



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL
MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND LEGAL
SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)
DANILA CERTOSINO

LE CONTESTAZIONI NELL'ESAME TESTIMONIALE

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Danila Certosino

LE CONTESTAZIONI NELL'ESAME TESTIMONIALE

ABSTRACT	
<p>Ai sensi di quanto prevede l'art. 500 c.p.p., durante l'istruttoria dibattimentale, le parti possono contestare la deposizione testimoniale utilizzando le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone contenute nel fascicolo del pubblico ministero, che non possono essere acquisite al fascicolo del dibattimento ma hanno lo scopo di minare la credibilità del teste. Il lavoro analizza l'istituto delle contestazioni dibattimentali esaminando l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha connotato questa particolare disciplina, evidenziando come sia possibile realizzare l'inversione della regola della non acquisibilità del "precedente difforme" laddove ricorrano circostanze particolari.</p>	<p>Second how much expects article 500 c.p.p., during the inquest of a trial, parts can contest the testimonial deposition using the declarations previously made by the witness contained in the file of the public prosecutor, what cannot be acquired to the debate file but have the purpose to mine the witness's credibility. The work analyses the institute of the disputes of a trial examining the legislative and jurisprudential evolution which characterized this special discipline, showing how it is possible to realize the reverse of the rule of non-acquisition of the "unlike previous" where special circumstances apply.</p>
Contestazioni - istruttoria dibattimentale - precedente difforme	Disputes - inquest of a trial - Unlike previous

SOMMARIO: 1. Le contestazioni nell'esame del testimone: dalla versione originaria alla riforma del 1992. 2. Le influenze della legge sul «giusto processo»: la non acquisibilità del «precedente difforme». 3. Le eccezioni alla regola: violenza, minaccia e subornazione del teste. 4. (*Segue*): Le dichiarazioni rese nel corso dell'udienza preliminare e l'accordo delle parti. 5. Gli atti utilizzabili per la contestazione. 6. (*Segue*): L'utilizzabilità in dibattimento degli atti delle investigazioni difensive. 7. Le contestazioni nel giudizio di appello. 8. Le conseguenze sanzionatorie nell'ipotesi di violazione dell'art. 500 c.p.p.

1. – L'istituto della contestazione nell'esame testimoniale – disciplinato dall'art. 500 c.p.p. – riveste un ruolo fondamentale nell'ambito dell'istruzione dibattimentale¹.

¹ Sull'evoluzione normativa che ha interessato l'art. 500 c.p.p. vasta è la letteratura. Cfr., in particolare, AA.VV., *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, in *La prova penale*, diretto da A. GAITO, II, Utet, Torino, 2008; AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2010; R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Utet, Torino, 2009, 283; M. ANSELMINI, *Testimonianza falsa o reticente e principio del contraddittorio*, in *Giur. mer.* 2005, 1391; A. BALSAMO, *L'inserimento nella carta costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, 471; Id., *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.* 2002, 387; C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 592; Ead., *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita (art. 111, co. 5, Cost.)*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria: atti del Convegno*, Ferrara 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, Milano, 2002, 127; G. CONTI, *La formazione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, Milano, 2001, 181; S. CORBETTA, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale (artt. 499, 500, 503 c.p.p.)*, in P. TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Cedam, Padova, 2001, 459; Id., sub art. 500, in A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, 4^a ed., Ipsoa, Milano, 2010, 6388; F. CORDERO, sub art. 500, in F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed., Utet, Torino, 1992; M. L. D'ANDRIA, sub art. 500, in G. LATTANZI e E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Giuffrè, Milano, 2012, 252; G. DI CHIARA, *L'inquisizione come "eterno ritorno": tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, in *Foro it.* 1992, I, 2013; Id., *La "nuova" istruttoria dibattimentale: attuazione del "giusto processo", metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.* 2001, V, 284; S. FABBRETTI, *"Sudditanza psicologica" e provata condotta illecita nelle contestazioni probatorie*, in *Dir. pen. proc.* 2012, 199; C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali: valutazione "complessiva" della deposizione e credibilità della fonte*, in *Cass. pen.* 2002, 1941; EAD., *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Cedam, Padova, 2005; P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992, 157; Id., *La sentenza n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.* 1992, 1455; Id., *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. G.* 1996, 425; Id., *L'indagine entra in dibattimento solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. giust.* 2001, 7, 8; Id., *La Corte costituzionale promuove la "regola d'oro" del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.* 2002, 401; Id., *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, 5; Id., *Il "giusto processo"*, Zanichelli, Bologna, 2005; A. FOLLIERI, *La ritrattazione del teste in dibattimento: effetto di una provata condotta illecita?*, in *Cass. pen.* 2005, 3392; G. FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.* 1993, IV, 312; V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2005, 3830; Id., *Sulla (non) rilevanza della "riappacificazione" tra testimone e imputato ai fini dell'art. 500, comma 4, c.p.p.*, *ivi*, 2007, 2704; A. MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, *La Tribuna*, Piacenza, 2002; E. MENGONI, *La falsità della testimonianza non consente il recupero delle dichiarazioni predibattimentali (una precisazione della Corte costituzionale sul significato dell'art. 111 in materia di provata condotta illecita)*, in *Giur. cost.* 2003, 1063; M. MESCOLINI, sub art. 500, in G. TRANCHINA, *Codice di procedura penale*, II, Giuffrè, Milano, 2008, 3760; A. NAPPI, *Considerazioni in tema di contestazioni nel corso dell'esame dei testimoni o delle parti private*, in *Cass. pen.* 1992, 2485; P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova*

Nella sua originaria formulazione, l'art 500 c.p.p. è sempre stato considerato come emblema di un sistema fondato sulla separazione delle fasi, in cui non erano ammesse transizioni disinvolute di materiale acquisito fuori dal contraddittorio².

L'art. 500, comma 3, c.p.p., fissava in origine una regola ben precisa: «la dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta dalla parte, non può costituire prova dei fatti da essa affermati, ma può solo essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata». Veniva così codificato un giudizio di rilevanza legalmente predeterminato, in forza del quale la forza rappresentativa della prova scaturisce non dalla dichiarazione resa alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, ma al contrario da quanto il teste dichiara sulla scena aperta del giudizio durante la c.d. cross examination.

In questo ambito si innestava, tuttavia, la norma derogatoria di cui all'art. 500, comma 4, c.p.p.: introducendo un'eccezione rispetto a quanto sancito dal precedente comma 3, il comma 4 stabiliva che la transizione al fascicolo per il dibattimento era possibile solo per le dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto, ove ritualmente contestate.

In questo senso il legislatore dell'88 operò un completo ribaltamento dei rapporti che avevano contrassegnato, nel codice previgente, gli equilibri tra istruzione e dibattimento, dato che, in quel contesto normativo il cumulo di ruoli diversi in capo al giudice istruttore e la compenetrazione delle fasi costituivano le strutture portanti di un modello processuale ispirato a principi di matrice autoritaria e ai caratteri del

testimoniale, Giappichelli, Torino, 2002; Id., *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della "provata condotta illecita"*, in *Cass. pen.* 2003, 1064; D. POTETTI, *Alcune rilevanti considerazioni della Corte di Cassazione in tema di contestazioni testimoniali*, in *Cass. pen.* 1996, 2613; Id., *Le contestazioni al testimone reticente o che non ricorda*, in *Cass. pen.* 2003, 2606; C. PAPAGNO, *I difficili equilibri nella disciplina delle contestazioni*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 1150; T. PROCACCIANTI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Indice pen.* 2002, 1057; T. RAFARACI, *Contraddittorio, oralità, diritto alla prova: dal prolungato ossequio alle sentenze del 1992 all'interpretazione "virtuosa" del nuovo art. 111 Cost.*, in G. CONSO, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 607; P. P. RIVELLO, sub art. 500, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Agg. II, Utet, Torino, 1993, 243; A. SAMMARCO, *Considerazioni sul riscontro delle dichiarazioni testimoniali oggetto di contestazione*, in *Cass. pen.* 1995, 2020; A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 203; D. SIRACUSANO, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.* 2000, 1425; F. SIRACUSANO, *Contestazioni al testimone e "provata condotta illecita": un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.* 2006, 2609; G. SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del "giusto processo"*, in *Giur. cost.* 2002, 327; Id., *Contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.* 2002, 283; P. TONINI, *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 1137; Id., *"Giusto processo", diritto al silenzio ed obbligo di verità: la possibile coesistenza*, in *Indice pen.* 2000, 35; Id., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.* 2001, 269.

² D. MANZIONE, sub art. 500, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 283.

sistema inquisitorio. Nel nuovo codice, invece, la cesura netta tra il dibattimento e la fase preliminare viene a manifestarsi in concreto attraverso la disciplina del doppio fascicolo: l'ambito conoscitivo del giudice viene così ad essere circoscritto agli elementi di prova assunti in dibattimento, non essendo consentita, di regola, l'utilizzazione in chiave probatoria degli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria. Appariva in tal senso chiaro l'intento di salvaguardare la formazione della prova in giudizio, nel rispetto dei suoi principi naturali.

L'impianto originario del codice si fondava, quindi, su di un nesso inscindibile tra prova e contraddittorio, al punto che non poteva esservi prova che sfuggisse al vaglio dialettico delle parti, dinanzi ad un giudice che fosse naturalmente preposto ad esprimere il giudizio nel merito dell'imputazione. Una regola che doveva valere sia per le prove da assumere in dibattimento, attraverso il metodo della escussione in forma diretta ed orale, sia per le prove precostituite, suscettibili di acquisizione agli atti del procedimento penale.

L'impalcatura dell'art. 500 c.p.p. viene completamente stravolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 18 maggio 1992, n. 255. L'intero sistema delle contestazioni dibattimentali si frantuma sotto la scure della Corte costituzionale, determinando in tal modo quasi un ritorno ad un sistema più prettamente inquisitorio³. In particolare, la Consulta viene investita della questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di assise di Bari, dell'art. 500, comma 3 e 4 c.p.p., per violazione degli artt. 2, 3, 24 comma 1, 25 comma 2, 101 comma 2 della Costituzione, nella parte in cui preclude al giudice di valutare, al fine dell'accertamento dei fatti, le dichiarazioni precedentemente rese dai testimoni e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, se utilizzate per le contestazioni (con l'unica eccezione delle dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto).

Il giudice a quo rileva che il meccanismo processuale previsto dall'art. 500 c.p.p. da un lato consente alle parti di portare a piena conoscenza del giudice le dichiarazioni assunte durante le indagini dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, facendo emergere in tal modo, nella pubblicità del dibattimento, una doppia verità processuale, ma dall'altro vieta che tali dichiarazioni possano costituire prova dei fatti in esse affermati, essendone consentita la valutazione soltanto per stabilire la credibilità della persona esaminata. La Corte, nel motivare la sentenza, attenua il principio del contraddittorio nella formazione della prova al fine di preservare l'efficienza e la funzionalità dello strumento penale. Si è ritenuto, cioè, che l'oralità, assunta a principio ispiratore del sistema processuale allora in vigore, non

³ C. cost., 3.06.1992, n. 255, in *Giur. Cost.* 1992, 1961, con nota di G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992.*

rappresenti il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento, per cui in taluni casi in cui la prova non possa di fatto prodursi oralmente, deve darsi rilievo ad atti formati prima ed al di fuori del dibattimento. Il principio della separazione delle fasi viene così ad essere affiancato e temperato dal principio generale del divieto di dispersione dei mezzi di prova.

Si sottolinea così l'inevitabilità di contemperare il rispetto del metodo orale con l'esigenza di salvaguardare quanto acquisito prima del dibattimento che sia irripetibile, attraverso istituti che derogano chiaramente al principio dell'oralità e dell'immediatezza dibattimentale. Nel motivare la sentenza, la Consulta si basa su di un ulteriore elemento: quello del libero convincimento del giudice. Se infatti il giudice dispone di una piena libertà nella valutazione della prova secondo il proprio prudente apprezzamento (con l'obbligo di dare conto in motivazione dei criteri adottati e dei risultati conseguiti nel contesto della decisione), l'art. 500 c.p.p. imporrebbe al giudice di contraddire la propria convinzione nel contesto della stessa decisione, in quanto, se la precedente dichiarazione è ritenuta veritiera (e pertanto sufficiente a stabilire l'inattendibilità del teste nella deposizione resa in dibattimento) risulterebbe chiaramente irrazionale che essa, una volta introdotta nel giudizio ed esaminata nel contraddittorio fra le parti, non possa poi essere utilmente acquisita al fine della prova dei fatti in essa affermati.

Alla luce delle considerazioni esposte, la Corte ritiene quindi che l'art. 500 c.p.p. costituisca una irragionevole regola di esclusione probatoria, suscettibile di ostacolare la funzione stessa del processo penale, quella cioè di ricerca della verità. Di conseguenza, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, dell'art. 500 comma 3 e 4 c.p.p., statuendo che le parti possono procedere alla contestazione non soltanto quando il teste rifiuti o ometta di rispondere sulle circostanze riferite nelle precedenti dichiarazioni, ma anche quando sussista difformità rispetto al contenuto della deposizione. In tal caso le dichiarazioni utilizzate per la contestazione sono acquisite al fascicolo per il dibattimento e sono valutate come prova dei fatti in esse affermati se sussistono altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

La sentenza n. 255/1992, nell'attribuire alle dichiarazioni contestate piena efficacia di prova, ha ridotto in misura drastica il divario tra i risultati dell'indagine e il materiale direttamente utilizzabile ai fini della decisione, provocando ripercussioni notevoli sull'originario regime del c.d. doppio fascicolo.

L'evidente inquinamento inquisitorio di cui è stato vittima il sistema processuale è frutto di una legislazione di emergenza, giustificata anche dal dilagante fenomeno della criminalità organizzata.

Occorre evidenziare come la sentenza de qua sia stata oggetto di differenti interpretazioni dottrinali. Una parte della dottrina, esprimendo un giudizio favorevole, ha messo in evidenza come la Corte, abbandonando concezioni massimalistiche del principio di immediatezza, si sia ispirata ad una visione pragmatica del diritto, volta a

rendere possibile l'accertamento della verità storica in ordine ad un determinato fatto di reato⁴. Si è così attribuito alla Corte il merito di aver operato un corretto bilanciamento tra principi accusatori classici e principio della ricerca della verità, attuando in concreto un processo penale caratterizzato sia dall'obbligatorietà dell'azione penale che dall'obbligo di motivazione della sentenza⁵. Tuttavia, le prevalenti reazioni nei confronti della sentenza sono state formulate in chiave critica, censurando il tessuto argomentativo sviluppato nella motivazione e la dimensione prevalentemente ideologica della decisione, da cui traspare una concezione che funzionalizza il processo verso l'obiettivo di contrastare la criminalità organizzata⁶.

Sotto altro profilo, non è mancato chi abbia messo in luce l'errore metodologico in cui la Corte sarebbe incorsa censurando la ragionevolezza delle regole di esclusione probatoria poste dall'art. 500 c.p.p.; secondo questa impostazione, il principio di non dispersione sarebbe frutto di un'inversione del rapporto fisiologico regola-eccezione, in quanto è desunto da un complesso di norme che derogano al canone interpretativo della separazione delle fasi⁷. Capovolgendo l'asse prospettico, la Corte avrebbe seguito un approccio di tipo induttivo: individuate cioè specifiche eccezioni, si sarebbe elevato un principio generale alla stregua del quale sono state valutate altre regole che a quel principio non si uniformano.

Al contrario, la Corte avrebbe dovuto seguire un ragionamento di tipo deduttivo, secondo cui, partendo dal principio della separazione delle fasi, le norme coerenti con questa impostazione non avrebbero potuto essere censurate sotto il profilo della ragionevolezza solo a causa della esistenza di regole di segno opposto che, in quanto eccezioni al principio generale, non sono suscettibili di applicazione analogica⁸. L'impostazione della Corte Costituzionale fu accolta dal legislatore che, con il d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con mod. nella l. 7 agosto 1992, n. 356, attribuì piena efficacia probatoria alle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni. Tuttavia, l'art. 500 comma 4 c.p.p., al fine di mitigare la deroga al principio di non utilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti durante la fase delle indagini preliminari,

⁴ A. GIARDA, *Ci sono principi e principi: parola della Corte Costituzionale*, in *Corr. giur.* 1992, 984; TONINI, *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, cit., 1137.

⁵ M. DEVOTO, *Corte Costituzionale e principio di verità nel processo penale*, in *Giur. mer.* 1993, 1146; P. MADDALENA, *Modifiche al codice di procedura penale: meglio tardi che mai*, in *Corr. Giur.* 1992, 927; C. ZAZA, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 255 del 1992*, in *Giust. pen.* 1992, I, 242.

⁶ P. GAETA, *Controriforma o etica della verità nel processo penale? Note sulla valenza probatoria delle deposizioni dibattimentali difformi*, in *Giur. it.* 1993, I, 1859; G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.* 1992, 1973.

⁷ FERRUA, *La sentenza n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, cit., 1455; M. NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.* 1994, 11.

⁸ G. GIOSTRA, *Un atto di indagine non utilizzabile come prova: le "sommarie informazioni" di polizia giudiziaria nelle ipotesi dell'art. 513 c. 1 c.p.p.*, in *Giur. cost.* 1993, 515.

richiedeva che le dichiarazioni in oggetto trovassero riscontro in altri elementi di prova⁹.

La novità più importante apportata dalla l. n. 356/1992 fu l'introduzione, all'interno dell'art. 500 c.p.p., del comma 2-bis, che consentiva l'acquisizione delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni anche nei casi in cui il testimone avesse rifiutato o comunque omesso, in tutto o in parte, di rispondere sui fatti oggetto delle sue precedenti dichiarazioni.

In passato, l'art. 500 c.p.p. non recava alcuna specifica previsione in relazione alla ipotesi che il dichiarante avesse rifiutato o omesso di rispondere. Pertanto, nel silenzio della legge, la dottrina si era divisa. Una parte di essa riteneva che fosse possibile procedere alle contestazioni anche in tale ipotesi. Il rifiuto di rispondere o l'omissione parziale di alcune circostanze erano considerate una modalità della deposizione, che determinava una qualche difformità rispetto alla versione resa nel corso delle indagini; per questo motivo era possibile, secondo questo orientamento, effettuare ugualmente le contestazioni¹⁰.

Viceversa, vi era chi sosteneva che le contestazioni potevano essere effettuate soltanto al dichiarante che avesse risposto mutando versione rispetto al passato. Infatti, quando il dichiarante ometteva o rifiutava di rispondere si concretizzava, secondo questo orientamento, una difformità concernente non il contenuto della deposizione, bensì il comportamento del soggetto escusso (cioè il soggetto prima aveva taciuto e poi aveva parlato). Questa parte della dottrina considerava in pratica il silenzio come un mero fatto e non come una deposizione¹¹.

2. – Con l'entrata in vigore della l. 1 marzo 2001, n. 63 (c.d. legge sul «giusto processo»), la disciplina delle contestazioni dibattimentali ha subito sostanziali modifiche. I principi del giusto processo, sanciti a livello costituzionale nell'ambito dell'art. 111 della Costituzione, sono stati recepiti anche all'interno dell'art. 500 c.p.p., che è stato completamente riscritto ad opera dell'art. 16, comma 1, l. n. 63/2001. È stata, così, ripristinata la regola di esclusione probatoria, sancita nell'originaria formulazione dell'art. 500 del codice del 1988, in virtù della quale le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni non possono essere acquisite al fascicolo per il dibattimento, potendo solamente essere valutate ai fini della credibilità del teste.

⁹ Cfr. A. DIDI, *Processo di parti ed esigenze dell'accertamento penale*, in *Giust. pen.* 1994, III, 164; P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul nuovo processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992, 177; P. P. RIVELLO, sub art. 500, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 1993, 247.

¹⁰ FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, cit., 176; P. P. RIVELLO, sub art. 500, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 244. Dello stesso avviso, in giurisprudenza, Cass., 20.4.2005, n. 6221, in *Ced. Cass.*, rv. 233092.

¹¹ C. TAORMINA, *Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali*, in *Giust. pen.* 1992, III, 458.

Questa interpretazione è stata accolta anche dalla Corte costituzionale, che, abbandonando l'impostazione precedentemente seguita con la sentenza n. 255/1992, ha successivamente dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 500, commi 2 e 7, c.p.p., sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 24 comma 1, 25 comma 2, 27, 101 commi 1 e 2, 111 comma 5 e 6, 112 Cost. Secondo la Corte, i limiti probatori relativi alle dichiarazioni lette per le contestazioni sono frutto di una precisa scelta del legislatore in attuazione dei principi sanciti dall'art. 111 Cost., nella sua nuova formulazione; scelta che non può determinare, quindi, alcuna lesione dei parametri costituzionali evocati. Occorre, quindi, «impedire che l'istituto delle contestazioni - proprio perché configurato quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio - si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di quelle dichiarazioni»¹².

La nuova formulazione dell'art. 500 c.p.p. ha determinato, inoltre, l'abrogazione del previgente comma 2-bis, ai sensi del quale le parti potevano procedere alla contestazione anche quando il teste rifiutava o comunque ometteva, in tutto o in parte, di rispondere sulle circostanze riferite nelle precedenti dichiarazioni. Anche in tal caso, le dichiarazioni contestate erano soggette alla disciplina del previgente comma 4: potevano cioè essere acquisite senza alcuna limitazione al fascicolo per il dibattimento e valutate ai fini decisori. Diversa è l'attuale formulazione del nuovo art. 500, comma 3, c.p.p., che prevede due differenti situazioni: la prima concerne il rifiuto del teste di sottoporsi «all'esame», da intendersi come esame diretto; la seconda, concerne invece il rifiuto del teste di sottoporsi al «controesame» di una delle parti.

In entrambi i casi la disciplina prevista è la stessa: le dichiarazioni in precedenza rese dal teste non possono essere utilizzate in chiave probatoria nei confronti della parte, che non ha potuto procedere all'esame o al controesame, a meno che questa non presti il consenso.

La finalità perseguita è chiara, ovvero quella di evitare la violazione del principio del contraddittorio, sia in senso soggettivo, come diritto a confrontarsi con l'accusatore, sia in senso oggettivo, come principio posto alla base della formazione della prova.

La norma de qua va letta in combinato disposto con l'art. 526, comma 1 bis, c.p.p. secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di

¹² C. cost., 26.02.2002, n. 36, in *Giur. cost.* 2002, 320, con note di G. SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del "giusto processo"* e S. BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*. Nello stesso senso, C. cost., 22.11.2002, n. 473, in *Giur. cost.* 2002, 3963; C. cost., 12.11.2002, n. 453, *ivi*, 2002, 3733; C. cost., 29.10.2002, n. 431, *ivi*, 2002, 3242; C. cost., 25.07.2002, n. 396, *ivi*, 2002, 2997; C. cost., 18.07.2002, n. 365, *ivi*, 2002, 2723; C. cost., 26.06.2002, n. 293, *ivi*, 2002, 2111.

dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore».

Abbastanza controversa in dottrina è l'individuazione delle parti cui la norma si riferisce. Secondo alcuni la nozione di «parti» includerebbe anche il pubblico ministero, che sarebbe, pertanto, legittimato a non prestare il consenso all'acquisizione, laddove il teste della difesa si sia rifiutato di sottoporsi al controesame della pubblica accusa¹³. Secondo un diverso orientamento si dovrebbe adottare un'interpretazione riduttiva che includa nel concetto di parte solamente l'imputato, escludendo così il pubblico ministero, che non avrebbe alcun potere di veto¹⁴.

3. – La regola aurea del divieto di acquisibilità delle precedenti dichiarazioni non è, tuttavia, priva di eccezioni. La prima è quella enunciata all'interno dell'art. 500, comma 4, c.p.p., ai sensi del quale «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 possono essere utilizzate».

La norma trova la sua giustificazione nell'ambito dell'art. 111, comma 5, Cost. che contempla la «provata condotta illecita», come ipotesi di deroga alla formazione della prova in contraddittorio fra le parti.

L'intento perseguito dal legislatore attraverso la previsione normativa ex art. 500, comma 4, c.p.p., è chiaramente quello di evitare un inquinamento probatorio, specialmente nei processi di criminalità organizzata, ove maggiori sono le pressioni cui è esposto il testimone¹⁵.

Quindi, se il giudice, sulla base dell'andamento del dibattimento, ha fondati motivi per ritenere che il teste sia stato intimidito, può disporre gli accertamenti necessari al fine di appurare la fondatezza o meno dei suoi sospetti. Sebbene parte

¹³ ADORNO, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 343; C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Digesto pen.*, Agg. II, Utet, Torino, 2004, 701; CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, cit., 602; S. CORBETTA, sub art. 500, in A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 6411; C. FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Cedam, Padova, 2005, 177; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 6^a ed., Cedam, Padova, 2012, 809; M. MENNA, *La prova dichiarativa, in alcuni suoi profili, tra fasi preliminari e dibattimento*, in *Cass. pen.* 2005, 3623.

¹⁴ E. MARZADURI, D. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.* 2001, 13, 49; T. PROCACCIANTI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Indice pen.* 2002, 1077.

¹⁵ ADORNO, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 330; A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta Costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, 471; S. CORBETTA, sub art. 500, in A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 6403.

della dottrina abbia evidenziato l'opportunità che il giudice non decida autonomamente, ma a seguito di un vero e proprio contraddittorio fra le parti di carattere «microprocedimentale»¹⁶, secondo altra corrente di pensiero, il giudice, anche in presenza di una richiesta di parte, non è vincolato ai limiti della stessa, potendo sempre attivarsi anche d'ufficio ai sensi dell'art. 507 c.p.p.¹⁷

In giurisprudenza, è stato evidenziato che «in tema di esame dei testimoni, le disposizioni dei commi quarto e quinto dell'art. 500 cod. proc. pen. debbono essere lette ed interpretate unitariamente, nel senso che la prima consente di desumere i fatti di violenza o minaccia od offerta di utilità al testimone sia da circostanze emerse prima e fuori del dibattimento che, alternativamente, da circostanze emerse nel dibattimento, mentre la seconda richiede l'impulso di parte solo affinché il giudice disponga gli accertamenti richiesti sulle dette circostanze, ma non anche perchè decida sulla acquisizione dei verbali contenenti le dichiarazioni rese nelle indagini preliminari»¹⁸.

La Suprema corte ha inoltre osservato che nei procedimenti relativi ai reati di violenza sessuale anche il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa e dell'imputato possono costituire un elemento concreto idoneo, ai sensi dell'art. 500, comma 4 c.p.p., ad incidere sulla genuinità della deposizione testimoniale della persona offesa nel senso che questa, non potendo rimettere la querela, essendo la stessa irrevocabile, potrebbe essere indotta a circoscrivere, limitare o revocare le dichiarazioni accusatorie in precedenza rese¹⁹.

Abbastanza discussa in dottrina è la questione concernente il grado della prova occorrente per dimostrare le pressioni subite dal teste. È stato, al riguardo, messo in evidenza come non si possa pensare di raggiungere un livello dimostrativo pari a quello di una sentenza di condanna, ovvero al di là di ogni ragionevole dubbio, né tantomeno una dimostrazione di assoluta certezza traspare dal testo letterale della

¹⁶ Sull'argomento, C. CONTI, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n. 63 del 2001*, in *Cass. pen.* 2005, 676; G. CONTI, *La formazione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penale*, cit., 196; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 14^a ed., Giuffrè, Milano, 2013, 695. Secondo M. BARGIS, *Commento all'art. 16, l. 1-3-2001, n. 63*, in *Leg. pen.* 2002, 299, si instaurerebbe una sorta di «microprocedimento incidentale a forma libera».

¹⁷ A. M. CAPITTA, *La contaminazione della prova testimoniale*, in *Ind. pen.* 2004, 618; D. CARCANO, *Le disposizioni sulla formazione della prova nel dibattimento*, in G. LATTANZI, *Guida alla riforma del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2002, 209; CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., 708; CORBETTA, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale (artt. 499, 500, 503 c.p.p.)*, cit., 482; V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2005, 3836; FANUELE, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, cit., 161; E. MARZADURI, D. MANZIONE, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, cit., 56; P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Giappichelli, Torino, 2002, 236.

¹⁸ Cass., 7-06-2004, n. 37112, in *Cass. pen.* 2005, 3826, con nota adesiva di V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*

¹⁹ Cass., 21.11.2006, n. 38109, in *Ced. Cass.*, rv. 235756.

norma, che si limita a richiedere «elementi concreti» per accertare la minaccia e la subornazione del teste. Sarebbe pertanto sufficiente uno standard probatorio intermedio²⁰.

Secondo altra opinione, la sussistenza degli elementi di cui all'art. 500, comma 4, c.p.p., richiederebbe una prova particolarmente rigorosa²¹.

La giurisprudenza prevalente ha accolto il primo degli orientamenti dottrinali esposti, precisando che, nel procedimento incidentale diretto ad accertare gli elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità al fine di non deporre o di deporre il falso, il grado della prova richiesta va individuato dal giudice in concreto, secondo uno *standard* probatorio che non può essere rappresentato dalla prova «al di là di ogni ragionevole dubbio», richiesta soltanto per il giudizio di condanna, ma neanche dal semplice sospetto, dovendo raggiungere un quantum di natura indiziaria tale da far presumere l'esistenza di un'intimidazione che abbia compresso la genuinità della deposizione dibattimentale²².

Questione particolarmente delicata è l'operatività o meno dell'art. 500, comma 4, c.p.p., nell'ipotesi in cui la condotta illecita sia posta in essere dal testimone.

La dottrina si è sul punto divisa. Se una parte ha, infatti, considerato ammissibile l'operatività dell'art. 500, comma 4, c.p.p. anche nel caso in cui il teste commetta il reato di falsa testimonianza²³, altri autori lo hanno sostanzialmente escluso²⁴.

La giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità, condividendo il secondo degli orientamenti esposti, ha escluso che le dichiarazioni precedentemente rese dal teste, possano essere acquisite al fascicolo per il dibattimento. Ad avviso della giurisprudenza, infatti, ai fini dell'operatività dell'art. 500, comma 4, c.p.p. è

²⁰ BARGIS, *Commento all'art. 16, l. 1-3-2001, n. 63*, cit., 300; CAPITTA, *La contaminazione della prova testimoniale*, cit., 618; CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., 708; G. DI CHIARA, *La "nuova" istruttoria dibattimentale: attuazione del "giusto processo", metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.* 2001, V, 293; P. FERRUA, *L'indagine entra in dibattimento solo attraverso il contraddittorio*, in *Dir. giust.* 2001, 7, 78; G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in AA.VV. *Procedura penale*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2012, 598; MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, cit., 955; T. PROCACCIANTI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Ind. pen.* 2002, 1073.

²¹ MENNA, *La prova dichiarativa*, cit., 3625.

²² Cass., 19.02.2013, n. 21699, in *Ced Cass.*, rv. 255661; Cass., 24.01.2012, n. 25254, ivi, rv. 252896; Cass., 16.09.2008, n. 38894, ivi, rv. 241447; Cass., 18.02.2008, n. 27042, ivi, rv. 240971; Cass., 22.01.2008, n. 5997, in *Cass. pen.* 2009, 590, con nota di G. TODARO, *Note in tema di "provata condotta illecita" ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*; Cass., 23.03.2005, n. 26904, ivi, 2007, 2722.

²³ G. CONTI, *La formazione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, cit., 195; MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, cit., 429.

²⁴ C. CONTI, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita*, in *Cass. pen.* 2001, 1058; GARUTI, *Il giudizio ordinario*, cit., 590; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10^a ed., Giuffrè, Milano, 2007, 149.

necessario che si tratti di condotte illecite poste in essere «sul» dichiarante e non «dal» dichiarante²⁵.

4. – La seconda eccezione alla regola di esclusione probatoria del «precedente difforme» è espressa all'interno dell'art. 500, comma 6, c.p.p., che consente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni assunte dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, se utilizzate per le contestazioni, e se vi sia richiesta di parte, anche se diversa da quella che ha effettuato la contestazione. In tal caso, le dichiarazioni potranno esplicare efficacia probatoria solamente nei confronti delle persone che hanno partecipato alla loro assunzione, mentre nei confronti delle altre parti potranno essere valutate solo al fine di saggiarne la credibilità.

L'ultima eccezione è quella contemplata nell'ambito dell'art. 500, comma 7, c.p.p., che consente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle precedenti dichiarazioni quando vi sia accordo delle parti. La norma de qua, in sintonia con quanto consacrato dall'art. 111, comma 5, Cost., che prevede, come deroga al contraddittorio il consenso dell'imputato, ricalca quanto previsto dagli artt. 431, comma 2, c.p.p., 493, comma 3, c.p.p., 555, comma 4, c.p.p. e 29 d.lgs. n. 274/2000, introducendo una sorta di «patteggiamento sulla prova».

In dottrina è stato evidenziato che a differenza di quanto contemplato dall'art. 500, comma 4, c.p.p., ove l'acquisizione presuppone un giudizio negativo sulla credibilità del teste, data la divergenza fra la deposizione dibattimentale e quella resa nella fase delle indagini preliminari, l'acquisizione ex art. 500, comma 7, c.p.p. prescinde da un eventuale uso contestativo della precedente dichiarazione.

Occorre, tuttavia, segnalare che l'acquisizione su accordo delle parti potrà aver luogo soltanto se la dichiarazione da acquisire non sia viziata da «inutilizzabilità patologica», non potendo, ai sensi dell'art. 526, comma 1, c.p.p., essere utilizzate ai fini della decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.

5. – Abbastanza discussa in giurisprudenza è la tipologia di atti utilizzabili per la contestazione dibattimentale. L'art. 500, comma 1, c.p.p., definisce, in modo generico, che sono utilizzabili per le contestazioni le dichiarazioni precedentemente rese e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, quindi vengono, innanzitutto, prese in considerazione le dichiarazioni rese dal testimone nel corso delle indagini al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria.

I documenti, le letture o le relazioni del testimone acquisite nel corso della fase delle indagini preliminari, e già acquisite al fascicolo per il dibattimento, possono essere legittimamente valutati ai fini della decisione quando siano stati utilizzati per le

²⁵ C. cost., 12.11.2002, n. 453, in *Giur. cost.* 2002, 3733. Nello stesso senso, C. cost., 4.12.2002, n. 518, in *Giur. cost.* 2002, 6. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 4.03.2005, n.12481, in *Giust. pen.* 2006, III, 409, con nota di A. FUSCO, *Dichiarazione difforme dell'imputato: presupposti e forme della lettura*.

contestazioni nel corso del dibattimento²⁶. È stato, altresì, affermato, in tema di prova testimoniale, che affinché le dichiarazioni precedentemente rese alla polizia giudiziaria possano essere utilizzate per le contestazioni non è necessario che siano state raccolte su delega del p.m., dal momento che l'art. 500, comma 1, c.p.p., fa generico riferimento alle «dichiarazioni precedentemente rese», senza prevedere, a differenza dell'art. 513 c.p.p., la delega del p.m.²⁷.

La facoltà di astensione dei prossimi congiunti di cui all'art. 199 c.p.p., applicandosi esclusivamente nei confronti del congiunto imputato e non anche nei confronti dei coimputati, conduce a ritenere che le dichiarazioni rese in sede dibattimentale dal teste e la relativa acquisizione del verbale utilizzato per le contestazioni, ai sensi dell'art. 500 c.p.p., costituiscono elementi pienamente utilizzabili dal giudice nei confronti dei coimputati anche se il testimone, sentito nel corso delle indagini preliminari, non era stato avvertito della facoltà a lui concessa di astenersi dal deporre²⁸. Alla luce di queste considerazioni, orientate dalla nuova formulazione dell'art. 111 Cost., l'art. 512 c.p.p. va interpretato nel senso che non è consentito dare lettura delle dichiarazioni rese in precedenza dai prossimi congiunti dell'imputato che in dibattimento si avvalgono della facoltà di astenersi dal deporre a norma dell'art. 199 c.p.p., in quanto tale situazione non rientra tra le cause di natura oggettiva di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio previste dalla nuova normativa²⁹.

Si è anche precisato che l'individuazione di un soggetto - sia personale che fotografica - è una manifestazione riprodotiva di una percezione visiva e rappresenta, perciò, una specie del più generale concetto di dichiarazione. Il documento che lo contenga può essere allegato al fascicolo d'ufficio, ma se in dibattimento venga contestata l'efficacia dimostrativa della individuazione eseguita nella fase delle indagini, deve farsi ricorso all'art. 500 c.p.p., non difformemente da quanto si verifica per la deposizione testimoniale. In quest'ultimo caso non può avere alcun rilievo la circostanza che il giudice non abbia disposto la ricognizione, quale disciplinata dall'art. 213 c.p.p., sempre che egli abbia esternato sul punto i criteri di inferenza che abbiano fatto ritenere inutile l'assunzione di quest'ultimo come mezzo di prova³⁰.

Qualora sussista discrasia tra l'esito della ricognizione fotografica effettuata dinanzi alla polizia giudiziaria e quello della ricognizione personale esperita nel corso del dibattimento, la possibilità di ritenere prevalente il primo è subordinata alla ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 500, comma 4 c.p.p., vale a dire della

²⁶ Cass., 29.5.2003, n. 37098, in *Ced. Cass.*, rv. 227057.

²⁷ Cass., 26.10.2004, n. 11918, in *Ced. Cass.*, rv. 231871; Cass., 24.5.2000, n. 7430, in *Cass. pen.* 2001, 2728.

²⁸ Cass., 7.2.2000, n. 886, in *Ced. Cass.*, rv. 227247.

²⁹ Cass., 19.1.2004, n. 9588, in *Ced. Cass.*, rv. 228385.

³⁰ Cass., 15.6.1994, n. 9676, in *Cass. pen.* 1996, 190.

sussistenza di concreti elementi che facciano ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia o allettamento³¹.

È stato sottolineato, poi che nessuna violazione del principio del contraddittorio e nessuna lesione dei diritti della difesa si configura nell'ipotesi in cui si sia proceduto all'istruzione dibattimentale in mancanza del deposito, da parte del p.m., della documentazione relativa alle indagini espletate in un procedimento separato nei confronti dei presunti concorrenti nel reato ascritto all'imputato, quando tali atti non siano stati utilizzati nel dibattimento, neppure per le contestazioni³².

Nell'ipotesi in cui un soggetto sia stato erroneamente escusso in dibattimento in qualità di imputato di reato connesso, con l'applicazione delle più penetranti garanzie previste dagli artt. 64 e 210 c.p.p., ed avendo poi mutato la propria qualificazione in testimone «intimorito», a seguito degli elementi emersi in ordine alla «provata condotta illecita» di cui all'art. 500, comma 4 c.p.p., le dichiarazioni dallo stesso rese contenute nel fascicolo del p.m. ed acquisite al fascicolo del dibattimento, ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p. sono comunque utilizzabili³³.

È stato affermato, altresì, che il regime delle contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p. è applicabile anche alla ricognizione in quanto la stessa costituisce, pur sempre, una deposizione, sia pure riproduttiva di una percezione visiva³⁴.

Ed ancora, che è legittimo lo svolgimento, da parte del p.m., di attività investigativa di indagine, consistente nell'autonoma assunzione a verbale di soggetti specificamente indicati da un imputato nel corso dell'istruttoria dibattimentale e nella successiva utilizzazione delle relative dichiarazioni, una volta assunta la prova testimoniale nel prosieguo del dibattimento, per le contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p.³⁵.

La contestazione dibattimentale presuppone che il teste sia tenuto a deporre; tale ipotesi non può dirsi soddisfatta laddove uno dei soggetti ricompresi nell'art. 199, comma 1, c.p.p. intenda al dibattimento avvalersi della facoltà di astenersi dal deporre; in tal caso le precedenti dichiarazioni se acquisite nel fascicolo del dibattimento sono inutilizzabili, in quanto acquisite in violazione dell'art. 514, comma 1, c.p.p. in forza del quale può esser data lettura delle dichiarazioni rese dal teste in sede di indagini preliminari se ricorrono le condizioni previste dagli artt. 511, 512, 513 c.p.p.; tutte ipotesi difformi da quella sopra considerata³⁶.

³¹ Cass., 27.2.2003, n. 14855, in *Ced. Cass.*, rv. 224371.

³² Cass., 21.1.1998, n. 1245, in *Giust. pen.* 1999, III, 145.

³³ Cass., 10.12.2003, n. 846, in *Ced. Cass.*, rv. 227967.

³⁴ Cass., 13.1.2011, n. 8272, in *Ced. Cass.*, rv. 249659; Cass., 25.9.1995, n. 10388, in *Cass. pen.* 1996, 2703.

³⁵ Cass., 11.4.2001, n. 21379, in *Ced. Cass.*, rv. 219699; Cass., 9.12.1998, n. 4685, in *Cass. pen.* 2000, 1759; Cass., 27.10.1997, n. 9958, in *Giust. pen.* 1998, III, 657.

³⁶ Cass., 29.3.1999, n. 6294, in *Ced. Cass.*, rv. 213464; Cass., 23.10.1996, n. 10271, in *Riv. pen.* 1997, 340.

6. – Già durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., la dottrina prevalente riteneva possibile, nel corso dell'esame testimoniale in dibattimento, contestare al testimone le dichiarazioni precedentemente rilasciate al difensore durante le sue investigazioni, a condizione che fossero state inserite nel fascicolo del pubblico ministero: ciò in base alla lettera dell'art. 500 comma 1 c.p.p., che faceva riferimento genericamente alle «dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero», senza distinguere tra dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria e dichiarazioni oggetto dell'attività investigativa della difesa.

L'art.391-decies, comma 1, c.p.p., dispone ora espressamente che delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possono servirsi a norma dell'art. 500 c.p.p. In forza del combinato disposto degli artt. 391-decies, comma 1, e 500 comma 1, c.p.p., dunque, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione dei testimoni esaminati in dibattimento, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rilasciate dal testimone al difensore o al suo sostituto *ex art. 391-bis, comma 2, c.p.p.* e contenute nel fascicolo del difensore. E tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto³⁷.

7. – Un orientamento giurisprudenziale più risalente riconosce alle parti la possibilità di effettuare le contestazioni anche durante il giudizio di secondo grado. È stato, al riguardo, affermato che, «in virtù del rinvio operato dall'art. 598 c.p.p., tale diritto deve poter essere esercitato anche nella istruzione dibattimentale in sede di appello, a nulla rilevando che le dichiarazioni rilasciate nelle fasi precedenti al dibattimento, e assunte a base delle contestazioni, non siano nella disposizione materiale del pubblico ministero presso il giudice di appello. Il fascicolo del pubblico ministero presso il giudice di prime cure, infatti, è nella disposizione giuridica di tutte le parti»³⁸. Sulla scia di questo orientamento si afferma che, qualora le parti non abbiano proceduto alla contestazione ed intendano farlo in sede di appello, non è necessario provvedere alla nuova citazione del teste ed al suo esame, onde far risaltare la difformità rispetto a quanto in precedenza dichiarato; questo presupposto può esser dedotto e fatto constatare al giudice d'appello, che quindi potrà utilizzare, per la decisione, le dichiarazioni difformi rese dal teste³⁹.

Tuttavia, più recentemente, la suprema Corte è tornata ad occuparsi dell'applicabilità dell'istituto delle contestazioni durante la fase di appello, giungendo a conclusioni diametralmente opposte. È stato, così, osservato che «se la difesa non si

37 In argomento, cfr., per tutti, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, Milano, 2002, 496 ss.

38 Così Cass., 3.06.1993, n. 9724, in *Ced. Cass.*, rv. 196166.

39 Cass., 17.3.1994, n. 4589, in *Arch. n. proc. pen.* 1995, 138; Cass., Sez. I, 7.7.1993, n. 8863, in *Cass. pen.* 1995, 577; Cass., 16.6.1993, n. 7519, in *Arch. n. proc. pen.* 1994, 1317.

è avvalsa dello strumento delle contestazioni per far emergere in sede dibattimentale presunte contraddizioni o inverosimiglianze, non può poi lamentarsi di ciò o pretendere di farle valere nelle fasi successive»⁴⁰.

8. – Può verificarsi che alla parte non sia stato permesso, nonostante una richiesta formulata in tal senso, di procedere alla contestazione della deposizione testimoniale. La violazione dell'art. 500 c.p.p. configura in tale ipotesi una nullità di ordine generale, ex art. 178, lett. c, c.p.p. essendo pregiudicato il diritto della difesa ad ottenere il rispetto della particolare procedura prevista per l'accertamento dei fatti oggetto del processo. Tale nullità, non essendo riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 179 c.p.p., è da qualificarsi a regime intermedio e quindi ritenersi sanata se la parte presente non ha proposto la relativa eccezione, dopo il compimento dell'atto.

Non è invece configurabile la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. d c.p.p., sotto il profilo della mancata assunzione di prova decisiva perché non trattasi della omessa acquisizione di un mezzo di prova, ma della violazione di alcune formalità attinenti alla formazione della prova⁴¹.

La violazione del divieto di acquisizione delle dichiarazioni lette per le contestazioni, previsto dall'attuale formulazione dell'art. 500 c.p.p. non è direttamente sanzionata, considerato che, in tal caso, l'unica conseguenza processualmente rilevante è l'inutilizzabilità, a fini decisori, delle dichiarazioni precedentemente rese. Ne deriva che le dichiarazioni, contenute nel verbale di sommarie informazioni e lette per le contestazioni, irrualmente acquisite al fascicolo del dibattimento e non espunte, non determinano alcuna conseguenza ove risulti che esse non siano state utilizzate ai fini della decisione, ma esclusivamente al fine di valutare l'inattendibilità delle dichiarazioni dibattimentali rese dal teste⁴².

⁴⁰ Cass., 5.06.2009, n. 39319, in *Ced. Cass.*, rv. 244958.

⁴¹ Cass., 31.5.1995, n. 9324, in *Cass. pen.* 1996, 2613.

⁴² Cass., 21.9.2005, n. 45311, in *Dir. pen. proc.* 2006, 1365.