DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

GIUSTO PROCESSO E GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA (*)

di Novella Galantini

SOMMARIO: 1. Il significato costituzionale del contraddittorio. – 2. Il mutamento di approccio della Corte costituzionale. – 3. La traduzione legislativa della riforma costituzionale, i quesiti interpretativi e il bilanciamento dei diritti di accusato e accusatore. – 4. L'effetto estensivo della tutela costituzionale.

1. *Il significato costituzionale del contraddittorio.*

La rinascita del diritto delle prove sancita dal codice Vassalli e minata dalla sinergica reazione restauratrice della Corte costituzionale e del legislatore dei primi anni '90, trova un ritorno nella riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. [1].

Come è noto, l'obiettivo della riaffermazione del metodo autoritativo nella formazione della prova e della vanificazione del principio di separazione funzionale tra le fasi, si era realizzato nelle sentenze della Consulta che, dichiarando illegittimi gli artt. 500 [2], 513 [3] e 195 comma 4 c.p.p. [4], aveva statuito il principio di non dispersione della prova, funzionale al recupero di elementi probatori costituiti unilateralmente dall'accusa. Se in un primo tempo il legislatore ne aveva coltivato il modello con una legislazione emergenziale

---

(*) Il presente scritto è destinato agli Atti del Convegno su "Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana" (Milano, 23-24 giugno 2011), a cura del Centro di studi sulla giustizia, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano.

[1] La riforma dell'art. 111 Cost. è contenuta nella l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione)*, attuata con l. 25.2.2000 n. 35 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l.7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo"*).

[2] Corte cost. 18 maggio 1992 n. 254.

[3] Corte cost. 18 maggio 1992 n. 255.

[4] Corte cost. 22 gennaio 1992 n. 24.

Direttore Responsabile Francesco Viganò | P.IVA 07362900966 Copyright © 2010 Diritto Penale Contemporaneo

dettata dalla recrudescenza del fenomeno mafioso [5], successivamente se ne era discostato attraverso la legislazione del 1997 [6], riappropriandosi se pure in parte dei principi ispiratori del codice e ristabilendo così una propria autonomia anche rispetto alla posizione della magistratura che pareva organica all'approccio offerto dalla giurisprudenza costituzionale [7].

Il rapporto altalenante tra Corte e Parlamento si consuma con la sentenza costituzionale n. 361 del 1998 con la quale, quasi poco dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 513 c.p.p., la Consulta indulge alla tendenza revisionista, suscitando la reazione finale che, si ritiene, ha dato luogo alla formulazione del nuovo art. 111 Cost. [8].

Superando quella che si può definire una deriva del diritto delle prove [9], viene costruito il 'giusto processo' con formule sostanzialmente ricavate dalle fonti pattizie sui diritti umani [10], ma già peraltro utilizzate in sede di elaborazione del progetto di riforma costituzionale della Commissione bicamerale [11]. Consacrati principi e garanzie quali parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice e contraddittorio, l'art. 111 Cost. viene a rappresentare il giusto processo nel ruolo di condizione di legittimità della funzione giurisdizionale [12]. Come chiaramente si è affermato in dottrina, il legislatore "ha realizzato una sorta di *incorporation* rafforzativa di garanzie già codificate nel 1989 e poi ripudiate dalla svolta involutiva dei primi anni novanta, per

---

[5] D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 ("*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*).

[6] L. 7 agosto 1997 n. 267 *(Modifica del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove).*

[7] Sul punto, P. Pederzoli, *Corte costituzionale e parlamento: il confronto sul giusto processo,* in *Giusto processo?*, a cura di D. Guarnieri e F. Zanotti, Padova, 2006, p. 115 ss.

[8] F. Cordero, *Procedura penale,* VIII ed., Milano, 2006, p. 1312.
Sui contenuti della sentenza, A. De Francesco, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana,* Milano, 2005, p. 152. V., inoltre, R.A. Ruggiero, voce *Contraddittorio (proc. pen.),* in *Dizionario di diritto pubblico,* diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, p. 1382 e V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato,* Torino, 2006, p. 58.

[9] Per la nota formula. M. R. Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva,* Bologna, 2003.

[10] Per varie critiche alla formulazione del nuovo art. 111 Cost., M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive,* in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 7; G. Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto,* in *Quest. giust.*, 2001, p. 1130.
Per l'individuazione di un modello internazionale del giusto processo, L. P. Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,1991, p. 689.

[11] In ordine all'art. 130 del Progetto di modifica della Costituzione della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, approvato il 4 novembre 1997, M. Boato, *I principi del 'giusto processo' tra la Bicamerale e le nuove iniziative parlamentari,* in *Rass. parlam.* 1999, p. 521.

[12] Per una articolata rassegna della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, M. Cecchetti, voce *Giusto processo (dir. cost.),* in *Enc. dir.*, vol. V Aggiornamento, Milano, 2001, p. 595 ss.

accrescerne il grado di resistenza e renderle insensibili alle tentazioni di future revisioni legislative o giurisprudenziali"[13].

Al di là delle diverse tesi circa il riconoscimento nell'art. 111 Cost. del carattere solo ricognitivo di regole e principi già presenti nel sistema costituzionale o, al contrario, della funzione innovativa e rifondatrice dei canoni di equità processuale [14], la costituzionalizzazione del contraddittorio ne consacra la collocazione nell'ambito dei diritti morali o naturali [15] già riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea [16]. Storicizzato nella carta costituzionale [17] nella sua valenza specifica, si ritiene, di tutore del diritto partecipativo dell'imputato al processo nel momento formativo della prova, il contraddittorio non si è sottratto tuttavia alla risalente disquisizione circa la natura di metodo piuttosto che di garanzia [18], che è riaffiorata nel recente dibattito dottrinale, suscitato da una pronuncia della Consulta [19], circa il suo profilo oggettivo ovvero soggettivo [20].

---

[13] E. Amodio, *Giusto processo,* procès équitable *e* fair trial: *la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa,* in E. Amodio, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo,* Milano, 2003, p. 141.
Sul carattere precettivo o programmatico delle disposizioni costituzionali, A. Celotto, *La Costituzione: carta dei valori o norma precettiva?,* in *Processo penale e Costituzione,* a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, p. 1 ss.

[14] P. Ferrua, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio,* in *Dir. e giust.,* 2000, n.1, p. 5.

[15] Su "alcuni diritti morali...tradotti in diritti giuridici dalla Costituzione", R. Dworkin, *I diritti presi sul serio,* Bologna, 1982.
Sulle origini dei diritti, A. Dershovitz, *Rights from wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti,* Torino, 2005, p. 31 ss.

[16] Emblematico il caso Dorigo, sul quale si era pronunciata la giurisprudenza europea (C. eur. 23 settembre 1998) e che ha portato alla declaratoria di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. là dove non prevede tra i casi di revisione un diverso caso relativo alla sentenza o al decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 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 (Corte cost. 4 aprile 2011 n. 113). In precedenza la Corte si era pronunciata per l'infondatezza della questione (Corte cost. 16 aprile 2008 n. 129).

[17] Per l'affermazione secondo cui le Costituzioni, " per loro natura sono intese...a rendere per così dire positiva l'idea di giustizia, M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e ' due process of law clause')*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1287.

[18] La distinzione si individuerebbe nella statuizione del comma 4 dove emergerebbe il profilo oggettivo ("il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova") e nelle due statuizioni del comma 3 e 4, dove nel sancire il diritto al confronto e la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza di confronto con l'accusatore, si profilerebbe l'aspetto soggettivo.

[19] Corte cost. 26 giugno 2009 n. 184.

[20] E. Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale,* in *Cass. pen.,* 2010, p. 17 che, negando la sostenibilità della tesi circa la natura del contraddittorio quale garanzia oggettiva, si contrappone a V. Grevi, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?,* in *Cass. pen.* , 2009, p. 3671.

Contraddittorio e giusto processo [21], nel loro imprescindibile rapporto [22], si misurano in ogni caso su più piani che, pur correlati tra loro, vengono delineati nei diversi commi dell'art. 111 Cost.

In primo luogo si evidenzia la statuizione secondo cui la legge deve assicurare che "la persona accusata di un reato...abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" (art. 111 comma 3 Cost). Il diritto al confronto, sancito nonostante la equivoca formula facoltativa [23], introduce qualcosa di più e di diverso del diritto alla controprova, che viene affermato con la separata formula della facoltà di convocazione di persone a difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e di acquisizione di ogni altro mezzo di prova a favore (art. 111 comma 2 Cost.). Il diritto alla controprova compete infatti anche al pubblico ministero in base alle previsioni codicistiche che attuano il principio di parità tra le parti (art. 495 comma 2 c.p.p.), mentre il *right to confrontation* non può che essere prerogativa dell'imputato [24].

Inoltre, nello stabilire che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto volontariamente all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore", il

---

Nell'aderire alla tesi circa la contraddizione insita nel concetto del contraddittorio quale garanzia in senso oggettivo, si evidenzia che, pur essendo presente il richiamo a una dimensione oggettiva del contraddittorio in una sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 25 ottobre 2000, n. 440), la stessa Corte in altra sentenza non ha avallato la distinzione (Corte cost. 21 marzo 2007 n. 117 dove si prescinde "da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio" e si afferma che la formula del contraddittorio nella formazione della prova "non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo..non sia correlato a quello soggettivo", essendo "ciò che conta ...pur sempre la tutela del diritto di difesa").

[21] Sul contraddittorio nel sistema giudiziario americano, R.A. Kagan, *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa diritto,* Bologna, 2009 (trad. it. di *Adversarial legalism. The American Way of Law,* Cambridge, 2001).

[22] M. Manzin, *Del contraddittorio come principio e come metodo,* in *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola, a* cura di Manzin - Puppo, MIlano, 2008, p. 3 ss.

V., inoltre, R. Paradisi, *La contesa e il processo, Il processo accusatorio alle origini del pensiero occidentale: dalla dialettica platonica alla cross-examination,* in *Metodo e processo. Una riflessione filosofica,* a cura di Sagnotti, Perugia, 2005, p. 43 ss.

Sulla natura dialogica del processo. S.C. Sagnotti, *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica,* in *Processo penale e Costituzione,* cit., p. 335.

[23] Sul fatto che, diversamente dall'art. 6 Cedu, l'art. 111 comma 3 Cost. si riferisce alla 'facoltà' e non al 'diritto' in ordine al confronto, si è espresso criticamente P.P. Paulesu, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale,* Torino, 2002, p. 14, nota 32.

Anche al fine di non vanificare la portata della disposizione, si ritiene che il termine 'facoltà' vada inteso come sinonimo di 'diritto'. In questo senso, S. Maffei, *Il diritto al confronto con l'accusatore,* Piacenza, 2003, p. 91.

[24] E. Amodio, *Garanzie oggettive,* cit. p. 20.

comma 4 realizza il diritto al confronto nella forma del contraddittorio specifico del quale "devono essere partecipi gli stessi soggetti destinatari dell'utilizzazione probatoria dei suoi esiti" [25].

Infine, con l'individuazione delle legittime deroghe al contraddittorio per cui "la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita" (comma 5), si costituzionalizza la inutilizzabilità fisiologica a tutela della separazione funzionale tra le fasi, sancendo tassativamente le ipotesi in cui la prova può essere acquisita in forza di un contraddittorio implicito ovvero in assenza di contraddittorio qualora questo sia oggettivamente impossibile o inquinato [26].

Viene così ad affermarsi, in particolare nei due primi profili, l'assetto del contraddittorio come espressione di un diritto di difesa [27] attivo nella fase di assunzione del procedimento probatorio e non piegato ad una forma di intervento, circoscritto nei tempi e passivo nei modi, ad atti unilaterali dell'autorità, come era invece inteso nel sistema previgente [28]. Alla configurazione di un contraddittorio imperfetto, inteso come mero apparato tecnico di attuazione del diritto di difesa [29], si contrappone la forma compiuta davanti ad un giudice, secondo la precisa formulazione dell'art. 111 comma 3 Cost., che consente di ricomporre diritto al confronto e principio di immediatezza nella "garanzia del processo equo" [30].

2. *Il mutamento di approccio della Corte costituzionale.*

Il parametro del contraddittorio "unilaterale" quale misura di una difesa in funzione di 'garante inquisitorio', di cui si faceva portatrice la Consulta nella nota sentenza che ammetteva il difensore all'interrogatorio [31] e anche nelle

[25] O. Dominioni, *Un nuovo* idolum theatri: *il principio di non dispersione probatoria,* in *Cass. pen.,* 1997, p. 768.
[26] Per le definizioni indicate nel testo, G. Ubertis, *Sistema di procedura penale,* I, Principi generali, Torino, 2007, p. 171.
[27] Sul rapporto tra diritto di difesa e contraddittorio, G. Ubertis, *Sistema,* cit., p.145.
[28] Per il contraddittorio quale "sovrastruttura garantistica di una funzione propria dell'autorità giudiziaria, O. Dominioni, *Un nuovo* idolum theatri, cit., p. 741.
[29] Così, O. Dominioni, *Un nuovo* idolum theatri, cit., p. 741.
[30] Corte cost. 7 giugno 2010 n. 205.
[31] Corte Cost. 16 dicembre 1970 n. 190. La Corte rapportava la "pienezza di contraddittorio" al vantaggio per la "stessa amministrazione della giustizia", sottolineando che "non è da sottovalutare la circostanza che

pronunce dove pure si evocava il 'giusto procedimento' [32], viene abbandonato nelle decisioni immediatamente successive alla riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. dove muta in modo radicale l'approccio dei giudici delle leggi.

Oltre a prendere atto di un quadro normativo profondamente cambiato, la Corte smentisce la precedente interpretazione dell'art. 513 c.p.p. resa nella sentenza n. 361 del 1998 [33]. Nel dire che i principi del giusto processo sono immediatamente applicabili, si fa carico di anticiparne gli effetti considerando abrogato quell'art. 500 comma 2 *bis* c.p.p. - che consentiva le contestazioni "sul silenzio" del dichiarante - sulla base della legge attuativa n. 35 del 2000 nella parte relativa alla applicazione dell'art. 111 Cost. ai procedimenti in corso(art.1 comma 2) [34] e prima che il legislatore intervenga con la legge di dettaglio [35].

Inoltre, affermando che le deroghe al contraddittorio non possono essere più interpretate in modo estensivo, capovolge l'assunto di cui ad una precedente sentenza sulla ammissibilità della lettura delle dichiarazioni dei prossimi congiunti che si avvalgono in dibattimento della facoltà di astensione dalla testimonianza [36] e stabilisce che il concetto di irripetibilità oggettiva si riferisce solo a "fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante" [37].

Di non minore chiarezza circa il ruolo non più antagonista della Corte rispetto al legislatore sono poi due pronunce successive delle quali una, sulla testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria, sostiene che dall'art. 111 comma 4 Cost. "deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi" [38]; l'altra, in punto di contestazioni in sede di esame testimoniale, afferma che sono coerenti "istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento....da contaminazioni probatorie fondate su atti unilaterali raccolti nel corso delle indagini preliminari" [39].

---

la presenza e l'assistenza del difensore sortirebbero l'effetto di conferire maggiore fermezza ai risultati dell'interrogatorio, anche per quella parte che potesse risultare sfavorevole all'imputato".

[32] Corte cost. 5 luglio 1968 n. 86.

[33] V., *supra,* nota 8.

[34] Corte cost. 25 ottobre 2000 n. 439 dove l'abrogazione dell'art. 500 comma 2 *bis* c.p.p. viene stabilita sul "versante della successione fra norme dello stesso rango".

[35] L. 1 marzo 2001 n. 63 ("*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*").

[36] Corte cost. 16 maggio 1994 n. 179.

[37] Corte cost. 25 ottobre 2000 n. 440.

[38] Corte cost. 26 febbraio 2002 n. 32.

[39] Corte cost. 14 febbraio 2002 n. 36.

Certo è che il forte richiamo costituzionale, se ha inciso in modo inequivocabile sull'orientamento della Corte, non ha del tutto convertito al nuovo corso la giurisprudenza che non solo ha sollecitato la Consulta ad esprimersi nuovamente sulla legittimità della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria [40], ma le ha rimesso la questione sulla costituzionalità dell'art. 500 c.p.p. modificato, come si dirà poi, dal legislatore nel 2001, ritenendo sorprendentemente che la nuova formulazione sia contrastante con il principio di dispersione probatoria [41].

3. *La traduzione legislativa della riforma costituzionale, i quesiti interpretativi e il bilanciamento dei diritti di accusato e accusatore.*

La trasposizione normativa dei principi costituzionali, avvenuta con la legge n. 63 del 2001 sul giusto processo, ha comportato per il legislatore il soddisfacimento di più esigenze. La previsione di un diritto dell'imputato al confronto con l'accusatore [42] ha necessariamente imposto di dover considerare ruoli e garanzie dei soggetti coinvolti in un rapporto di potenziale conflitto tra diritti diversi, ma meritevoli di pari tutela. A ben vedere l'attenzione del legislatore si è concentrata su questo profilo, lasciando inalterate le formule del codice che non traducono espressamente il diritto al confronto con l'accusatore, limitandosi a stabilire un meccanismo di contro-esame che è assicurato peraltro a tutte le parti in gioco [43].

La mancata traduzione espressa del *right to confrontation* trova peraltro compensazione nella previsione del correlato contraddittorio specifico, fonte di precise rivisitazioni delle norme processuali. Dell'art. 111 comma 3 Cost. si è trasposta testualmente nell'art. 526 comma 1 *bis* c.p.p. la parte che vieta l'utilizzazione ai fini della decisione sulla responsabilità dell'imputato, delle dichiarazioni rese dal soggetto che volontariamente si è sottratto all'esame da

---

[40] Corte cost. 26 febbraio 2002 n. 32, cit.
Sui precisi contorni del divieto, Corte cost. 29 luglio 2008 n. 305.
[41] Corte cost. 14 febbraio 2002 n. 36, cit.
[42] Secondo E. Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo,* in *Cass. pen.*, 2003, p. 1419, alla formula costituzionale sarebbe da preferire quella del "diritto al contro-esame".
[43] Al riguardo, il disegno di legge n. 2567 approvato dal Senato il 29 luglio 2011, prevede espressamente il diritto al confronto con i testimoni a carico.

parte dell'imputato o del suo difensore [44]. Se precisazioni nello stesso senso sono individuabili nell'art. 238 comma 2 *bis* c.p.p. dove, nell'ambito della disciplina sulla circolazione delle prove tra procedimenti diversi, si era già con la legge del 1997 subordinata alla partecipazione difensiva alla assunzione della prova l'utilizzazione contro l'imputato di prove acquisite in sede dibattimentale o incidentale [45], è nella riformulazione dell'art. 500 c.p.p. che il legislatore esprime il suo distacco dalla normativa emergenziale. La norma, oltre a ristabilire la regola della sola valutazione di credibilità del teste (comma 2) - salva l'eccezione fondata sulla provocata e presunta inattendibilità di quest'ultimo (comma 4) -, prescrive che il rifiuto del teste di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, determina l'inutilizzabilità nei confronti di questa, fatto salvo il suo consenso, delle dichiarazioni rese all'altra (comma 3). Il che non può non ricondurre la previsione nell'alveo della tutela del contraddittorio nella sua dimensione specifica, posta la impraticabilità di una soluzione che riconduca la sanzione alla posizione di parti diverse dall'imputato [46].

Nell'apprestare le basi normative per garantire il profilo effettuale del diritto al confronto, la legge ha poi creato o ridisegnato la figura dei dichiaranti nell'obiettivo di mediare tra il diritto al silenzio dell'accusatore che vanti un concreto interesse autodifensivo e il diritto dell'accusato a misurarsi con lui dialetticamente, senza nel contempo subire l'esercizio di quel diritto che ora pare trovare riscontro nel testo costituzionale [47]. La scelta di creare il testimone, assistito non tanto o non solo dal difensore quanto dalle garanzie circa la sua posizione processuale (art. 197 *bis* c.p.p.) [48], o di riconfigurare la disciplina del

---

[44] Circa la natura di regola di esclusione o di criterio di valutazione della prova, S. Lonati, *Il diritto dell'accusato a 'interrogare o fare interrogare' le fonti di prova a carico,* Torino, 2008, p.314; M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova,* Torino, 2009, p. 161 ss.
Per la regola di esclusione, F. Cordero, *Procedura penale,* cit., p. 747.
Sul punto, Sez, Un. 14 luglio 2011 n. 25.

[45] V., inoltre, le modifiche apportate dalla l. n. 63 del 2001 all'art. 190 *bis* c.p.p.

[46] In ordine al *right to confrontation* come esclusiva garanzia dell'imputato, E. Amodio, *Garanzie oggettive,* cit., p. 20.

[47] E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui,* in *Cass. pen.*,2001, p. 3589.

[48] L'estensione della tutela sul piano penale è nell' art. 384 comma 2 c.p.
La Corte costituzionale ha dichiarato l'"illegittimità dell'art. 384, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato – a norma dell'art. 371, comma 2, lettera *b*),

contributo dell'imputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.), si è tradotta nella presenza sulla scena processuale di più soggetti, legittimati a ricostruire i fatti addebitati ad altri, sulla scorta di criteri che fanno capo, a seconda del diverso grado di collegamento tra i fatti stessi, alla definitività dell'accertamento o al volontario contributo dichiarativo *erga alios.*

L'obiettiva complessità della disciplina [49], che ha fondato un sistema di richiami incrociati tra norme diverse, non ha favorito applicazioni pratiche indolori. Una sorta di ingorgo interpretativo ha pesato sulla soluzione di vari quesiti, per alcuni dei quali è stato necessario l'intervento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite, chiamate ad esempio a chiarire se il soggetto destinatario di un provvedimento di archiviazione possa assumere il ruolo di testimone assistito [50] o a stabilire l'esatto perimetro dei fatti sui quali far convergere il contributo del soggetto che abbia patteggiato [51], fino a obbligare la Consulta a doversi districare tra le diverse formule terminative delle sentenze per stabilire in quale veste il dichiarante debba essere sentito [52].

Da non potersi tuttavia addebitare al legislatore è l'equivoco per cui esisterebbe la figura del coimputato-testimone sul fatto altrui nel processo cumulativo, accanto a quelle del testimone assistito e dell'imputato in procedimento connesso. Al riguardo le norme sono del tutto chiare nello stabilire una precisa incompatibilità alla testimonianza, se pure assistita, del coimputato (art. 197 comma 1 lett. *a)* c.p.p. e art. 197 *bis* comma 1 c.p.p.) e nel prescrivere precisi ambiti applicativi all'esame nelle forme dell'art. 210 c.p.p. [53]. Che il coimputato dello stesso reato nel procedimento a suo carico possa poi essere sentito nelle forme dell'art. 210 c.p.p. in relazione al fatto altrui, è frutto di una insostenibile reviviscenza della pronuncia costituzionale che equiparava coimputato e imputato 'connesso' [54], incompatibile con le nuove previsioni dello stesso art. 210 c.p.p. [55].

---

codice di procedura penale – a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono" (Corte cost. 11 marzo 2009 n. 75).

[49] F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 1321, parla di "esempi di ingegneria labirintica".

[50] Corte cost. 12 marzo 2003 n. 76; Corte cost. 30 giugno 2003 n. 250; Sez. Un. 17 dicembre 2009 n. 12067.

[51] Corte cost. 13 dicembre 2007 n. 456.

[52] Corte cost. 8 novembre 2006 n. 381; Corte cost. 20 aprile 2009 n. 115.

[53] E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità,*cit., p. 3593 per la tesi secondo cui il coimputato può essere sentito solo con l'esame *ex* art. 208 c.p.p.

[54] Per la tesi della sopravvivenza dell'equiparazione di cui alla sentenza n. 361 del 1998, P. Tonini, *La prova penale,* Padova, 2000, p. 170; G. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale,* in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale,* Torino, 2007, p. 124.

Se è pur vero che in altra occasione la giurisprudenza costituzionale si è espressa nel senso di ritenere dovuti gli avvisi *ex* art. 64 c.p.p. all'imputato in sede di esame dibattimentale [56], così da far supporre una possibile 'trasformazione' di veste del dichiarante sul fatto altrui a seguito dell'avviso di cui all'art. 64 lett. *c)* c.p.p, ciò non è significativo tuttavia al fine di sostenere il venir meno delle incompatibilità previste per il coimputato. Il che rende priva di rilievo la disquisizione sul punto [57], anche per via del fatto che la affermazione della appartenenza di interrogatorio ed esame "ad un medesimo *genus*", sulla quale peraltro non si concorda, non implica in sé l'obbligatorietà di un avviso che, se fatto in interrogatorio non può condizionare la posizione futura del dichiarante o, se formulato prima dell'esame dibattimentale, non può allo stesso modo implicare obblighi di verità da parte di un soggetto che non può essere testimone [58]. Né si ritiene risolutivo il richiamo fatto nella sentenza citata alla fattispecie dell'esame dell'indagato sul fatto altrui in incidente probatorio (art. 392 lett. c) c.p.p.) dove comunque l'indagato non potrà convertirsi in una figura di dichiarante diversa da quella propria non fosse altro per via della applicabilità delle forme dibattimentali sull'assunzione delle prove (art. 401 comma 5 c.p.p.) e del conseguente rinvio alle disposizioni sulle incompatibilità testimoniali.

La sentenza non ha in ogni caso stabilito un precedente da cui desumere una inedita figura di imputato-testimone nel suo processo. Molto chiaro al riguardo è quanto scrive la Corte in una pronuncia successiva, quando è stata chiamata a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 197 *bis* c.p.p. "nella

---

Per un cenno, Corte cost. 24 giugno 2009 n. 197.

[55] Con sentenza 12 ottobre 2000 n. 439 la Corte aveva superato la sentenza n. 361 del 1998 in relazione alla applicabilità della norma sulle contestazioni al teste silente.

[56] Corte cost. 4 giugno 2003 n. 191.

Per la giurisprudenza che nega invece la sussistenza dell'avviso circa l'assunzione dell'ufficio di testimone, Cass. Sez. 5, 14 giugno 2005 n. 46852, in *CED Cass.* n. 233036.

[57] Cass. Sez. 1, 6 giugno 2007 n. 34560, in *CED Cass.* n. 237624.

[58] Ciò ovviamente non esclude che le eventuali dichiarazioni sul fatto altrui rese dall'indagato nell'interrogatorio *ex* art. 64 c.p.p. possano essere oggetto di contestazione, se difformi, in sede di esame dibattimentale dove all'imputato possono essere fatte domande in relazione alla condotta di altri senza che la risposta comporti un obbligo di verità. Come affermato dalla Corte costituzionale "*le dichiarazioni rese nelle fasi anteriori al giudizio dell'imputato possono essere utilizzate, per quel che concerne la responsabilità dei coimputati, ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, salvo che gli stessi coimputati prestino consenso all'utilizzazione piena ovvero ricorrano le circostanze indicate nell'art. 500 comma 4. Il che rende coerente la disciplina anche con quanto disposto dall'art. 513 comma 1 c.p.p.*" (Corte cost. 24 giugno 2009 n. 197, cit.).

Sul punto, volendo, N. Galantini. *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova,* in *Cass. pen.*, 2002, p. 1849.

parte in cui non prevede che il coimputato nel medesimo reato o l'imputato di reato connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. a) possa essere sentito come testimone nel caso previsto dall'art. 64 comma 3 lett. c c.p.p.". Dichiarando manifestamente infondata la questione, la Corte nega che si possa "addirittura....costruire una figura di dichiarante del tutto nuova, quale sarebbe quella dell'imputato chiamato a rendere 'testimonianza' nel suo stesso processo", in quanto "si innesterebbe, all'interno di un medesimo procedimento, riguardante un fatto 'comune' a più imputati, una dicotomia (strutturale e funzionale) di fonti dichiarative, in capo ai medesimi soggetti dichiaranti, a seconda che gli stessi siano chiamati a rendere l'esame quali imputati, o come 'testi assistiti' in ordine alla responsabilità degli altri" [59]. La linea interpretativa sembra essere stata accolta in giurisprudenza dove si rileva la incompatibilità del ruolo di testimone "con la condizione dei soggetti concorrenti nel medesimo reato e avvinti da un nesso inscindibile" [60] e dove l'assunzione del coimputato nella veste delineata dall'art. 210 c.p.p. viene stabilita in relazione alla sua separata posizione processuale [61].

Certo è che la nuova disciplina ha sicuramente indotto a una vivacità insolita il dibattito non solo dottrinale, talvolta costretto a misurarsi con le articolate alchimie del legislatore.

4. - *L'effetto estensivo della tutela costituzionale.*

Un ultimo profilo, se pure collaterale ai temi fin qui svolti, va infine evidenziato con riguardo agli effetti che la tutela costituzionale del contraddittorio ha determinato anche sul lessico giurisprudenziale utilizzato nelle pronunce rese in procedimenti particolari.

Ci si riferisce ad esempio al procedimento per la riparazione da ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.), in relazione al quale è stato dichiarato il vizio

---

[59] Corte cost. 24 giugno 2004 n.202.
V., inoltre, Corte cost. 20 novembre 2002 n. 485 e Corte cost. 30 giugno 2003 n. 250 secondo cui "l'incompatibilità a testimoniare per i coimputati del medesimo reato e per le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera *a)*, cod. proc. pen. non appare priva di giustificazione "in ragione della peculiare situazione derivante dall'unicità del fatto-reato e dei conseguenti profili di indubbia interferenza con la posizione dell'imputato".
[60] Cass. Sez. 1, 18 ottobre 2005 n. 40203, in *CED Cass.* n. 232448.
[61] Cass. Sez. 6, 14 gennaio 2010 n. 12610, in *CED Cass.* n. 246726.

dell'ordinanza di rigetto della richiesta emessa prima della acquisizione di documenti mancanti e lo si è ricollegato all'"intervento delle parti...che si realizza con la partecipazione in contraddittorio alla formazione della prova, con la possibilità di interloquire a fronte delle richieste delle altre parti" [62].

Analogamente, nel giudizio per l'equa riparazione da durata irragionevole del processo (l. 24 marzo 2001 n. 89), si è affermata la garanzia del contraddittorio delle parti [63] e si è sottolineato come il contenimento delle attività istruttorie non può pregiudicare il rispetto del "diritto fondamentale , di rango costituzionale, della difesa e del contraddittorio" [64]. Anche nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, si è rilevato il diritto dell'interessato ad essere ammesso a contrastare la proposta "proponendo mezzi di prova" [65].

Per quanto riguarda invece il procedimento di esecuzione per il quale l'art. 666 comma 5 c.p.p. stabilisce innovativamente [66] che "il giudice...se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio", si è sottolineata in dottrina la difficoltà di ritenere pienamente attuabile il principio costituzionale. Nonostante la giurisprudenza abbia dimostrato attenzione alle garanzie partecipative della difesa [67], si è ipotizzato di poter escludere l'adozione dell'esame diretto e incrociato nella assunzione delle prove dichiarative alla luce della prescrizione circa la possibilità per il giudice di procedere "senza particolari formalità" anche all'esame dei testimoni (art. 185 disp. att. c.p.p.) [68]. Al di fuori dell'area protetta del giusto processo vengono collocati poi altri procedimenti la cui natura amministrativa e non giurisdizionale opera da sbarramento alla operatività del contraddittorio [69].

---

[62] Cass. Sez. 4, 25 novembre 2009 n. 48373, in *CED Cass.* n. 245730.

[63] Cass. Sez. 1, 1 agosto 2003 n. 11715, in *CED Cass.* 565567.

[64] Cass. Sez. 1, 23 luglio 2003 n. 11424, in *CED Cass.* n. 565 352; Cass. Sez. 3, 18 dicembre 2009 n. 26773, in *CED Cass.* n. 611007.

[65] Cass. Sez. 6, 21 maggio 2003 n. 36317, in *CED Cass.* n. 227603. V., poi, Cass. Sez. 1, 30 settembre 2009 n. 2477, in *CED Cass.* n. 245374.

[66] Sulla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva, F. Corbi-F.Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale,* Torino, 2003, p. 10.

[67] Cass. Sez. 6, 27 gennaio 2009 n. 3523, in *CED Cass.* n. 242434.

[68] Per le diverse e anche opposte tesi dottrinali, F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione,* Torino, 2011, p. 348.

[69] Per quanto riguarda il giudizio disciplinare nei confronti degli avvocati, Sez. Un. 22 agosto 2007 n. 17827, in *CED Cass.* 598430. V., inoltre, Cass. 26 maggio 2011 n. 11608 per l'applicazione degli stessi criteri al giudizio disciplinare per altre categorie di professionisti.
Per il particolare procedimento relativo all'ammonimento del questore nei casi di *stalking* (art. 8 l. 23 aprile 2009 n. 38), Cons. Stato, Sez. 3, 19 luglio 2011 n. 4365.

Si tratta in ogni caso di esempi che non valgono a sminuire il valore intrinseco del principio nella sua dimensione costituzionale se è vero che la sua violazione ha determinato la applicazione di una sanzione disciplinare a carico di un magistrato che, in sede di procedimento di archiviazione, ha provveduto convocare, fuori dall'udienza, una delle persone informate dei fatti [70]. Il che vale ad individuare nel contraddittorio l'espressione del giusto processo inteso non solo come processo legale che si realizza nella formula del *due process of law*, ma come *fair trial* [71] all'insegna della lealtà che implica l'osservanza di un codice etico non scritto.

[70] Sez. discipl. 30 novembre 2000 n. 178, citata da D. Cavallini, *Il giusto processo tra diritto positivo e deontologia giudiziaria*, in *Giusto processo?*, cit., p. 230.
[71] Sulle origini storiche delle formule, E. Amodio, *Giusto processo*, cit., p. 132.