

Giorgio Lattanzi

Il sistema processuale penale e la prova dichiarativa nel quadro dei principi costituzionali

(Intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, dal titolo "*Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni ed i principi penali*"; 13-15 ottobre 2011, Madrid/Valencia)

1. Il sistema processuale penale italiano si inserisce in un quadro costituzionale che è ben definito sotto due aspetti: quello delle garanzie di libertà e quello dei principi relativi alla giurisdizione e al processo.

Le garanzie di libertà, che si pongono come limiti delle attività finalizzate al processo penale, trovano la loro solenne proclamazione negli artt. 13, 14 e 15 della Carta costituzionale, relativi rispettivamente alla libertà personale¹, alla inviolabilità del domicilio² e alla libertà e segretezza della corrispondenza³

Più numerosi sono gli articoli sulla giurisdizione e sul processo.

Nella prospettiva della garanzia individuale nei confronti dell'esercizio del potere giurisdizionale, l'art. 24 riconosce la difesa come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, assicurando i mezzi per

¹ «Art. 13. La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.»

² «Art. 14. Il domicilio è inviolabile.

Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o ai fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.»

³ «Art. 15. La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con garanzie stabilite dalla legge.»

provvedervi anche ai non abbienti, e prevede la riparazione degli errori giudiziari. L'art. 25, primo comma, impone la precostituzione per legge del giudice naturale, vale a dire la sua individuazione in astratto e prima dell'insorgere della controversia da giudicare, quale garanzia di indipendenza dello stesso giudice oltre che di libertà dei cittadini, mentre l'art. 27, secondo comma, stabilisce che l'imputato non è considerato colpevole sino alla sentenza definitiva di condanna, ponendo un principio che vale sia come regola di trattamento dell'imputato prima della sentenza definitiva, sia come regola di giudizio intesa ad accollare all'accusa l'onere della prova.

Infine l'art. 101, secondo comma, esige che i giudici siano soggetti soltanto alla legge, l'art. 109 assicura all'autorità giudiziaria la disponibilità della polizia giudiziaria e l'art. 112 stabilisce che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, vincolando, così, anche il pubblico accusatore, come il giudice, al principio di legalità.

Un discorso a parte richiede l'art. 111 Cost., che inizialmente era costituito solo da tre commi, relativi alla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e al ricorso per cassazione⁴, e successivamente si è arricchito di altri cinque commi, inseriti dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 e collocati all'inizio dell'articolo. In seguito a questo inserimento il quadro risulta fortemente arricchito e sostanzialmente cambiato, con la realizzazione di uno statuto costituzionale del processo penale, che trova il suo riferimento ideale nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'art. 111 Cost. esordisce, nel primo comma, con l'affermazione che: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». E' una formula che, richiamando il "giusto processo", ha un forte significato evocativo di principi e istituti garantistici affermati da convenzioni internazionali, soprattutto in materia di diritti umani, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, alla Convenzione europea, al Patto internazionale delle Nazioni Unite, ai quali si possono aggiungere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il Trattato di Lisbona.

Nell'ordinamento italiano si faceva riferimento ai principi del "giusto processo" anche prima che fossero consacrati nell'art. 111 Cost. e la Corte costituzionale li aveva richiamati in numerose pronunce, riconoscendo in essi un contenuto di sintesi dei vari diritti e principi di garanzia processuale, specie nell'ambito del processo penale. Un insistito

⁴ Divenuti il sesto, il settimo e l'ottavo comma:

«Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.»

riferimento al “giusto processo” è contenuto in particolare in una serie di sentenze (dalla sent. n. 432 del 1995 alla sent. n. 131 del 1996 e ad altre ancora) relative all’art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, di cui più volte è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale perché non prevedeva alcuni casi di incompatibilità del giudice, riconosciuti invece dalla Corte.

Di queste sentenze è particolarmente significativa la n. 131 del 1996, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva l’incompatibilità tra chi aveva preso una decisione come componente del tribunale della libertà e chi era stato poi chiamato a giudicare nel merito dell’imputazione. In questa sentenza la Corte ha precisato che «il giusto processo – formula nella quale si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio – comprende l’esigenza di imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di “terzietà” che connota, nell’essenziale, tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l’effettività del diritto di azione e di difesa».

Il secondo comma dell’art. 111 Cost. invece specifica le caratteristiche che ogni processo, penale, civile o amministrativo che sia, deve avere: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

Il terzo, il quarto e il quinto comma infine riguardano specificamente il processo penale:

«Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova: la colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore.

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. »

Agli stessi principi si era in precedenza ispirato il lungo lavoro di riforma del processo penale che aveva visto la sua conclusione con l'emanazione, nell'ottobre 1988, di un nuovo codice di rito basato sul sistema accusatorio.

Prima è stato emanato il codice e poi sono stati costituzionalizzati i principi che lo avevano ispirato. Un'apparente incongruità che trova la sua ragione nella sopravvenuta consapevolezza da parte del legislatore che i principi costituzionali preesistenti non erano in grado di delineare uno specifico modello di processo penale, tra i vari possibili. Era perciò apparso necessario che l'opzione operata dal nuovo codice in favore del modello accusatorio trovasse un sicuro ancoraggio a livello costituzionale, anche per evitare alcuni contrasti che si erano verificati tra il Parlamento e la Corte costituzionale, di cui tra poco dirò.

2. Per comprendere meglio come è nata la modificazione dell'art. 111 Cost., con l'inserimento dei primi cinque nuovi commi, non è inutile ricordare brevemente le vicende che hanno interessato il processo penale italiano.

Il codice precedente a quello vigente, nato nel 1930, in epoca fascista, era di tipo inquisitorio. In seguito all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana aveva subito numerose modificazioni di tipo garantista, ma l'impianto era rimasto quello originario.

Con il codice del 1988 invece il sistema processuale è mutato radicalmente e si è ispirato al modello accusatorio, introducendo una rigida separazione tra le funzioni del pubblico ministero e quelle del giudice e tra la fase delle indagini e quella del giudizio. Il pubblico ministero non ha più poteri coercitivi e non può formare prove senza la presenza del giudice; il giudice non ha più il compito di ricercare e selezionare le prove, con il rischio di trasformarsi in accusatore; le prove sono selezionate e prodotte dalle parti e vengono acquisite nel processo, davanti al giudice del dibattimento, attraverso l'esame dei testimoni e degli imputati, svolto direttamente dalle parti, il cosiddetto esame incrociato.

Nel sistema precedente l'attività compiuta nella fase preparatoria dell'istruzione, formale o sommaria, influenzava decisamente la fase dibattimentale, perché gli atti dell'istruzione erano utilizzabili dal giudice del dibattimento. Nel sistema attuale la fase dell'istruzione è sostituita da una fase investigativa, che non è ancora processo e serve al pubblico ministero per le sue determinazioni.

Nel primo periodo di assestamento del nuovo sistema processuale, caratterizzato da varie incertezze interpretative, sono emersi in giurisprudenza dubbi sulla possibilità di pervenire a un corretto accertamento dei fatti senza la possibilità per il giudice di utilizzare nel giudizio, come prove, gli elementi – in particolare le dichiarazioni – raccolte nella fase delle indagini. Gli artt. 500 e 513 c.p.p. (relativi,

rispettivamente, all'assunzione nel dibattimento delle dichiarazioni dei testimoni e degli imputati in procedimenti connessi) prevedevano dei meccanismi che impedivano l'utilizzazione probatoria delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini: secondo l'art. 500 c.p.p. quelle dichiarazioni potevano essere contestate dalle parti al testimone, ma in caso di contrasto il giudice non poteva assumerle come prova e porle a base della propria decisione. Analogamente, l'art. 513 c.p.p. escludeva che le dichiarazioni di un imputato in procedimento connesso potessero essere lette, acquisite e utilizzate, qualora chi le aveva rese si fosse rifiutato di rispondere nel corso del dibattimento. In alcune sentenze il giudice aveva scritto che la decisione era stata determinata dalle nuove regole probatorie ma, il suo personale convincimento era diverso.

Erano state sollevate varie questioni di legittimità costituzionale e la Corte con due sentenze del 1992, la n. 254, relativa all'art. 513 c.p.p., e la n. 255, relativa all'art. 500 c.p.p., aveva fatto cadere la regola che impediva il passaggio nel dibattimento delle dichiarazioni rese dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero nella fase delle indagini.

Con queste sentenze la Corte aveva creato un meccanismo attraverso il quale, in seguito alle contestazioni mosse alla persona che rendeva in giudizio dichiarazioni diverse da quelle verbalizzate nella fase delle indagini, poteva essere acquisito il relativo verbale; inoltre poteva darsi lettura delle dichiarazioni degli imputati in procedimenti connessi, se questi si rifiutavano di rispondere. Acquisivano così rilevanza probatoria atti che non si erano formati nel dibattimento e in particolare dichiarazioni assunte e verbalizzate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, fuori del contraddittorio e in modo incontrollabile.

Le due decisioni erano state vivacemente criticate ed era stato specialmente contestato il riferimento, contenuto nella sentenza n. 255 del 1992, al «principio di non dispersione dei mezzi di prova», che si assumeva esistente ed era stato richiamato dalla Corte per giustificare l'utilizzazione dibattimentale delle dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria. Nonostante le critiche, però, la sentenza n. 255 del 1992 aveva ricevuto l'avallo del legislatore, quando, in seguito agli attentati dei quali erano stati vittime i giudici Falcone e Borsellino, era stato costretto a intervenire con il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 per contrastare l'aggressione della criminalità mafiosa agli organi dello Stato.

3. Le modificazioni legislative del codice intervenute nel 1992 e negli anni successivi sono state condizionate da due emergenze, quella della criminalità organizzata, e in particolare mafiosa, e quella della criminalità economica e politico-amministrativa ("Tangentopoli"), che hanno nel tempo orientato il legislatore in maniera divergente, e lo hanno infine indotto a modificare, con la l. 7 agosto 1997, n. 267, l'art. 513 c.p.p.

Come si è detto, in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, l'art. 513 c.p.p. consentiva che divenissero prove le dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria e rendeva quindi conveniente per il pubblico ministero evitare che gli imputati in procedimenti connessi fossero chiamati a ripetere le loro dichiarazioni accusatorie nel dibattimento, esponendosi alle contestazioni della persona che veniva accusata. Si era così tornati, dal punto di vista probatorio, ad una situazione analoga a quella esistente nella vigenza del codice di procedura penale del 1930, in cui la prova dichiarativa si formava essenzialmente nel corso dell'istruzione. Era apparso inaccettabile soprattutto l'uso che veniva fatto dei c.d. "collaboratori di giustizia", i quali rendevano al pubblico ministero dichiarazioni che, attraverso l'acquisizione dei verbali della fase delle indagini, passavano nei vari processi per divenire prove, che la parte chiamata in correità doveva subire senza la possibilità di un controllo dibattimentale.

Situazioni analoghe si erano verificate anche nei processi di "Tangentopoli" per corruzione, nei quali accadeva di frequente che gli imprenditori coinvolti nelle inchieste confessassero una serie di fatti, ottenessero d'accordo con il pubblico ministero una sentenza "patteggiata" particolarmente conveniente e quindi scomparissero dal processo, in cui il pubblico ministero si giovava delle dichiarazioni che gli erano state rese in precedenza.

La reazione del Parlamento si era concretizzata nella legge n. 267 del 1997, che aveva modificato l'art. 513 c.p.p. escludendo l'utilizzabilità delle dichiarazioni dei coimputati e degli imputati in un procedimento connesso che si fossero rifiutati di sottoporsi all'esame dibattimentale, e la modificazione aveva determinato in molti processi un capovolgimento della situazione, perché, venuta meno la possibilità di utilizzare le dichiarazioni rese nel corso delle indagini, di fronte alla dichiarazione da parte dei coimputati e degli imputati in procedimento connesso di avvalersi della facoltà di non rispondere, il quadro probatorio si era svuotato.

Ancora una volta era intervenuta la Corte costituzionale, che con la sentenza 2 novembre 1998, n. 361 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p. e di tutta una serie di disposizioni ad esso collegate (artt. 500 e 238 c.p.p.), dando luogo a un sistema in cui, attraverso le contestazioni formali del pubblico ministero alla parte che si fosse rifiutata di rispondere, potevano nuovamente essere utilizzate le dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini preliminari. E ancora una volta, attraverso il meccanismo delle contestazioni formali, alla formazione della prova in dibattimento si era sostituita la lettura dei verbali redatti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

E' in seguito a questa sentenza che il Parlamento ha reagito, modificando nel novembre 2009 l'art. 111 Cost., e ha determinato la costituzionalizzazione del modello accusatorio.

Mentre il terzo comma dell'art. 111 Cost. contiene la specificazione di garanzie già rintracciabili nella Carta costituzionale, almeno a livello di principio, il quarto e il quinto comma hanno determinato un'effettiva innovazione, ponendo dei paletti invalicabili a presidio della separazione delle fasi e della formazione dibattimentale della prova.

Uno di questi paletti è costituito dall'affermazione, contenuta nel quarto comma, che il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova: se la prova si deve formare in contraddittorio resta esclusa, in linea di principio, l'utilizzazione nel dibattimento di elementi probatori, e in special modo di quelli dichiarativi, acquisiti nella fase delle indagini o comunque fuori dalla sede dibattimentale.

Sempre nel quarto comma l'art. 111 Cost. prosegue affermando 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'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore»: è quindi esclusa la possibilità di utilizzare le dichiarazioni rese in precedenza dal coimputato o dall'imputato in procedimento connesso che nella fase delle indagini, o in un procedimento separato, ha accusato un altro imputato ma nel giudizio si rifiuta di confrontarsi con questo.

Si è detto che la disposizione costituzionale riguarda il contraddittorio sia in senso oggettivo che in senso soggettivo. In senso oggettivo quando lo impone «nella formazione della prova», perché ne fa il «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» (sent. n 184 del 2009; n. 32 del 2002), nella convinzione che l'attività di accertamento per dar luogo a risultati attendibili debba avvenire con il metodo dialettico e che lo strumento da utilizzare sia quello dell'esame incrociato. In senso soggettivo quando garantisce all'imputato il diritto di «interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico». E' il riconoscimento del diritto a confrontarsi con l'accusatore, proclamato anche dall'art. 6, comma 3, lett. d), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un diritto che era stato sacrificato quando era stata consentita nei confronti dell'accusato l'utilizzazione dei verbali degli interrogatori dei coimputati e degli imputati in procedimenti connessi che nel giudizio si erano avvalsi della facoltà di non rispondere.

La Corte costituzionale però ha avvertito che l'«enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale «la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio», non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa», come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, «nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato» (sent. n. 184 del 2009, n. 117 del 2007).

La sentenza n. 184 del 2009 ha aggiunto che «catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte – ora, cioè, tra le “garanzie oggettive”, ora tra quelle “soggettive” – risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani».

Questa posizione della Corte però non è incontrastata. Il tema della natura oggettiva o soggettiva di alcune delle garanzie riconosciute dall'art. 111 Cost. ha formato oggetto di contrasti tra gli studiosi del processo penale, che hanno discusso su quale fosse la loro funzione, se cioè fossero state introdotte nell'interesse dell'efficienza del processo o in quello della difesa. La Corte sembra non avere dubbi al riguardo e tende decisamente a privilegiare l'aspetto soggettivo, escludendo che l'interesse della difesa possa essere sacrificato in vista di una maggiore efficienza del processo.

In questo senso sono particolarmente significative le considerazioni che fa la sentenza n. 317 del 2009 con riferimento al principio della ragionevole durata del processo, costituzionalizzato dall'art. 111, secondo comma, Cost. Questo principio, a parere della Corte non può comportare il sacrificio del diritto di difesa del contumace inconsapevole: «Tale eventualità – chiarisce la Corte – deve essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del “giusto” processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la durata. »

4. Il quinto comma dell'art. 111 Cost., infine, contiene una rilevante norma di chiusura con la previsione derogatoria dei «casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per effetto di provata condotta illecita».

Due casi regolati dalla legge ed entrambi indispensabili per il funzionamento del processo, ma è soprattutto il secondo che consente di far fronte alle situazioni che prima della riforma dell'art. 111 Cost. avevano fatto emergere la necessità di utilizzare le dichiarazioni rese nella fase delle indagini o comunque fuori del dibattimento, e avevano indotto la Corte

costituzionale ad intervenire con le pronunce che ho ricordato. Si tratta delle situazioni in cui i testimoni, o anche i coimputati e gli imputati in procedimenti connessi, avendo subito violenze o ricevuto minacce, ricompense o promesse, modificano falsamente nel dibattimento le dichiarazioni precedentemente rese.

Questi sono casi di “condotta illecita”, che una volta provati consentono il recupero e l’utilizzazione delle dichiarazioni rese in precedenza. La loro disciplina codicistica è stata inserita nel testo dell’art. 500 c.p.p., in seguito alla sua sostituzione operata dall’art. 16 l. 1° marzo 2001, n. 63, di attuazione della legge costituzionale di riforma dell’art. 111 della Costituzione (comunemente nota come “legge sul giusto processo”). Il quarto comma del nuovo art. 500 c.p.p. stabilisce che «Quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 (relative al rifiuto di rispondere) possono essere utilizzate».

Si tratta di una disposizione fondamentale perché nei casi di testimonianze false o reticenti consente al giudice di utilizzare come prova le diverse dichiarazioni rese in precedenza dal testimone.

5. La legge 1° marzo 2001, n. 63, già ricordata, modifica varie disposizioni del codice di procedura penale, che mi devo limitare a ricordare solo sommariamente: il chiamante in correità può trasformarsi in testimone (artt. 64 e 197 *bis* c.p.p.); è in linea di massima vietata la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4, c.p.p.); è in linea di massima esclusa l’utilizzabilità di dichiarazioni formate fuori del dibattimento, anche se assunte dal giudice, a meno che l’imputato non presti il consenso (art. 238, comma 2 *bis*, c.p.p.); non possono costituire prova le dichiarazioni del testimone utilizzate per le contestazioni e quelle rese nel dibattimento dal testimone che si rifiuta di rispondere all’esame o al controesame (art. 500, commi 2 e 3, c.p.p.); non sono utilizzabili le dichiarazioni dell’imputato sentito *ex art.* 513 c.p.p. che si rifiuta di rispondere; la colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi si sottrae all’esame da parte dell’imputato (art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Di una novità contenuta nella legge n. 63 del 2001 però non posso non parlare. Si tratta della c.d. testimonianza assistita (art. 197 *bis* c.p.p.), un istituto introdotto per evitare che nel dibattimento un imputato in un procedimento connesso che abbia accusato un altro imputato, come accade normalmente, ad esempio, quando vi sono collaboratori di giustizia, possa

poi in giudizio avvalersi della facoltà di non rispondere, facendo così venire meno una decisiva prova di accusa.

Innovando rispetto alla precedente disciplina, la legge n. 63 del 2001 ha riconosciuto all'imputato in un procedimento connesso che nelle sue dichiarazioni ne accusa un altro la qualità di testimone, a condizione che abbia avuto inizialmente l'avvertimento che «se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone» (art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p.). L'assunzione della sua testimonianza si svolge poi con regole speciali: il testimone è assistito da un difensore e le sue dichiarazioni da sole non possono costituire una prova, ma devono essere avvalorate da altri elementi che ne confermino l'attendibilità.

Dopo la modificazione dell'art. 111 Cost. la Corte costituzionale con tre significative sentenze (n. 440 del 2000, n. 32 e 36 del 2002) ha immediatamente rivisto alcune sue precedenti posizioni, divenute incompatibili, e poi con varie sentenze ha dato puntuale applicazione ai nuovi principi, precisandone il contenuto. In particolare con la sentenza n. 197 del 2009 ha ricordato che «il processo penale è ora regolato dal principio del “contraddittorio nella formazione della prova” enunciato nel quarto comma dell'art. 111 Cost., il quale comporta che tutte le parti devono essere poste in grado di partecipare attivamente al momento genetico, e non soltanto di formulare *a posteriori* valutazioni su elementi acquisiti unilateralmente», aggiungendo che «ne discende l'impermeabilità del processo rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica delle parti».

La sentenza prosegue con l'affermazione che, «per le prove dichiarative, il contraddittorio e il suo necessario corollario della oralità sono ora, nel dibattimento, regola generale – fuori delle tassative fattispecie derogatorie delineate dal nuovo dettato costituzionale – per cui gli istituti che mirano a preservarle da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente assunti nelle fasi antecedenti devono necessariamente essere valutati in coerenza con gli enunciati dell'art. 111 Cost.».

Questo in conclusione è l'attuale quadro dell'assetto probatorio del processo, e in particolare della prova dichiarativa, che si è stabilizzato, da un lato con la costituzionalizzazione del modello accusatorio e dall'altro con le disposizioni introdotte dalla legge n. 63 del 2001 per rimuovere quei difetti di sistema che avevano provocato gli interventi della Corte costituzionale.