

PARTE PRIMA
FRANTENDIMENTI E POLEMICHE
SUL CONTRADDITTORIO COME METODO
DI ACCERTAMENTO PENALE

I

IL CONTRADDITTORIO TRA DECLINO DELLA LEGGE E TIRANNIA DEL DIRITTO VIVENTE

di Paolo Ferrua

SOMMARIO: 1. Erosioni silenziose del contraddittorio. – 2. La circolazione delle prove tra processi. – 3. L’acquisizione delle sentenze divenute irrevocabili. – 4. La sentenza cost. n. 29 del 2009 sull’art. 238-*bis* c.p.p.: un discorso divagante. – 5. Estinzione del reato e accertamento della colpevolezza. – 6. Diritto alla prova. – 7. La sottrazione per libera scelta: equivoci nell’esegesi dell’art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. – 8. La soggezione del giudice alla sola legge: trionfante e moribonda. – 9. Il preteso carattere vincolante delle interpretazioni di Strasburgo. – 10. La giurisprudenza costituzionale dopo le sentenze “gemelle”: *re melius perpensa ...*

1. *Erosioni silenziose del contraddittorio.*

Il contraddittorio è stato, in passato, oggetto di attacchi frontali: basti pensare alla svolta inquisitoria realizzata con tre sentenze della Corte costituzionale che demolirono le regole di esclusione del processo accusatorio, aprendo il varco all’utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni raccolte dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero (sentenze nn. 24, 254 e 255 del 1992). La Corte costituzionale in quell’occasione ritenne il contraddittorio in conflitto con la ricerca della verità, affermando che l’uno avrebbe compromesso l’altra. Scelta infausta, perché entrambi i valori, lungi dall’essere antitetici, sono funzionali alla giustizia della decisione; e, nondimeno, perseguita con chiarezza e determinazione, senza infingimenti. E fu proprio questa aperta ostilità al contraddittorio come metodo di formazione della prova che permise poi, in un diverso contesto culturale, di ripercorrere a ritroso le scelte inquisitorie e riaffermare, con la riforma costituzionale dell’art. 111 Cost., la funzione cognitiva del contraddittorio.

Qui oggetto di analisi sarà un diverso atteggiamento del legislatore o della giurisprudenza. Con l'espressione "erosioni silenziose" del contraddittorio si allude, infatti, a quelle scelte che, senza rinnegare apertamente il contraddittorio, anzi ribadendone il valore, lo disarmano o lo indeboliscono surrettiziamente con vari espedienti. Contrariamente a quanto può sembrare, le erosioni operate dalla giurisprudenza sono assai più pericolose di quelle del legislatore: infatti, mentre a queste ultime si può rimediare sollevando questione di legittimità costituzionale, per le prime non resta altra risorsa che un *overruling* giurisprudenziale.

2. La circolazione delle prove tra processi.

Sul piano legislativo un buon esempio di subdola eversione del contraddittorio nella formazione della prova è offerto dall'art. 238-*bis* c.p.p.

In un sistema fondato sul contraddittorio, la circolazione delle prove tra diversi processi ha necessariamente un'estensione molto limitata: una prova può, infatti, essere trasferita da un processo all'altro solo se la difesa dell'imputato, contro il quale viene utilizzata, ha partecipato alla sua formazione, salve le eccezioni contemplate dalla Costituzione (art. 111 comma 5).

Per tale ragione l'art. 238 c.p.p. subordina l'utilizzazione delle prove raccolte *aliunde* a due importanti vincoli. Anzitutto che «si tratt[i] di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento». Di qui una precisa regola di esclusione probatoria per il materiale raccolto unilateralmente nelle indagini preliminari; sarebbe, d'altronde, singolare che atti non utilizzabili nella fase dibattimentale del procedimento da cui derivano, lo fossero indiscriminatamente nel processo *ad quem*.

Ma questo divieto di acquisizione, pur necessario, non è sufficiente a soddisfare la regola del contraddittorio nella formazione della prova. O meglio può esserlo per gli interessi dell'accusa a cui importa solo che l'atto sia formato con la partecipazione del pubblico ministero, anche se di un diverso processo (l'accusa è impersonalmente esercitata in rappresentanza della collettività offesa dal reato). Ma non lo è per la difesa, ai cui fini la prova può dirsi formata in contraddittorio solo in quanto vi partecipi il difensore dell'imputato contro il quale è utilizzata. Se ad intervenire è stato il difensore di un diverso imputato, l'utilizzazione nel processo *ad quem* di una prova, già assunta con la partecipazione della

difesa di un diverso imputato, sarebbe lesiva della regola del contraddittorio: il solo uso ammissibile è quello a favore dell'imputato, che non lede né gli interessi dell'accusa (legittimamente rappresentata nella formazione della prova) né della difesa per la quale sarebbe derisorio vedersi rifiutata la valutazione di una prova favorevole solo perché il contraddittorio si è svolto nei riguardi di altri imputati.

Si spiega così che la legge di attuazione del giusto processo abbia riformulato il comma 2-*bis* dell'art. 238 c.p.p., fissando una seconda condizione, a tutela del contraddittorio nella formazione della prova: «i verbali di dichiarazioni [acquisiti da altro procedimento penale] possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova», salve le consuete eccezioni legate alla sopravvenuta irripetibilità dell'atto o al consenso dell'imputato (commi 3 e 4 della medesima disposizione).

A differenza della prima condizione che integra una regola di esclusione probatoria, la seconda si risolve in un criterio di valutazione, perché si limita a vietare l'utilizzazione delle dichiarazioni ivi menzionate (e già acquisite ai sensi del comma 1) contro l'imputato, ferma restando la possibilità della valutazione *in utilibus*.

Tutto ciò, come si accennava, restringe notevolmente la circolazione delle prove tra i processi, circoscrivendola di fatto solo a quelli con il medesimo imputato; ma, a ben vedere, anche questa limitata osmosi è già segno di un'interpretazione riduttiva del contraddittorio. A stretto rigore, anche quando l'imputato sia il medesimo, la strategia difensiva muta a seconda del reato; ed è solo con qualche forzatura che la prova, formata in contraddittorio sul presupposto di una determinata imputazione, può ritenersi valida anche in rapporto ad una diversa accusa.

3. *L'acquisizione delle sentenze divenute irrevocabili.*

In sostanziale contraddizione con le regole appena enunciate è il successivo art. 238-*bis* c.p.p. secondo cui «le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192 comma 3».

Nonostante la Corte costituzionale ne abbia affermato la legittimità¹,

¹Corte cost., 6 febbraio 2009, n. 29.

la disciplina è severamente criticabile per due ordini di ragioni².

In primo luogo, perché attribuisce valore probatorio ad un atto, la sentenza, che in nessun caso dovrebbe esercitare una simile efficacia. Inutile richiamarsi all'esigenza di circolazione delle prove tra processi, che trova il suo naturale referente normativo nell'art. 238 c.p.p. novellato dalla legge di attuazione del giusto processo (legge 1° marzo 2001, n. 63)³. Le sentenze non sono "prove", bensì atti che valutano le prove nella funzione decisoria di una specifica controversia⁴, oltre la quale non "provano" nulla⁵. I giudici restano ovviamente liberi di leggere at-

²V. soprattutto F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, 2003, p. 801; ma cfr., altresì, G.M. BACCARI, *Il contemperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, 1998, p. 206; P. FERRUA, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1453 s.; L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per "sentenze" e libero convincimento del giudice*, in A. GAITO (a cura di), *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Cedam, 1996, p. 270; F. PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di acquisizione di sentenze non irrevocabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 384; N. ROMBI, sub art. 238-bis c.p.p., in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, 2007, p. 1754 s.; EAD., *La prova documentale*, in P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, 2013, p. 617 s.; R.A. RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238-bis c.p.p., alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3170 s.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIV ed., Giuffrè, 2013, p. 2374. In generale, sull'art. 238-bis c.p.p. v. L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Giappichelli, 2002.

³Sull'art. 238 c.p.p. v. A. BERNASCONI, *Ideologie e prassi in tema di circolazione dei verbali "alieni"*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Giappichelli, 2009, p. 321 s.; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Cedam, 2003, p. 65 s.; A. SCCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, 2002, p. 92 s.

⁴Anche la perizia si risolve spesso nella valutazione di prove; ma qui il ricorso all'altrui giudizio si giustifica per il sapere specialistico che vi è implicato. Non così per gli atti assunti in un diverso processo: se rispettano la regola del contraddittorio, possono essere direttamente acquisiti e valutati a norma dell'art. 238 c.p.p.; in caso contrario, nessuna influenza va loro riconosciuta, tanto meno per il tramite delle valutazioni espresse dal giudice dinanzi al quale sono stati assunti.

⁵F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 801 s.: «I precedenti giudiziari servono a vari fini ma non provano niente; l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque l'abbiano usato, bene o male; e bisogna pescarlo nei relativi verbali, a frammenti. Certe sentenze vengono utili come repertorio dialettico: ad esempio dove vagliano un racconto o elaborino teoremi induttivi; ma altrettanto utili sono le casistiche psico-cliniche e le *detective stories* intelligenti, come ne scriveva Poe. Niente da spartire col fenomeno "prova": quest'ultima, ripetiamolo sta nei materiali *ad acta* (parole del tal testimone,

tentamente ogni sentenza, irrevocabile o no che sia, e di sfruttarla come modello di buona argomentazione, di analisi e di decifrazione dei segni, allo stesso modo in cui può riuscire utile la lettura di un qualsiasi testo letterario, dalla narrazione storica al romanzo poliziesco o alla fiaba.

Ma un conto sono le idee, gli spunti argomentativi che può ispirare la lettura di una sentenza; altro è la pretesa di acquisirla in chiave probatoria, ossia di utilizzarla come premessa sulla quale fondare certe conclusioni in ordine ai fatti di cui si discute in un diverso processo. In sostanza, una sentenza può anche parafrasarne un'altra, a condizione che la motivazione regga sulle prove legittimamente acquisite nel relativo processo, indipendentemente dalla fonte a cui si è attinto per modellare il discorso giustificativo.

La seconda ragione è che acquisire una sentenza irrevocabile equivale a valorizzare, sia pure indirettamente, gli atti probatori su cui si fonda, anche se raccolti senza le garanzie previste per la circolazione delle prove tra diversi processi. Si realizza così una sostanziale eversione dell'art. 238 c.p.p. che subordina l'utilizzazione delle prove raccolte *aliunde* ai due vincoli, già illustrati, imposti dall'art. 111 comma 4 Cost. Naturalmente la lesione del contraddittorio è tanto più grave se, sulla scia di un indirizzo giurisprudenziale, per "fatto accertato" nella sentenza irrevocabile s'intende non solo il fatto di cui al dispositivo, ma ogni acquisizione di fatto risultante dalla motivazione⁶; acquisterebbero così potenzialmente valore probatorio, oltre agli esiti della ricostruzione giudiziale, anche le premesse storiche della decisione.

Si comprende, a questo punto, quanto sia ingiustificata la sopravvivenza di una disposizione come l'art. 238-*bis* c.p.p. Se emanata in un rito negoziale, la sentenza irrevocabile si fonda in massima parte su atti unilateralmente formati, la cui acquisizione sarebbe vietata ai sensi del comma 1 dell'art. 238 c.p.p. Ma, anche quando sia dibattimentale, permane la lesione del contraddittorio, perché gli atti a base della sentenza non sono stati assunti con la partecipazione della difesa dell'imputato nel processo *ad quem*.

È vero che gli atti del processo definito con sentenza irrevocabile restano formalmente utilizzabili solo alle condizioni contemplate dall'art.

una frase cavata all'imputato nell'esame, impronte digitali, segni scoperti sul cadavere dal perito settore)».

⁶In tal senso v. Cass., 26 maggio 1995, Ronch, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3356; Cass., 20 maggio 1997, Bottaro ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, p. 824.

238 c.p.p.; ma, appunto, “solo formalmente”, perché nella sostanza esercitano il loro influsso nel processo in corso attraverso la sentenza irrevocabile che li ha utilizzati. Allo stesso modo in cui, per intenderci, se si consentisse la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni raccolte in sede investigativa, queste eserciterebbero di fatto piena influenza nel dibattimento, in spregio alle regole di esclusione fissate dalla legge; e *idem*, se si consentisse la testimonianza sul contenuto delle intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione. In breve, quando un atto processuale è oggetto di un divieto probatorio, sarebbe un raggiro consentire a quell'atto di rifluire nel processo, veicolato da altri atti valutabili in chiave probatoria.

4. *La sentenza cost. n. 29 del 2009 sull'art. 238-bis c.p.p.: un discorso divagante.*

Nessuna meraviglia, dunque, che il tribunale di Biella abbia sollevato, in riferimento all'art. 111 commi 4 e 5 Cost., la questione di legittimità dell'art. 238-bis c.p.p. nella parte in cui «consente l'acquisizione dibattimentale delle sentenze divenute irrevocabili ai fini della prova di fatto in esse accertato e, quindi, la utilizzabilità di tale mezzo di prova documentale oltre i casi e i limiti di efficacia probatoria previsti in via generale dal combinato disposto degli artt. 234 e 236 c.p.p.». Si pensava che alle limpide motivazioni del giudice *a quo* la Consulta rispondesse con una dichiarazione di incostituzionalità dell'intero art. 238-bis c.p.p. o, eventualmente, con un'interpretativa (di accoglimento o di rigetto) che attribuisse un significato all'art. 238-bis c.p.p. tale da non risolversi in una sostanziale elusione delle regole contenute nella disposizione precedente; ad esempio, limitando l'acquisizione della sentenza irrevocabile solo in rapporto a diversi processi contro il medesimo imputato. La Corte ha, invece, dichiarato non fondata la questione di legittimità, ribadendo la piena conformità della norma in esame ai principi del giusto processo.

Due, nella sostanza, gli argomenti a base della sentenza costituzionale, per nulla convincenti: non perché in sé errati, ma perché irrilevanti rispetto al tema in discussione. *Primo*. «In relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto di acquisizione [...] ma in

quello successivo della valutazione e utilizzazione». Nessuno dubita che una sentenza, come testo elaborato dal giudice, non possa essere “formata” in contraddittorio. Ma ciò che si lamenta non è l’assenza del contraddittorio rispetto alla sentenza, ma riguardo alle prove su cui essa si fonda: le quali vengono di fatto ad esercitare la loro influenza nel processo *ad quem*. Si consuma così, a livello costituzionale, una violazione dell’art. 111 comma 4 Cost. e, a livello della legge ordinaria, un’elusione dell’art. 238 c.p.p. che, a tutela di quel precetto, pone le due condizioni già menzionate: che le prove siano state assunte in sede dibattimentale o di incidente probatorio e che, trattandosi di dichiarazioni, abbia partecipato alla loro assunzione il difensore dell’imputato contro il quale sono utilizzate.

Secondo. «La scelta del legislatore di consentire al giudice di apprezzare liberamente l’apporto probatorio scaturente dagli esiti di altro processo [...] si salda logicamente alla scomparsa nel nuovo sistema processuale, della pregiudiziale penale»; e, pertanto, «la libertà di valutazione del giudice che acquisisce la sentenza irrevocabile, unita alla necessità di riscontri che ne confermino il contenuto, rappresent[a]no garanzia sufficiente del rispetto delle prerogative dell’imputato, alla cui salvaguardia il parametro costituzionale invocato è stato posto». È vero che l’art. 238-*bis* c.p.p., lungi dal ripristinare una pregiudiziale, lascia piena libertà di convincimento al giudice del processo *ad quem*; ma ciò di cui si discute è la lesione del contraddittorio che deriva dall’acquisizione della sentenza pronunciata in altro processo e dalla sua valutazione in chiave probatoria.

Altrettanto dicasi per i riscontri che, seppure introducono una garanzia – a nostro avviso, più apparente che reale –, non rimediano in alcun modo alla lesione denunciata. Quanto alle critiche indirizzabili dalla difesa agli accertamenti contenuti nella sentenza, non sono espressione del contraddittorio nella formazione della prova, di cui parla l’art. 111 comma 4 Cost., ma del contraddittorio su prove già formate, come quello che si praticava sotto il codice abrogato e, vigente il nuovo, durante la parentesi segnata dalla svolta inquisitoria.

Il messaggio a base della sentenza criticata non è, dunque, molto dissimile da quello delle sentenze della svolta inquisitoria. Con una differenza, tuttavia. Le pronunce antecedenti alla riforma dell’art. 111 Cost. esibivano apertamente un concetto riduttivo di contraddittorio, invocavano il fine ineludibile di ricerca della verità, messo a rischio dalle regole di esclusione probatoria, reclamavano in nome del libero convinci-

mento la valutazione di ogni elemento raccolto nelle indagini preliminari. Dovendo tenere conto del mutato quadro costituzionale, la sentenza sull'art. 238-*bis* c.p.p. non può riproporre *in toto* simili discorsi, ma è costretta ad esprimersi in forma più sfumata, frammista a digressioni storico-giurisprudenziali e richiami a temi generali; con il risultato che, quanto a chiarezza e rigore argomentativo, ai toni sommessi e ai chiaroscuri concettuali di questa sentenza quasi appariva preferibile l'incedere deciso e magistrale delle sentenze del 1992, il loro sincero ardore inquisitorio.

5. Estinzione del reato e accertamento della colpevolezza.

Come si accennava, per “fatto accertato” dalla sentenza irrevocabile dovrebbe intendersi quello dell'imputazione, del quale il dispositivo dichiara la sussistenza o l'insussistenza⁷; ma la giurisprudenza opera un'interpretazione estensiva della formula, riferendola ad ogni acquisizione di fatto risultante dalla motivazione.

La questione assume oggi particolare rilevanza in rapporto alle sentenze di proscioglimento per estinzione del reato. Il dispositivo, dichiarando estinto il reato, non accerta positivamente la sussistenza del fatto storico; come recita l'art. 129 c.p.p., il giudice si limita a verificare che non risulti evidente la sua insussistenza (o le altre cause di non punibilità ivi contemplate). Naturalmente, questo non esclude che il giudice nella motivazione possa dare conto della sua sussistenza, come accade quando l'estinzione del reato sia dichiarata a seguito del dibattimento, a istruzione ormai esaurita.

In ipotesi del genere, la giurisprudenza sarà sicuramente propensa a ritenere “accertato” il fatto sulla base di quanto affermato nella motivazione della sentenza irrevocabile. Ma vi è da dubitare che tale scelta sia ancora praticabile. La Corte europea ha affermato che l'applicazione della confisca o di altra sanzione penale nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU⁸, non essendo possibile conciliare con tale

⁷ A differenza della sussistenza del fatto, l'insussistenza dichiarata nel dispositivo non può dirsi “accertata” nel senso proprio della parola, essendo l'assoluzione puramente consequenziale alla mancata prova della colpevolezza.

⁸ Corte eur., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

principio «la punizione di un imputato il cui processo non si è concluso con una condanna». In altri termini, ogni sanzione penale esige la colpevolezza; e questa deve essere dichiarata con una sentenza di condanna.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 49 del 2015, ha svolto un'eggesi estremamente riduttiva della pronuncia europea, sul presupposto che la colpevolezza dell'imputato possa risultare, non solo dal dispositivo di una condanna, ma anche dalla motivazione della sentenza di proscioglimento per estinzione del reato. Ora, si può discutere se un accertamento di colpevolezza implichi o no necessariamente una condanna. Ma, in ogni caso, affinché un fatto possa dirsi "accertato" nel senso giuridico della parola, occorre, a nostro avviso, che figuri come tale nel dispositivo, ossia in un *fiat* con cui il giudice espressamente lo dichiara e lo certifica, rendendosi garante della sua effettiva sussistenza. La motivazione è un discorso che spiega e giustifica il dispositivo, ma non può in alcun modo sostituirlo: accanto alla componente "cognitiva" della motivazione, occorre quella "imperativa" del dispositivo, in assenza della quale resterebbe vago e indeterminato l'oggetto dell'accertamento.

6. *Diritto alla prova.*

Altro esempio di subdola limitazione del contraddittorio è offerto dall'art. 190-*bis* c.p.p. secondo cui «nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze»; disciplina che è stata via via estesa ad una nutrita serie di ipotesi, identificate o con riguardo alla tipologia del reato o alla qualità della persona da esaminare (v. da ultimo l'art. 1 d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212).

La disposizione formalmente deroga solo all'oralità, intesa come immediatezza del rapporto fra il giudice e la prova; e fa salvo il contraddittorio, perché l'incidente probatorio si svolge con la partecipazione del-

l'accusa e della difesa. Ma in realtà ne riduce notevolmente l'efficacia perché il contraddittorio si realizza in un momento in cui l'indagine è ancora in corso, con la conseguenza che alla difesa resta preclusa la possibilità di controinterrogare il testimone o il coimputato sui successivi sviluppi probatori.

Anche sul piano dei principi costituzionali l'art. 190-*bis* c.p.p. appare eccezionale. È vero che per la Costituzione l'oralità, a differenza del contraddittorio, non è condizione necessaria per la formazione della prova. Nondimeno, quando il comma 3 dell'art. 111 Cost. garantisce alla «persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico», a quale giudice si riferisce?

È ragionevole supporre che non si alluda ad un qualsiasi giudice, ma «al» giudice chiamato a pronunciare la sentenza di assoluzione o di condanna. Un appiglio letterale è fornito dalla preposizione articolata «al», in antitesi a quanto previsto nel comma 2 («davanti «a» giudice terzo e imparziale»); il giudice davanti al quale non dovrebbe mai essere negato di esercitare il diritto alla prova *ex* art. 111 comma 3 Cost. è senza dubbio il giudice del merito o, meglio, quello investito del potere di condannare.

Sul piano sostanziale avvalorano questa conclusione non solo esigenze difensive, dato che il contraddittorio nell'incidente probatorio può riuscire alquanto sacrificato dalla incompletezza degli accertamenti e dagli imprevedibili sviluppi dell'accusa; ma anche ragioni epistemiche, legate alla corretta ricostruzione dei fatti. È noto quanto siano importanti, per valutare la credibilità del teste, i tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria (non surrogabile con altrettanta efficacia dalla videoregistrazione).

La conseguenza è chiara. Le testimonianze assunte in incidente probatorio restano pienamente valide e utilizzabili a fini decisori, perché formate in contraddittorio e, quindi, in regola con i precetti costituzionali⁹. Ma, salvo il caso di sopravvenuta irripetibilità, l'imputato può chiedere che siano rinnovate nel dibattimento, beninteso in quanto non

⁹Non essendo stato costituzionalizzato il principio dell'oralità, deve ritenersi del tutto legittimo il ricorso all'incidente probatorio che potrebbe anzi assumere maggiore rilevanza, proprio per la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte unilateralmente.

manifestamente superflue o irrilevanti (art. 190 comma 1 c.p.p.); dopodiché, le une e le altre saranno oggetto di libera valutazione da parte del giudice. Analoghi rilievi valgono per il rinvio del dibattimento davanti ad un collegio diversamente costituito; valide le prove già assunte, ma resta salvo il diritto di chiedere la rinnovazione delle testimonianze di cui non appaia manifesta l'inutilità¹⁰.

È vero che l'art. 190-*bis* c.p.p. non vieta in assoluto l'esame del teste, consentendolo «se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze»; ma, seppure limitata, la restrizione del diritto alla prova appare difficilmente conciliabile con gli articoli 3 e 111 comma 3 Cost. Si comprendono le impellenti esigenze repressive per i reati indicati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.; ma, se vi è un terreno sul quale non si giustifica un regime più severo in funzione della gravità del reato, è quello del diritto alla prova (e, naturalmente, della valutazione secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio). Al punto che tale scelta, seppure fosse tollerata dall'art. 111 Cost., si porrebbe comunque in conflitto con il principio di uguaglianza; è paradossale, ma nel suo estremismo appare quasi più coerente la prospettiva di chi vorrebbe estendere il regime dell'art. 190-*bis* c.p.p. ad ogni processo, quale che fosse l'oggetto dell'imputazione.

7. La sottrazione per libera scelta: equivoci nell'esegesi dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p.

Passando alle erosioni imputabili alla giurisprudenza, va segnalata un'interpretazione fortemente riduttiva dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., secondo cui «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». La formula – che ribadisce il precetto dell'art. 111 comma 4 Cost. – im-

¹⁰ Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, ha affermato che, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione della prova *ex* art. 525 c.p.p. «non contrasta con gli artt. 25 e 101 Cost. in quanto imposta solo nell'ipotesi in cui sia possibile disporre l'esame e la parte ne abbia fatto espressa richiesta, mentre la prova medesima potrà comunque essere recuperata, attraverso il meccanismo della lettura, qualora il nuovo esame non abbia luogo per sopravvenuta impossibilità o per mancata richiesta delle parti».

plica, a nostro avviso, che tali dichiarazioni non siano in alcun modo utilizzabili *contra reum*, né da sole, né unitamente ad altre prove; l'unica valutazione consentita è a favore dell'imputato, dato che il divieto riguarda la prova della colpevolezza.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno, invece, ritenuto che la disposizione si limiti a fissare il «divieto di affermare la responsabilità dell'imputato *esclusivamente* sulla base di tali dichiarazioni» (il corsivo è nostro); con la conseguenza che queste ultime, se unite ad altri elementi di prova, sarebbero idonee a provare la colpevolezza¹¹. Conclusione che abbassa notevolmente il livello garantista dell'art. 526 c.p.p., equiparandolo in sostanza a quello dell'art. 192 comma 3 c.p.p.; tra vietare radicalmente l'uso *contra reum* di una dichiarazione o subordinarlo alla presenza di riscontri la differenza è abissale.

Evidentemente le Sezioni Unite si sono ispirate alla giurisprudenza della Corte europea che aveva censurato una serie di condanne fondate in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni rese da testimoni al dibattimento e quindi non controinterrogati dalla difesa. Il criterio seguito da Strasburgo è più che ragionevole e già implicito nella regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, sebbene la Corte stessa abbia in seguito chiarito che la sua validità non è incondizionata, dovendosi tenere conto dello specifico contesto processuale e, in particolare, delle garanzie effettivamente fruite dalla difesa¹². Nulla vieta, quindi, che possa trovare applicazione anche nel nostro ordinamento; ma, naturalmente, quando non sia "già" prevista una regola più garantista.

Occorre, perciò, distinguere a seconda che le dichiarazioni siano divenute irripetibili per ragioni oggettive o per effetto della volontaria sottrazione al controesame. Nel primo caso, non essendo contemplato dal codice alcun criterio di valutazione, può valere quello adottato dalla giurisprudenza europea. Nel secondo caso va applicata la regola, più favorevole all'imputato, contenuta nell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. per effetto della quale le dichiarazioni già rese non sono in alcun modo utilizzabili *contra reum*. Nulla vieta agli ordinamenti nazionali di prevedere

¹¹ In termini critici sull'indirizzo delle Sezioni Unite, M. Busetto, *Il dibattimento penale*, Università degli Studi di Trento, 2012, p. 51 s.; P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, III ed., Zanichelli, 2012, p. 207 s.

¹² Sulle regole di valutazione adottate dalla Corte europea, v. P. Ferrua, *Le dichiarazioni dei testimoni "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 393 s.

un regime più garantista rispetto al livello “minimo” fissato dalla Convenzione. Capisco che ad alcuni possa riuscire assai gradita la possibilità di utilizzare *in damno* anche le dichiarazioni di chi si è sottratto al contraddittorio; ma non è ammissibile che, in nome della giurisprudenza europea, si forzi in senso antigarantista l’interpretazione delle nostre leggi.

8. *La soggezione del giudice alla sola legge: trionfante e moribonda.*

Un motivo di forte preoccupazione per la tutela del contraddittorio deriva dalla progressiva svalutazione della legge statale come fonte di diritto, a cui simmetricamente corrisponde un diritto giurisprudenziale sempre più affrancato dalla fedeltà ai testi normativi e, quindi, sempre più creativo. Il danno per il contraddittorio è di tutta evidenza. Nell’atto di imputazione figurano il fatto storico e la sua qualifica giuridica, espressa dalla fattispecie legislativa ritenuta applicabile. Se questa, al momento del giudizio, cessa di essere il testo prioritario di riferimento, il contraddittorio che si è svolto riesce vano, inefficace, per l’impossibilità di prevedere e controllare con sufficiente determinatezza gli esiti dell’interpretazione giudiziale. Ma il fenomeno non coinvolge solo il diritto sostanziale, perché il declino del vincolo alla legge pone a rischio l’intero apparato delle garanzie processali. L’esperienza insegna che su questo terreno la libertà interpretativa si esprime più con indirizzi restrittivi che con un supplemento di generosità: si pensi agli eccessi nell’uso della custodia cautelare e delle intercettazioni, le cui disposizioni, a leggere certe sentenze, si direbbero attentamente analizzate per essere meglio “tradite”.

La crescente autonomia del diritto giurisprudenziale dal testo della legge dipende da molteplici fattori che agiscono in sinergia. Il principale è senza dubbio il moltiplicarsi, la deriva inflazionistica delle fonti normative di cui il giudice deve tenere conto nell’individuazione della regola di diritto da applicare al caso concreto: non solo il diritto nazionale, ma anche quello sovranazionale rappresentato dai Trattati e dalle Convenzioni sottoscritte dall’Italia, fra le quali assume particolare rilevanza la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. La Convenzione europea e la Costituzione, in quanto costruite per principi, lasciano a chi deve interpretarle una grande discrezionalità. Dal canto suo, la legge

ordinaria, che dovrebbe concretizzare la portata delle fonti sovraordinate, appare sempre più confusa, oscura, spesso contraddittoria. A causa della disfunzione del linguaggio legislativo, l'interpretazione diventa di fatto libera e creativa; e, in un circolo vizioso, l'attenzione degli operatori nel processo si sposta dalla legge verso la giurisprudenza.

Il risultato finale è che oggetto di interpretazione non è più il testo della legge, ma il testo della giurisprudenza: con la differenza che, mentre il primo, per quanto oscuro, è per lo meno bene identificabile nel suo contenuto, il secondo è assai più sfuggente e manipolabile, dovendo essere estratto, e convertito in formule generali, dalla motivazione delle sentenze, le cui argomentazioni sono sempre funzionali alla decisione di un caso concreto.

Dall'idea ingenua e utopica del giudice, bocca di una legge che va semplicemente applicata e non interpretata, si è giunti dopo un lungo percorso all'opposta idea di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge o, comunque, rispetto al quale la legge ha solo un valore programmatico di orientamento, di semplice punto di partenza per un autonomo percorso argomentativo. Dallo slogan illuminista «c'è solo la legge, non ci sono interpretazioni»¹³ si naviga a vele spiegate verso quello post-moderno, di derivazione nietzschiana «non c'è la legge, ci sono solo interpretazioni». Non si sa quale sia peggio: il primo, allettante ma inattuabile, il secondo, attuabile, ma micidiale.

Viene così svuotato il fondamentale principio del primato democratico della legislazione, come espressione di un consenso popolare,

¹³ L'idea illuminista è bene espressa, per quanto riguarda il processo penale, da Nicolas Bergasse nel rapporto presentato alla Costituente il 17 agosto 1789: «Affinché il potere giudiziario sia organizzato in maniera da non mettere in pericolo né la libertà civile né la libertà politica, occorre che, privo di ogni specie di attività contro il regime politico dello Stato, e non avendo alcuna influenza sulle volontà che concorrono a formare questo regime o a mantenerlo, esso disponga, per proteggere tutti gli individui e tutti i diritti, di una forza tale che, onnipotente per difendere e per soccorrere, divenga assolutamente nulla, non appena che, cambiando la sua destinazione, si tenterà di farne uso per opprimere [...]. Infine, il potere giudiziario sarà male organizzato se il giudice gode del pericoloso privilegio di interpretare la legge o di fare delle aggiunte alle sue disposizioni e se le forme della giustizia penale siano tali da togliere ogni fiducia all'accusato: infatti, non si è tutto fatto, quando si è ordinata la pubblicità delle istruttorie per ogni specie di affari, quando si è vietata al giudice la facoltà di interpretare la legge; in materia penale, occorre qualcosa di più: bisogna che non vi sia alcuna delle forme impiegate alla scoperta di un delitto e di un colpevole che non sia parimenti idonea a provocare la giustificazione dell'innocenza».

espresso attraverso la rappresentanza parlamentare. Il diritto “vivente”, che dovrebbe essere il prodotto e idealmente lo specchio fedele del diritto “vigente”, si affranca da quest’ultimo e ne diventa il tiranno, anzi il sicario, perché di fatto lo annulla, sostituendosi ad esso.

Di questa frattura tra diritto vigente e diritto vivente l’espressione più significativa è data proprio dal principio della soggezione del giudice alla sola legge: trionfante nella Costituzione e nelle leggi vigenti, è moribondo nel diritto vivente. Lo documentano il moltiplicarsi delle interpretazioni “sistematiche” e “adeguatrici”, che di fatto si risolvono in tecniche creative, la svalutazione dell’interpretazione letterale, definita dalla Corte costituzionale «metodo primitivo sempre»¹⁴, il proliferare di fonti normative che, di fatto, sostituiscono la legge con efficacia altrettanto vincolante, come protocolli e circolari; e, infine, come si vedrà tra breve, il preteso carattere “vincolante” delle interpretazioni della Corte europea, affermato dalla sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007. Naturalmente, non manca chi, lungi dal deplorare il declino della legge, inneggia al primato del diritto vivente, a questo Edipo, mai tanto sovrano, la cui prepotenza distrugge il diritto vigente¹⁵.

Si manifesta qui un’intrinseca debolezza del principio della separazione tra i poteri. Montesquieu auspicava un potere giudiziario «per così dire, invisibile e nullo». Ma la realtà ha smentito questa utopia. Mentre il potere legislativo e quello esecutivo non possono fare a meno del potere giudiziario, né supplire ad esso, quest’ultimo può, volendo, supplire e,

¹⁴ Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1, sulle intercettazioni “casuali” del Presidente della Repubblica.

¹⁵ Un buon esempio del primato del diritto vivente su quello vigente è offerto dalla sentenza costituzionale n. 200 del 2016, relativa al *ne bis in idem* nel caso Eternit. La Corte costituzionale dichiara l’art. 649 c.p.p. «illegittimo, per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale».

Se si considera che l’art. 649 c.p.p. parla di “medesimo fatto”, mentre l’art. 4 del Protocollo cit. parla di “*infractio*”, ossia di reato, la dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 649 c.p.p. può essere ricondotta al seguente algoritmo. Sia x l’interpretazione che riferisce il *ne bis in idem* alla medesimezza del fatto inteso nella sua dimensione materiale e y quella che lo riporta all’identità del reato come entità giuridica. «In nome del diritto vivente x relativo ad una disposizione sovraordinata che dice y, dichiaro illegittimo il diritto vivente y relativo ad una disposizione di legge ordinaria che dice x». V., al riguardo, P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Cass. pen.* (in corso di pubblicazione).

persino, sostituirsi agli altri due; prerogativa che, in presenza di gravissime emergenze, può anche costituire una risorsa. A questo alludeva il grande storico Jules Michelet, quando ricordava «l'onnipotenza, modesta, sorda, ma terribile, del potere giudiziario, la sua invincibile forza di assorbimento», concludendo: «Datemi il potere giudiziario; tenetevi le vostre leggi, le vostre ordinanze, tutto quel mondo di cartacce; io mi incarico di far trionfare il sistema più contrario alle vostre leggi»¹⁶.

9. *Il preteso carattere vincolante delle interpretazioni di Strasburgo.*

Vi è un ulteriore fattore che ha contribuito ad affossare la legge come fonte primaria del diritto. Alludo alle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale (nn. 348 e 349 del 2007) che, accanto a condivisibili principi sul valore para-costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ne hanno teorizzato uno, a nostro avviso, insostenibile: la Convenzione europea va applicata «come interpretata dalla Corte europea»; in altri termini, le interpretazioni, che la Corte europea dà alla Convenzione nella motivazione delle sue pronunce, sarebbero vincolanti. Trattandosi dell'autorevole opinione di un giudice di vertice, è opportuno sottoporla ad un'analisi critica, che qui riassumo nel suo quadruplice profilo: diritto vigente, logica giuridica, principi costituzionali, piano operativo.

A) Non esiste alcuna disposizione nazionale o sovranazionale che attribuisca carattere vincolante alle interpretazioni della Convenzione contenute nelle decisioni di Strasburgo. Che la Corte europea sia un organo di ultima istanza non le conferisce alcun monopolio interpretativo sulla Convenzione, allo stesso modo in cui la Cassazione non ha il monopolio sull'interpretazione della legge¹⁷, né la Corte costituzionale quello sull'interpretazione della Costituzione; nessuno dei tre giudici può rivendicare efficacia *erga omnes* all'interpretazione della fonte normativa che gli è sovraordinata. A fondare il preteso monopolio non so-

¹⁶J. MICHELET, *Storia della rivoluzione francese* [1847], trad. it., vol. I, Rizzoli, 1981, p. 261.

¹⁷Nonostante, ai sensi dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, «la Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicur[i] l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge».

no sicuramente gli artt. 41 e 46 CEDU che «si riferiscono esclusivamente agli effetti nel caso sottoposto all'esame della Corte, affermando l'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze che decidono le controversie di cui sono parte»¹⁸; e neppure l'art. 32 § 1 CEDU, secondo cui «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste dagli artt. 33, 34, 46 e 47». Nessuno nega che, rispetto alle questioni di cui è investita, la Corte abbia competenza sull'interpretazione della Convenzione; né che ad essa spetti l'ultima parola; ma che si tratti di una competenza universale ed esclusiva è un dogma, un articolo di fede, che la stessa Corte si è ben guardata dal rivendicare¹⁹.

B) Sotto il profilo logico-giuridico, va osservato che in ogni sentenza vincolante è solo l'oggetto della decisione, ossia quanto risulta dal dispositivo che è, per l'appunto, un comando. Il dispositivo è la parola performativa che opera ciò che afferma, rendendo incontrovertibile l'accertamento. La motivazione esprime le ragioni del decidere, il percorso argomentativo seguito dal giudice in fatto e in diritto, condizione necessaria perché il dispositivo non risulti solo espressione di un "potere", ma anche frutto di un "sapere"; tuttavia, come ogni attività puramente conoscitiva, la motivazione non possiede alcuna forza vincolante. Alla regola non si sottraggono neppure le sentenze della Corte costituzionale. Vincolano relativamente all'oggetto della decisione, vale a dire nella parte in cui accertano l'illegittimità di una determinata disposizione, secondo quanto affermato nel dispositivo. Ma l'interpretazione dei precetti costituzionali che figura nella motivazione, pur costituendo un autorevole precedente da tenere nella massima considerazione, non è affatto vincolante.

C) Sotto il profilo costituzionale, la separazione dei poteri e la sogge-

¹⁸ M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, p. 58. L'A., pur riconoscendo alle decisioni della Corte europea «effetti che superano il confine dello Stato verso cui sono rivolte», ritiene che «solo con molta cautela [...] si poss[a]no trasporre in un contesto diverso i principi affermati in riferimento ad un caso concreto, situato in un preciso ordinamento giuridico».

¹⁹ Come fondatamente osserva R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, 2011, p. 215 s.; v. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profilo delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 151.

zione del giudice alla sola legge implica che i precedenti giurisprudenziali, pur dovendo essere tenuti nel massimo conto, abbiano un valore semplicemente persuasivo, privo dell'efficacia vincolante che è riservata alla legge: e, infatti, vincolante è solo l'interpretazione "autentica", effettuata dal legislatore stesso. Anche qui risulta essenziale la distinzione tra il diritto "vigente", che si impone come vincolante *erga omnes*, e il diritto "vivente", elaborato dalla giurisprudenza, la cui efficacia è limitata all'oggetto della decisione. Come il legislatore non può interferire sull'interpretazione della legge nel singolo processo, così il giudice non può pretendere che le sue interpretazioni siano vincolanti, trasformando il diritto vivente in diritto vigente²⁰.

La Corte europea, pur essendo custode della Convenzione, è a quest'ultima soggetta; e non lo sarebbe se, attraverso l'interpretazione vincolante, potesse imporre, con la stessa efficacia di una legge, anche le più fantasiose letture di quel testo. Si troverebbe di fatto investita di un insindacabile potere di riforma della Convenzione stessa; e uscirebbe soffocata quella preziosa dialettica con i giudici nazionali che può indurre il giudice superiore a rivedere le proprie interpretazioni. Per la medesima ragione, come si accennava, non si può ritenere vincolante l'interpretazione delle norme costituzionali espressa dai giudici della Consulta, ai quali sarebbe, altrimenti, consegnato un inammissibile potere di revisione costituzionale.

D) Sul piano operativo il preteso carattere vincolante delle interpretazioni della Corte europea si scontra con l'obiettivo difficoltà di estrarre dalle sue pronunce regole generali, applicabili oltre il caso deciso. Mosse dall'idea di garantire uniforme applicazione alle norme convenzionali, le sentenze "gemelle" hanno sortito l'esito, diametralmente opposto, di moltiplicare contrasti ed incertezze nell'ambito della giurisprudenza nazionale²¹.

²⁰ In proposito v. L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, 2013, p. 57 s.

²¹ Nessuno, ad esempio, oggi è in grado di dire, in base agli insegnamenti europei, quale sia la corretta interpretazione dell'art. 649 c.p.p. («Divieto di un secondo giudizio») o dell'art. 521 comma 1 c.p.p. relativo al mutamento di qualifica giuridica; né se queste disposizioni debbano ritenersi illegittime ai sensi dell'art. 117 Cost. per contrasto con la più ampia tutela che il *ne bis in idem* e la contestazione dell'accusa ricevono nella Convenzione europea "come interpretata" dalla Corte europea. Beninteso, dubbi ed incertezze sul significato dei precetti della Convenzione esistevano anche prima delle sentenze "gemel-