costituzionali. L'eccessiva vaghezza dei primi ⁽¹⁾ si "scontra" con la maggiore determinatezza della deroga identificata dal co. 5 dell'art. 111 Cost. Ma non solo. Le eccezioni al contraddittorio da questa disposizione menzionate divengono le uniche circostanze a fronte delle quali la normativa ordinaria può consentire di attribuire valore di prova ad atti compiuti al di fuori del contraddittorio tra le parti. Pertanto, se è vero che l'art. 512 c.p.p. non ha subito le modifiche volte ad attuare la riforma del giusto processo che invece hanno interessato altre norme del codice di rito, è altrettanto vero che si sarebbe imposta una sua applicazione interpretativa in linea con il sopravvenuto dettato costituzionale.

Il che non sempre è stato. Infatti, a parte l'inversione di rotta a proposito della lettura delle dichiarazioni rese dai prossimi congiunti e della loro possibilità di astenersi ex art. 199 c.p.p., realizzata grazie all'intervento della Corte costituzionale ⁽²⁾, per il resto, l'interpretazione giurisprudenziale emersa a proposito dell'art. 512 c.p.p. è apparsa ambigua e, soprattutto, essenzialmente rivolta alla soluzione del caso concreto di volta in volta sottostante il ricorso alla S.C., senza essere in grado di offrire una lettura sistematica della norma codicistica in relazione al "nuovo" dettato costituzionale ⁽³⁾.

Ed, invece, la previsione di specifiche eccezioni al contraddittorio, cristallizzate nel co. 5 dell'art. 111 Cost., implica la necessità di fare riferimento ad esse per dare contenuto ai presupposti menzionati dall'art. 512 c.p.p. In particolare, occorre soffermare l'attenzione sull'esigenza che il requisito legittimante la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. e, dunque, il recupero della dichiarazione costituita in assenza di contraddittorio, sia "accertato" e che la ragione della irripetibilità dell'atto sia "oggettiva". Posti questi due fattori come elementi da cui è impossibile prescindere, si tratta poi, di definirne la portata. Quanto al primo, l'accertamento deve svolgersi in modo completo ed esaustivo, non potendo il giudice limitarsi ad operare secondo un metodo puramente presuntivo. Con riguardo al secondo aspetto, è importante verificare che la causa impediante la reiterazione dichiarativa sia "oggettiva", vale a dire legata a cau-

⁽¹⁾ Stigmatizzata sin da subito: NOBILI, *Art. 512 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, coord. da M. Chiavario, Torino, 1990, 435; FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, 95.

⁽²⁾ Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440, che, nell'esprimersi in prospettiva opposta rispetto a quanto dalla stessa fatto proprio con riferimento all'art. 512 c.p.p. (v. Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179), sottolinea il mutato quadro normativo costituzionale.

⁽³⁾ Su questo punto v. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di Di Chiara, 2009, 230 ss.

se materiali e non riconducibile a ragioni di volontà del soggetto dichiarante. Si apre, in tal senso, un vero e proprio procedimento sub incidentale di accertamento delle cause impedienti la realizzazione del contraddittorio a cui l'organo giurisdizionale è chiamato sia in sede di acquisizione della dichiarazione sia di sua valutazione ⁽¹⁾. A completamento del quadro normativo appena accennato, infatti, vi è l'art. 111, co. 4, Cost. ove è prescritto che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni accusatorie rese da un soggetto che, "per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore". Principio, quest'ultimo, ripreso ed affermato nell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. Entrambe queste ultime due norme circoscrivono l'ambito di operatività dell'art. 512 c.p.p. nel senso che non può darsi lettura di una dichiarazione assunta in fasi antecedenti il dibattimento ed in assenza di contraddittorio senza accertare che l'irripetibilità sopravvenuta dipenda da una libera e volontaria scelta del dichiarante. In tal caso, la "soggettività" della mancata ripetizione dell'atto integrerebbe una violazione del diritto al confronto. Occorre, al riguardo ricordare, la discussione apertasi in dottrina circa il valore da attribuire al divieto menzionato dall'art. 111, co. 4, Cost. e ulteriormente richiamato dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p., vale a dire se trattasi di una regola di esclusione probatoria ⁽²⁾ ovvero di una regola di valutazione della prova ⁽³⁾, con la conseguente differenza che, nell'un caso, la dichiarazione "irripetibile" non sarebbe acquisibile e non rientrerebbe, dunque, nella conoscenza del giudice, nell'altro, potrebbe essere acquisita al fascicolo del dibattimento, ma, in sede di valutazione, risulterebbe inutilizzabile *contra reum*.

Insomma, il sopravvenire dei principi costituzionali in tema di "giusto processo" e, in particolare, la scelta epistemologica di un contraddittorio quale strumento privilegiato di formazione della prova, consacrata a livello costituzionale, con la contestuale identificazione, sempre a livello costituzionale, di ben specifiche ed isolate deroghe la cui regolamentazione demandare al legislatore ha inciso sull'art. 512 c.p.p. non nel senso di revisionarne il dettato normativo, ma di mutarne i confini interpretativi. Del resto, non poteva essere diversamente e di ciò si è subito accorta la Corte costituzionale che ha rilevato come l'interpretazione estensiva dell'art. 512 c.p.p. sia "chiaramente incompatibile" con la deroga sancita dal co. 5 dell'art. 111 Cost., circa

⁽¹⁾ Su quest'ultimo aspetto, v. *postea* § 9.

⁽²⁾ In tal senso, cfr. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Alla ricerca di un processo penale giusto*, Milano, 2000, 277.

⁽³⁾ In questa prospettiva, cfr. FERRUA, *Il giusto processo*, 2° ed., Bologna, 2007, 126 s.

l'accertata impossibilità di natura oggettiva, oltre che con il richiamo contenuto nel co. 4 della medesima norma, relativo all'insussistenza di un nesso con la volontà del dichiarante ⁽¹⁰⁾.

4. La S.C., nella sentenza in commento, facendo riferimento a precedenti pronunce giurisprudenziali, ha ricordato come si tenda a ricondurre la "sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità" di dichiarazioni rese da soggetti "dei quali non possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale" nell'ambito dei casi di "accertata impossibilità di natura oggettiva", idonei a configurare, secondo l'art. 111, co. 5, Cost., una delle deroghe al principio di formazione della prova in contraddittorio ⁽¹¹⁾. Di conseguenza - sempre secondo quanto riportato nella sentenza annotata - non si prefigurerebbe alcuna violazione dell'art. 6 § 3 lett. d C.e.d.u. posto che le norme convenzionali, intese quali norme interposte - dopo le note sentenze costituzionali n. 348 e 349 del 2007 - che "vivono" attraverso l'interpretazione loro data dalla Corte di Strasburgo e che sono da considerarsi quali norme direttamente vincolanti nell'ordinamento interno, non possono comportare la disapplicazione delle norme interne, con esse ipoteticamente contrastanti, se ed in quanto queste ultime siano attuative dei principi costituzionali ⁽¹²⁾.

Tuttavia, si sottolinea nella sentenza annotata, "*la sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, nel caso di irreperibilità del teste, ricorre esclusivamente se tale situazione, non solo sia "imprevedibile", ma sia pure "oggettiva", nel senso che non vi siano elementi da cui desumere che il soggetto si sia volontariamente sottratto all'esame. In quest'ultimo caso, invero, non si sarebbe più dinanzi ad un' "ipotesi di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio cui si riferisce l'art. 111 co. 5 Cost."*

Due, dunque, gli elementi di fondamentale importanza per comprendere il percorso logico e giuridico tracciato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento. In primo luogo, il rimarcare che, in caso di teste irreperibile, il recupero della dichiarazione preliminare effettuato ai sensi dell'art. 512 c.p.p. è consentito soltanto laddove si prefigurino contestualmente l'imprevedibilità dell'evento determinante l'impossibilità di ripetere la dichiarazione e la natura oggettiva dello stesso. In particolar modo, i giudici della S.C. hanno evidenziato come tale oggettività ricorra ove "*non vi siano elementi da cui desume-*

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., Sez. V, 16 marzo 2010, Benea, in *Mass. Uff.*, 247258.

⁽¹²⁾ In tal senso, v. Cass., Sez. V, 16 marzo 2010, Benea, cit.

re” che il teste abbia volontariamente deciso di non sottoporsi all’esame. A tutto ciò, hanno aggiunto l’esigenza che gli accertamenti sulle condizioni appena evidenziate si svolgano da parte del giudice in modo rigoroso ed attento, escludendo la legittimità di verifiche meramente burocratiche.

Ebbene, su questi punti si soffermerà la riflessione per comprendere se si tratta di conferme del passato o di passi avanti della giurisprudenza di legittimità, volti ad un certo fine di maggiore coerenza anche in ottica sovranazionale.

5. Occorre, dapprima, individuare il modo in cui intendere il carattere oggettivo dell’impossibilità di ripetere la dichiarazione testimoniale. Affinché il dettato costituzionale (art. 111 Cost.) trovi realizzazione sotto il profilo dell’“oggettività” è necessario che alla base dell’impossibilità di ripetere la dichiarazione a dibattimento non vi sia una scelta del dichiarante.

D’altra parte, si tratta di capire *come* procedere alla verifica volta a stabilire che l’irripetibilità non derivi da scelte soggettive del teste. A questo proposito, la S.C., nella sentenza annotata, evidenziando la necessità del requisito di una causa oggettiva impediente la dichiarazione in fase dibattimentale, ritiene che non debbano esservi “elementi da cui desumere che il soggetto si sia volontariamente sottratto all’esame”. Aspetto, quest’ultimo, su cui, di recente, la giurisprudenza di legittimità ha già focalizzato l’attenzione, probabilmente per circoscrivere il ricorso al recupero delle dichiarazioni predibattimentali previsto dall’art. 512 c.p.p. ed offrire un’interpretazione più in sintonia con il dettato costituzionale e con le norme sovranazionali ⁽¹³⁾.

Sul tema dell’irreperibilità del teste si è sviluppato un consolidato orientamento giurisprudenziale - cui fa cenno la stessa sentenza annotata - secondo cui la sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità dei soggetti le cui dichiarazioni siano già state ritualmente acquisite in sede predibattimentale e dei quali possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all’esame dibattimentale rientra nei casi di accertata impossibilità oggettiva, contemplati dall’art. 111, co. 5 Cost., quali deroghe alla regola della formazione della prova in contraddittorio. Su quest’aspetto, le Sezioni Unite hanno ritenuto che l’irreperibilità del teste integra un’oggettiva impossibilità sopravvenuta tale da consentire la lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari, pur aggiungendo che l’irreperibilità vada accertata con rigore ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., Sez. V, 16 marzo 2010, Benea, cit.

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 67. Si è esclusa, invece, la lettura ex art. 512 c.p.p. delle dichiarazioni del teste che, sebbene regolarmente citato si sia reso liberamente irreperibile. Invero, l’art. 526, co. 1-bis, c.p.p., riproducendo quanto sancito dall’art. 111, 4° co., Cost.,

Posto, dunque, che per molto tempo l'irreperibilità è stata - ed, in parte, ancora è- considerata causa integrante i presupposti per il recupero di una dichiarazione resa in fase antecedente il dibattimento, si tratta di intendersi sul fatto se essa sia o meno riconducibile alla volontà del soggetto dichiarante. Nel secondo caso, mancherebbero le basi di un processo giusto secondo i canoni descritti dall'art. 111 Cost.

Ed, allora, tutto ruota su *come* e *quando* decidere che l'irreperibilità non derivi da scelte del dichiarante.

Riguardo a questo profilo, in giurisprudenza, si rinvengono più decisioni nelle quali, con una certa ambiguità espressiva, si stabilisce che a fronte di lacune probatorie non può dirsi provata la libera scelta del dichiarante di sottrarsi al confronto e, di conseguenza, si riconosce la possibilità di dare lettura delle sue precedenti dichiarazioni. Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, in un caso si rileva che se "difett[a] la prova che l'assenza sia dovuta alla scelta di sottrarsi al dibattimento, non ricorre alcuna condizione ostativa" alla lettura delle dichiarazioni predibattimentali del teste irreperibile ⁽¹⁵⁾, in altro che "la sopravvenuta irreperibilità del soggetto che abbia reso dichiarazioni predibattimentali non ha il significato presuntivo della volontaria scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale da parte dell'imputato o del suo difensore ⁽¹⁶⁾, in altro ancora che il diritto al confronto non è pregiudicato se appare "incerta o equivoca la volontarietà della sottrazione da parte del dichiarante", poiché, "nell'impossibilità di accertare i fattori impeditivi del confronto dibattimentale, non può ritenersi sussistere il requisito della "libera scelta" ⁽¹⁷⁾, sino a giungere a sostenere che "l'irreperibilità del teste, anche qualora sia volontaria, non costituisce di per sé motivo di inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento, ai sensi ed ai fini degli artt. 512 e 526 c.p.p., quando risulti indotta non già da una scelta di sottrazione al dibattimento bensì dalla assoluta precarietà di vita da parte di un soggetto che aveva

stabilisce che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore".

⁽¹⁵⁾ Cass., Sez. III, 11 maggio 2010, B., in *Mass. Uff.*, 247800.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. V, 26 marzo 2010, T., in *Cass. pen.*, 2011, 276 ss., con riferimento ad un dichiarante, minore straniero, affidato alle cure di una stabile organizzazione di accoglienza, presso cui aveva dimorato per circa tre mesi e non era emersa alcuna concreta ragione per prevedere il successivo allontanamento e la conseguente impossibilità della testimonianza dibattimentale.

⁽¹⁷⁾ Cass., Sez. III, 2 marzo 2010, Conti e altro, in *Mass. Uff.*, 246814.

dimostrato di fatto e attestato per iscritto di essere disponibile a rendere le dichiarazioni in dibattimento ⁽¹⁸⁾.

Insomma, a fronte d'incertezze o segnali equivoci circa la volontarietà della scelta del dichiarante di sottrarsi al confronto, l'interpretazione prevalente in giurisprudenza è nel senso di considerare insussistente il requisito della "libera scelta" cui è subordinato dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. il divieto di utilizzazione delle dichiarazioni accusatorie ⁽¹⁹⁾, dovendosi intendere per libera scelta, "quella non coatta, ossia non condizionata da violenza fisica o psichica o da altre illecite interferenze esterne sulla fonte testimoniale (quali ad esempio pressioni di tipo economico), da parte o per conto del soggetto controinteressato alla deposizione testimoniale" ⁽²⁰⁾.

Dal breve *excursus* ora accennato appare evidente come in molti casi il concetto di irreperibilità del teste idoneo a giustificare il "recupero" delle dichiarazioni pre-dibattimentali in quanto non dovuto a scelta personale del teste sia stato inteso in senso particolarmente ampio, con conseguente pregiudizio dei canoni portanti le innovate regole del contraddittorio e del giusto processo sancite in Costituzione.

Interpretazione, quest'ultima, tra l'altro, in assoluta distonia con le disposizioni sovranazionali e con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui, comunque, un momento di confronto tra accusatore ed accusato deve essere assicurato se non nel dibattimento, quantomeno nella fase preliminare.

6. L'irreperibilità del teste quale possibile causa implicante la lettura di cui all'art. 512 c.p.p. presenta molteplici profili di approfondimento e necessità di "scandaglio". Varie possono essere le ragioni per le quali si configura tale irreperibilità. Ma, tra queste, al fine di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata, occorre escludere quelle riconducibili ad opzioni riconduci-

⁽¹⁸⁾ Così Cass., Sez. I, 29 marzo 2007, B.R., in *Mass. Uff.*, 236820, con riguardo ad una fattispecie in cui il teste dopo aver presenziato alla prima udienza, regolarmente citato, non si era, poi, presentato alle successive in ragione delle sue precarie condizioni economiche e di vita. In pari prospettiva, Cass., Sez. I, 20 giugno 2006, Ogaristi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 392.

⁽¹⁹⁾ Cass., Sez. III, 2 marzo 2010, Conti e altro, in *Mass. Uff.*, 246814

⁽²⁰⁾ Con riferimento al caso di una cittadina straniera, vittima del delitto di induzione e sfruttamento della prostituzione, affidata ad una struttura protetta nella quale teneva una condotta collaborativa, che si era, però, data alla fuga, secondo la valutazione dei giudici, per la paura di essere uccisa qualora avesse confermato le dichiarazioni accusatorie, v. Cass., Sez. III, 8 luglio 2004, Kola ed altri, in *Mass. Uff.*, 230044; ovvero Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, Conti e altro, cit., con riferimento alle dichiarazioni pre-dibattimentali della teste, cittadina extracomunitaria stabilmente residente in Italia all'epoca dei fatti, di cui era stata data lettura a causa della sua irreperibilità, motivata dal timore per l'omicidio del convivente.

bili alla volontà del dichiarante. E su questo punto si aprono, in buona sostanza, due scenari applicativi: il dichiarante è irreperibile perché risulta impossibile notificargli la citazione a deporre per il dibattimento, ovvero, pur raggiunto da regolare citazione (o, comunque, consapevole dell'udienza dibattimentale), non si presenta al dibattimento senza addurre legittimo impedimento e senza che sia possibile effettuare un accompagnamento coattivo a causa del fatto che quel soggetto non risulta oramai rintracciabile in un luogo determinato ⁽²¹⁾. Ciò, tenendo ben presente che con riferimento al teste irreperibile non esiste un provvedimento dichiarativo pari a quello previsto per l'imputato ed al quale si accede all'esito di una serie di ricerche "infruttuose" poste in essere dall'autorità giudiziaria e svolte nei luoghi indicati dall'art. 159 c.p.p. (luogo di nascita, ultima residenza anagrafica, ultima dimora, luogo di attività lavorativa, amministrazione carceraria).

Di conseguenza, a fronte di quali presupposti e di quali ricerche, può giungersi alla conclusione dell'irreperibilità del teste tale da consentire la lettura della dichiarazione ai sensi dell'art. 512 c.p.p.? Quesito, quello ora accennato, la cui risposta deve necessariamente includere l'osservanza di quanto sancito dal co. 5 dell'art. 111 Cost. circa "l'accertamento" della impossibilità oggettiva quale deroga al contraddittorio.

Ebbene, in ragione della diversità di situazioni, interessi coinvolti e sub-procedimenti di accertamento prefigurati o no a livello legislativo, la giurisprudenza è stata incline a differenziare i due tipi di verifica, vale a dire quella sottostante la dichiarazione di irreperibilità dell'imputato ex art. 159 c.p.p. e quella inerente la valutazione dell'irreperibilità della persona dichiarante ⁽²²⁾. Appare chiaro che le due situazioni sono effettivamente diverse per scopi perseguiti ed interessi coinvolti. Ciò però non toglie nulla all'intensità con cui occorre trattare la verifica sull'irreperibilità del teste, soprattutto dopo la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.

Ne discende che, vincolati tra i due parametri del necessario accertamento e dell'oggettività della causa impediante la ripetizione della dichiarazione, si po-

⁽²¹⁾ Su questo punto, v. C. CONTI, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 229 ss.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., Sez. V, 6 dicembre 2000, Angemi, in *Cass. pen.*, 2002, 2169, secondo cui "le norme che prevedono la necessità di disporre ricerche di quest'ultimo, in caso di impossibilità di notificargli atti processuali, non sono applicabili anche al teste" e, di conseguenza, "di fronte alla impossibilità di notificare la citazione al testimone, è sufficiente a far ritenere la sua irreperibilità l'effettuazione di accertamenti anagrafici, che abbiano dato esito negativo"; Id., Sez. II, 15 maggio 1996, Vassiliev, *ivi*, 1997, 2478.

trà addivenire alla lettura ex art. 512 c.p.p. soltanto ove vi sia “un accertamento rigoroso” che non può considerarsi soddisfatto da una verifica burocratica o di “routine”. Sarà, dunque, necessario l’adempimento, da parte dell’organo giurisdizionale, di quanto in suo potere per reperire il dichiarante, non esclusa, se del caso, l’ipotesi dell’accompagnamento coattivo ex art. 133 c.p.p. In questi termini si esprime la decisione annotata che, al riguardo, si colloca in una scia già tracciata nell’ambito della giurisprudenza di legittimità ove, più volte, si è sostenuto l’esigenza di un accertamento rigoroso circa l’irreperibilità del teste ⁽²³⁾ richiamando il dovere del giudice di compiere tutto quanto in suo potere per reperire il dichiarante ⁽²⁴⁾.

7. Altro punto di rilievo nella complessa problematica affrontata dalla decisione annotata: l’imprevedibilità dell’evento impediente. Con riferimento all’irreperibilità del teste, ci si domanda se tale “futura” qualifica fosse davvero imprevedibile? Non vi erano forse segnali (condizioni precarie di vita, irregolari modi di vivere, dati, ad esempio, dall’essere nomade, dal non avere una dimora stabile, dall’essere stranieri privi di regolare permesso di soggiorno) che avrebbero dovuto suggerire all’organo rappresentante l’accusa di accedere a forme “anticipate” di confronto realizzabili nel corso della fase preliminare, senza attendere il dibattimento? Non si può, infatti, confidare da parte degli organi inquirenti- come spesso accade - sulla possibilità di recuperare al dibattimento dichiarazioni testimoniali rese da soggetti aventi le suddette caratteristiche in fase investigativa, divenute irripetibili nel corso del giudizio data la sopravvenuta irreperibilità del dichiarante.

⁽²³⁾ Cass., Sez. V, 26 marzo 2010, T., cit., 276 ss.; Id., Sez. II, 16 aprile 2010, S.G., in *Dir. e giust.*, 2010, 123, che conclude nel senso che “solo l’accertata irreperibilità di natura oggettiva consente la deroga al principio costituzionale che garantisce il contraddittorio in dibattimento”.

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. II, 27 maggio 2010, Spinella, in *Mass. Uff.*, 247434, ove si è ritenuta insufficiente la ricerca del teste effettuata in due giorni consecutivi nel solo domicilio, senza lasciare alcun avviso scritto, nonché presso l’Amministrazione carceraria, ma non anche nel luogo noto di residenza e di nascita; e si è in pari tempo ritenuta irrilevante la circostanza che la prima citazione fosse andata a buon fine, in quanto l’ordinamento prevede la possibilità dell’accompagnamento coattivo, al quale non si era provveduto; sottolinea l’esigenza di un “rigoroso accertamento” circa la irreperibilità del teste, senza, però, sotto questo profilo aggiungere altro; Id., Sez. II, 18 ottobre 2007, P.H., *ivi*, 238198; ed, ancora, nel senso che l’irreperibilità legittimante la lettura di cui all’art. 512 c.p.p. “deve fondarsi su un rigoroso e approfondito accertamento, dovendo escludersi che costituisca idonea prova dell’irreperibilità una verifica burocratica, che prenda semplicemente atto del difetto di notificazione o che si limiti alle risultanze anagrafiche”, Id., Sez. VI, 19 febbraio 2003, Bianchi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 611.

Molte volte, da parte della giurisprudenza vi è stato un atteggiamento “lassista” sotto questo profilo ⁽²⁵⁾ e, di conseguenza, la parte dell'accusa non è stata stimolata ad avere un approccio di maggiore prudenza quanto all'assunzione “garantita” di tali dichiarazioni testimoniali. In quest'ottica, viene ad essere necessariamente coinvolto il ricorso all'incidente probatorio, quale forma anticipata di formazione della prova in contraddittorio tra le parti ⁽²⁶⁾.

8. Il “rafforzamento” interpretativo che ci si poteva aspettare circa l'art. 512 c.p.p. dopo la riforma dell'art. 111 Cost. non vi è stato. Tutt'altro, numerose volte la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato il nostro Paese per violazione del diritto al confronto.

Su questo punto, i giudici di Strasburgo hanno fornito dei parametri interpretativi cui attenersi per poter dire rispettato l'art. 6 § 3 lett. d C.e.d.u., vale a dire il diritto garantito ad ogni accusato di “esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”. Principio, tra l'altro, contemplato anche dall'art. 111, co. 3, Cost., secondo cui la persona accusata di un reato deve avere “la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”.

Due, in particolare, i temi ricorrenti nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale. Il primo attiene al “peso” che la prova non sottoposta al contraddittorio ha avuto ai fini della decisione: si afferma la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. ove vi sia una condanna basata esclusivamente e in maniera determinante su una prova testimoniale riguardo alla quale non sia stato garantito il diritto dell'imputato al contraddittorio nella fase dibattimentale o in quella delle indagini. In particolare, si verifica la presenza di elementi probatori ulteriori rispetto alla prova dichiarativa “non confrontata” che siano stati in grado di supportare la decisione finale²⁷. In tal modo, si “riduce” il valore probatorio delle dichiarazioni accusatorie “non confrontate” e se ne subordina l'impiego al criterio della *corroboration*.

⁽²⁵⁾ Emblematica, a tal riguardo, Cass., Sez. III, 17 novembre 2009, Dzbari, in *Mass. Uff.*, 246181, secondo cui “sono utilizzabili le dichiarazioni rese, nella fase delle indagini preliminari, da persona divenuta irreperibile, quando l'irreperibilità, pur se volontaria, sia imprevedibile e non risulti indotta dalla scelta di sottrarsi al dibattimento” con riferimento a dichiarazioni rese da straniere irregolarmente entrate in Italia e prive del permesso di soggiorno, per le quali, in considerazione del radicamento nel territorio, era stata ritenuta imprevedibile la successiva irreperibilità.

⁽²⁶⁾ V. *postea* § 9.

⁽²⁷⁾ V., da ultimo, Corte e.d.u., Sez. II, 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*.

Il secondo aspetto ricorrente nelle decisioni della Corte di Strasburgo attiene alle modalità procedurali di assunzione della prova dichiarativa che devono aver trovato applicazione per potersi dire rispettato il diritto sancito dall'art. 6 § 3 lett. *d* C.e.d.u. A tal proposito, si sostiene che il *right of confrontation* si realizza nel momento in cui le dichiarazioni testimoniali sono rese pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità sia resa nota all'accusato, in presenza di questi e del suo difensore, oltre che dell'organo giudicante, per poi essere sottoposte al confronto con le ragioni della difesa. Si tratta di uno *standard* probatorio ideale, ma di difficile realizzazione pratica a causa delle diversità procedurali connotanti gli ordinamenti interni. Per questa ragione, la Corte europea, optando per uno *standard* di confronto qualitativamente inferiore, si limita a considerare necessario, ai fini della realizzazione del diritto al confronto, soltanto che l'accusato abbia a disposizione "un'opportunità adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogare l'autore, nel momento della deposizione o più tardi" ⁽²⁸⁾. Possibilità che non necessariamente deve coincidere con la fase del dibattimento, ma che può realizzarsi anche in un momento antecedente. A questo riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato come in alcune circostanze possa essere necessario per l'autorità giudiziaria ricorrere a deposizioni rese nella fase investigativa e, se in tal caso, l'imputato ha avuto occasione adeguata e sufficiente di contestare tali deposizioni, nel momento in cui sono state rese o in seguito, il loro utilizzo non è di per sé contrario all'art. 6, § 1 e 3 lett. *d*), C.e.d.u. I diritti della difesa, invece, risultano limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 C.e.d.u. nel caso in cui una condanna si basi, unicamente o in misura determinante, su dichiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini preliminari, né in dibattimento ⁽²⁹⁾. Più specificamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di prova testimoniale, ha elaborato tre diverse categorie di testimoni, quella dei "testi-

⁽²⁸⁾ Corte e.d.u., 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*.

⁽²⁹⁾ Molteplici le sentenze con cui la Corte di Strasburgo, affermando tali principi, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 § 3 lett. *d* C.e.d.u.: Corte e.d.u., 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia*; Id., 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*; e, di recente, Corte e.d.u. 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*, cit. Vi sono stati anche dei casi in cui la Corte e.d.u. ha negato la violazione dell'art. 6 C.e.d.u., malgrado l'utilizzazione da parte del giudice di dichiarazioni rese da un testimone irreperibile, prima del giudizio e senza la presenza del difensore (v. Corte e.d.u. 19 febbraio 1991, *Igrò c. Italia*; Id., 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*). Più in generale, a prescindere dai rapporti tra ordinamento sovranazionale ed il nostro Paese, v. Corte e.d.u., 20 settembre 1993, *Saidi c. Francia*; Id., 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*; Id., 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*; Id., 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*.

moni vulnerabili”, dei “testimoni anonimi” e dei “testimoni assenti” ⁽³⁰⁾. In particolare, per quel che preme qui evidenziare, il “testimone assente” si identifica con colui che, dopo aver reso dichiarazioni durante le fasi precedenti al giudizio, non presta la sua testimonianza in dibattimento e, dunque, non conferma, modifica o nega la versione antecedentemente data. Le dichiarazioni predibattimentali da egli rese, di fronte al pubblico ministero o agli organi di polizia giudiziaria, non sono state acquisite in pubblica udienza e ad esse non ha presenziato l'accusato o il suo difensore, né, tantomeno, l'organo giurisdizionale.

In genere, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è sviluppato l'orientamento secondo cui gli elementi di prova sui quali può basarsi una condanna penale devono essere assunti *in presenza dell'imputato* e in *un'udienza pubblica* ⁽³¹⁾. Ciò, fatte salve le deroghe dianzi accennate. In altri termini, la necessità di “recuperare” a fini di prova le dichiarazioni predibattimentali può essere soddisfatta a patto che l'accusato abbia avuto la possibilità di “confrontarsi” con il suo accusatore al momento della deposizione o in seguito; ed, inoltre, sempre che la condanna non si fondi esclusivamente sulle dichiarazioni raccolte in segreto ⁽³²⁾.

9. Esaminata la giurisprudenza sovranazionale nei suoi aspetti essenziali e tenuto conto che - come ricordato dalla nostra Corte costituzionale ⁽³³⁾ - le norme della C.e.d.u. “vivono” nell'interpretazione ad esse data dai giudici di Strasburgo, risulta in modo abbastanza chiaro il divario esistente tra la norma sovranazionale volta a salvaguardare il diritto al confronto e l'art. 512 c.p.p. Invero, sebbene, in teoria, il nostro sistema appaia maggiormente improntato al rispetto delle garanzie del contraddittorio, in pratica, poi, sopraggiungono significative condanne da parte dei giudici di Strasburgo sull'osservanza del diritto al contraddittorio come previsto dall'art. 6 § 3 lett. *d* C.e.d.u. Il che deve far riflettere. In fondo, a livello di ordinamento nazionale, la riforma avviata nel 1988 e rafforzata nel 1999, nonché nel 2001, con il c.d. giusto processo, fa sì che la prova si formi esclusivamente in dibattimento tramite con-

⁽³⁰⁾ Sull'elaborazione di tali figure, v. MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, 164 ss.; LONATI, *Il diritto dell'accusato a “interrogare o fare interrogare” le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, 195 ss.

⁽³¹⁾ Corte e.d.u., 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, cit.; nonché, Corte e.d.u., 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*.

⁽³²⁾ Corte e.d.u., 20 settembre 1993, *Saidi c. Francia*.

⁽³³⁾ Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349 e n. 348.

traddittorio, salvo talune eccezioni prefissate dal legislatore. Da questo punto di vista il sistema “interno” sembra offrire maggiori garanzie rispetto a quello sovranazionale in cui si afferma che il diritto al confronto, tutto sommato, può intendersi rispettato purché l'accusato abbia avuto almeno “un'occasione” di confrontarsi con il proprio accusatore, a prescindere dalla fase processuale in cui ciò accade.

Ed allora, il punto “debole” della costruzione interna sta proprio nelle eccezioni al contraddittorio previste dalla legge e nel modo in cui esse vengono applicate. Il divario tra art. 512 c.p.p. e protezione sovranazionale dei diritti fondamentali dell'individuo è stato da tempo denunciato ⁽³⁴⁾, ma è emerso con particolare forza a seguito della sempre più incisiva influenza che la giurisprudenza sovranazionale è venuta esercitando in ambito interno unita alla possibilità riconosciuta agli organi di controllo sovranazionale di segnalare le lacune interne al sistema sollecitando i dovuti adeguamenti ⁽³⁵⁾.

Si pone, pertanto, l'esigenza di rimediare a tale mancata corrispondenza, anche in ragione delle possibili e prevedibili condanne che, in dati casi, a fronte di un uso “disinvolto” della norma “interna” e di una conseguente violazione dell'art. 6 § 3 lett. d C.e.d.u., potrebbero ulteriormente pervenire a carico dell'Italia. Condanne il cui peso, in termini di sistema, diverrebbe ancora più incisivo a fronte della attuale possibilità di revisione del processo giudicato “iniquo” dalla Corte e.d.u. ⁽³⁶⁾.

Il tema, sino ad ora soltanto “sfiorato”, ma che sta per emergere in tutta la sua forza concerne la “vita” della norma interna non in sintonia con la norma sovranazionale e l'interpretazione che quest'ultima “riceve” da parte della Corte di Strasburgo. Le sentenze “gemelle” della Corte costituzionale, n. 348 e 349 del 2007, stabilivano che le norme C.e.d.u. non hanno la forza delle norme costituzionali, ma integrano il parametro costituzionale ed è necessario che

⁽³⁴⁾ Cfr. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1464 ss.; TAMETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 512.

⁽³⁵⁾ Incidenza maggiore derivante anche dalle modifiche inerenti il sistema dei controlli sovranazionali per ciò che attiene ad un ruolo attivo del Comitato dei Ministri in seno al Consiglio d'Europa sviluppatosi diversamente rispetto al passato ed a partire dalla Raccomandazione n. 2 del 19 gennaio 2000. Sul punto, v. UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in ID., *Argomenti di procedura penale. III*, Milano, 2011, 30 s.; ID., *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in ID., *Argomenti*, cit., 57 ss.

⁽³⁶⁾ Il riferimento è a Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. “nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 § 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

esse siano conformi a Costituzione ⁽³⁷⁾. A fronte di un contrasto tra norma interna e norma sovranazionale, anche nell'interpretazione datane dalla Corte e.d.u., il dubbio di costituzionalità può essere avanzato soltanto se il contrasto non può essere risolto per via interpretativa facendo riferimento alle norme convenzionali ⁽³⁸⁾. Invero, il giudice comune non può disapplicare la norma interna ritenuta in contrasto con la norma C.e.d.u.

Nonostante gli "auspici" e le indicazioni della Corte costituzionale, l'opera di interpretazione "convenzionalmente" orientata non pare aver trovato piena realizzazione nell'ambito della giurisprudenza ⁽³⁹⁾. L'art. 512 c.p.p. nella sua applicazione pratica, salvo alcune isolate eccezioni, costituisce un esempio di questa sorta di "insensibilità" alle sollecitazioni sotto diversi profili provenienti dal panorama sovranazionale.

Tra l'altro, secondo l'insegnamento dei giudici costituzionali ove si delineasse un'incompatibilità tra le due norme (quella interna e quella sovranazionale), si è dinanzi ad "una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi" ⁽⁴⁰⁾. Come noto, la presenza dell'art. 117, co. 1, Cost., svolge un ruolo determinante ai fini del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi comunitari ed internazionali ⁽⁴¹⁾ e tale ruolo si è rivelato decisivo, da ultimo, ai fini della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità di revisione del processo se necessario per adempiere agli obblighi sanciti dall'art. 46 C.e.d.u. ⁽⁴²⁾. Il tutto senza contare le implicazioni in tema di efficacia generale delle decisioni della Corte e.d.u. sancite anche all'interno dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ⁽⁴³⁾.

⁽³⁷⁾ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, cit.

⁽³⁸⁾ Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349 e n. 348, cit.; nonché, poi, Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239; Id., 27 febbraio 2008, n. 39.

⁽³⁹⁾ Sul punto, diffusamente, cfr. A. GAITO, *Il ruolo e la funzione della cassazione penale verso nuovi equilibri*, in *Osservatorio del processo penale*, 2010, n. 1.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, Corte cost., sent. n. 348 del 2007, cit.

⁽⁴¹⁾ E' proprio su questa norma costituzionale che avevano fatto leva le sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2007.

⁽⁴²⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 113 del 2011, cit.

⁽⁴³⁾ Sul punto, v. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Argomenti*, cit., 208.

Pertanto, non pare azzardato prevedere futuri epiloghi nel senso di una declaratoria di illegittimità costituzionale con riguardo all'art. 512 c.p.p. nell'ambito di quel dialogo tra Corti, interne e sovranazionali, già sviluppatosi su altri temi del processo penale ⁽⁴⁴⁾.

Nel frattempo, quali i rimedi utilizzabili al fine di ricomporre il divario esistente tra l'accennata norma interna e l'art. 6 C.e.d.u. per ciò che attiene al "confronto"? La prima risposta potrebbe essere gestita sul piano legislativo. A questo proposito, occorre ricordare come la Commissione ministeriale "Riccio", composta per lo studio della riforma del codice di procedura penale, aveva affrontato questo aspetto, prevedendo la necessità di riscontri per poter dare lettura in dibattimento alle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari ⁽⁴⁵⁾. Si tratta di un progetto che non ha trovato realizzazione definitiva. Nell'attesa di interventi normativi, occorre trovare delle soluzioni sul piano interpretativo. In quest'ambito, due sembrano essere le strade percorribili. La prima consisterebbe nel limitare l'ambito operativo dell'art. 512 c.p.p. applicando, in sede di valutazione delle dichiarazioni non ripetute ma "recuperate" dal fascicolo pre-dibattimentale, quel criterio costantemente emerso in seno alla giurisprudenza di Strasburgo secondo il quale il diritto al confronto non risulterebbe violato se la dichiarazione preliminare non è stata l'unica prova o la prova decisiva su cui si è fondata la decisione. Collocato in questa prospettiva, l'organo giurisdizionale dovrebbe operare secondo una regola di valutazione non espressamente codificata, trattando con una certa cautela la dichiarazione del testimone non reperibile, "non confrontata" in dibattimento. Il che significherebbe circondarla di adeguati riscontri ⁽⁴⁶⁾. Tentativi in questo senso sono stati compiuti da parte della giurisprudenza di legittimità, richie-

⁽⁴⁴⁾ V., ad esempio, Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in tema di pubblicità del procedimento di prevenzione; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in tema di diritto dell'imputato a partecipare personalmente al processo; o, ancora, Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113, cit., in tema di revisione ed efficacia interna delle sentenze C.e.d.u.

⁽⁴⁵⁾ V. il punto n. 78.6 della *Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale* secondo cui occorre prevedere "la valutazione delle dichiarazioni di cui è stata data lettura per oggettiva impossibilità di ripetizione unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

⁽⁴⁶⁾ Al fine di adeguare l'ordinamento interno ai principi sovranazionali come, suggerisce un ampliamento applicativo dell'art. 192, co. 3, c.p.p., ottenuto attraverso una sua dichiarazione di illegittimità costituzionale nella parte in cui non estende il criterio valutativo previsto per le dichiarazioni dei coimputati anche alle dichiarazioni acquisite, tra l'altro, ex art. 512 c.p.p., 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, 25.

dendo ai fini della valutazione della dichiarazione irripetibile, acquisita ex art. 512 c.p.p., un “conforto” in ulteriori elementi probanti ⁽⁴⁷⁾.

Anche la sentenza annotata, per certi versi, si colloca in questa prospettiva volta alla ricerca di strumenti interpretativi idonei a comporre il divario tra sistema interno e sistema pattizio e cerca di far leva sul “peso” che le dichiarazioni “non confrontate” possono avere ai fini della decisione finale. E’ significativo, in tal senso, il richiamo ai poteri di controllo del giudice circa la verifica della volontarietà della sottrazione al confronto e la definizione di inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite, con “delega” al giudice del rinvio di una nuova valutazione delle responsabilità penali dei singoli, una volta scartata “quella” dichiarazione irripetibile.

Va pur detto che l’ambito interpretativo ora accennato, volto alla ricerca di strumenti che, in sede di valutazione, consentano di delimitare il ricorso a dichiarazioni “non confrontate”, già presenta dei punti di riferimento normativo alquanto rilevanti. Si tratta degli artt. 111, co. 4, Cost. e dell’art. 526, co. 1-bis, c.p.p.: entrambi limiti esterni al “recupero” delle dichiarazioni preliminari, consentono l’acquisizione di “quelle” dichiarazioni, ma non il loro uso *contra reum*. Tuttavia, il divieto in essi sancito di fondare la colpevolezza unicamente sulla base delle dichiarazioni “non confrontate” è vincolato alla prova che la sottrazione al confronto da parte del dichiarante sia derivata da una “libera scelta”, “sempre volontaria”. Siffatto requisito potrebbe in alcuni casi mancare e, dunque, legittimare l’uso delle dichiarazioni in questione, soprattutto ove prevalga – come spesso accade – l’interpretazione secondo cui il fatto in sé dell’irreperibilità non implica una scelta volontaria del dichiarante ⁽⁴⁸⁾. In questo dato sta la limitatezza degli strumenti normativi accennati: vincolare il divieto d’uso alla prova di una volontaria sottrazione. A tal riguardo, potrebbe sorgere l’esigenza di fare ricorso a regole di valutazione “più ampie”, al momento non codificate, traenti “spunto” dalle indicazioni dei giudici sovranazionali e volte a limitare l’utilizzo a fini decisionali di dichiarazioni non sottoposte a confronto a prescindere dalle ragioni, soggettive od oggettive, che

⁽⁴⁷⁾ Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878; e, più di recente, Cass., Sez. V, 26 marzo 2010, T., cit., 276 ss. Sul punto, cfr. LONATI, *Prova irripetibile e valutazione delle dichiarazioni rese senza contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2011, 284 ss.

⁽⁴⁸⁾ Specificamente, in tal senso, tracciando un nesso tra gli artt. 512 e 526, co. 1-bis, c.p.p., ma negando la valenza del limite derivante dal divieto di cui alla seconda delle norme accennate per non essere emersa la volontarietà della scelta, posta l’irreperibilità come dato “neutro”, Cass., Sez. III, 4 dicembre 2002, Dieng Mame, in *Guida dir.*, 2003, n. 17, 65; Id., Sez. VI, 9 ottobre 2008, I.G., in *Mass. Uff.*, 241864; Id., Sez. I, 20 giugno 2006, Ogaristi, *ivi*, 234281.

hanno impedito il contraddittorio, nel senso di non fare di quelle dichiarazioni il pilastro fondante la decisione ⁽⁴⁹⁾. Ciò implicherebbe l'adozione di una particolare cautela nell'uso di "quella" dichiarazione" e la necessità che essa sia affiancata da altri elementi probatori ⁽⁵⁰⁾. Una prospettiva, quella ora accennata, rimasta abbastanza "isolata", anche se, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità si registra sempre di più un'attenzione verso le sollecitazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo quanto all'uso di dichiarazioni non ripetibili e l'esigenza di farne un uso limitato in termini decisionali secondo quanto prescritto dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. ⁽⁵¹⁾, pur nei limiti da quest'ultimo menzionati a proposito delle ragioni legittimanti la lettura ⁽⁵²⁾.

L'altra soluzione interpretativa che, al momento, consentirebbe di colmare il divario registrato con la normativa sovranazionale concerne un più esteso ricorso all'incidente probatorio. A questo riguardo dovrebbe ritenersi ammissibile un incidente probatorio a fronte di un fondato motivo che il soggetto dichiarante potrà divenire irreperibile. Il che sarebbe possibile ove si offrisse un'interpretazione in senso ampio della formula "altro grave impedimento" menzionata dalla lett. a dell'art. 392, co. 1, c.p.p. tra i presupposti legittimanti l'incidente probatorio per l'assunzione anticipata di una testimonianza ⁽⁵³⁾. Uno strumento, quello accennato che porrebbe in essere un rimedio di natura preventiva, in quanto garantirebbe quella *chance* di confronto tra accusato ed accusatore che, secondo i dettami della giurisprudenza sovranazionale, deve pur realizzarsi in qualche momento dell'*iter* processuale per potersi dire

⁽⁴⁹⁾ Nutre dubbi su operazioni interpretative di tal genere, data, tra l'altro, la difficoltà che si stabilizzi un criterio unitario di valutazione e manifesta l'esigenza di un'urgente riflessione per introdurre una regola valutativa specifica che serva a ridimensionare il valore probatorio degli atti "recuperati" ex art. 512 c.p.p., CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 260.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso, Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, cit., 878, (che, tra l'altro, ritiene necessaria anche l'indagine sulla credibilità soggettiva ed oggettiva del dichiarante) e, in dottrina, condividendo quest'impostazione nell'ambito di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, cfr. BALSAMO, LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kistoris, Torino, 2008, 352 s.

⁽⁵¹⁾ Ritiene, che, in attesa di interventi legislativi, l'opera di ricomposizione del sistema interno con quello sovranazionale per ciò che attiene all'art. 512 c.p.p. possa "passare" attraverso un'estensione interpretativa dell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p., CESARI, *Dichiarazioni irripetibili*, cit., 260.

⁽⁵²⁾ Cass., Sez. III, 15 giugno 2010, R., in *Mass. Uff.*, 248053; Id., Sez. I, 6 maggio 2010, Mzoughia, *ivi*, 247618; Id., Sez. I, 23 settembre 2009, M.Z., *ivi*, 245556. In dottrina, suggerisce la possibilità di ampliare, *de iure condendo*, l'ambito applicativo dell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. oltre le scelte soggettive del dichiarante, LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare"*, cit., 378.

⁽⁵³⁾ In tal senso, cfr. TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878 ss.; SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in *Giurisprudenza europea*, cit., 379 s.

rispettato il *right of confrontation*. In questo senso, del resto, si è espressa, almeno una volta, la S.C., rilevando legittima la lettura ex art. 512 c.p.p. soltanto se, tra le altre condizioni, si accerti pure “che nella fase delle indagini preliminari non sussistevano le condizioni che, facendo prevedere un’impossibilità della ripetizione dell’atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l’espletamento dell’incidente probatorio”⁽⁴⁾. Di conseguenza, in un’ottica interpretativa “convenzionalmente orientata” incombe sulla parte che poi vorrà utilizzare le dichiarazioni “non confrontate” l’onere di premunirsi di chiedere l’assunzione anticipata e garantita di una dichiarazione che presumibilmente non potrà essere ripetuta in dibattimento per ragioni ascrivibili alla reperibilità del dichiarante. Il rapporto di immediatezza tra organo giurisdizionale decidente e prova potrebbe risentirne, ma a tutto vantaggio di un confronto comunque realizzato in via anticipata, seppure in assenza di quella pubblicità data soltanto dal dibattimento. In questa direzione conduce l’interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo a proposito del *right of confrontation*. Anche se, quanto accennato, si va a collocare in un concetto di contraddittorio “europeo” diverso da quello “interno”: quest’ultimo saldamente ancorato alla separazione tra fasi processuali (preliminare e giudizio) e al diverso valore degli elementi probatori formati nell’una o nell’altra, salvo eccezioni prefissate dalla legge, l’altro di più ampio respiro, non necessariamente coinvolgente la dinamica tra fasi diverse dell’*iter* processuale. Si tratta di temi di ampio respiro su cui occorrerà rimeditare, posta l’oramai imprescindibile influenza “sovranaazionale”.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, cit., 878 ss.