

L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni

Marianna Biral

SOMMARIO: 1. Il caso - 2. L'art. 6 § 3 lett. d) nella giurisprudenza europea. - 3. Prove formate senza contraddittorio e regola del "grado determinante" - 4. Istanze di flessibilizzazione - 5. *Overruling*: cambiamenti in atto ed in potenza - 6. Mine vaganti.

1. Il caso

«To our knowledge this is the first time ever that this Court, in the absence of a specific new and compelling reason, has diminished the level of protection [of human rights]». La Corte è quella dei diritti dell'uomo, le garanzie ad accresciuto tasso di vulnerabilità, quelle accordate dall'art. 6 § 3 lett. d) C.e.d.u. e le parole, severe e preoccupate, appartengono ai giudici dissenzienti alla sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito ¹.

Al centro della polemica, l'inversione di rotta impressa dal giudice europeo in tema di dichiarazioni dei "testimoni assenti"², sotto il delicato profilo del loro

¹ La motivazione della decisione può essere consultata sul sito *web* «archiviopenale.it» *sub*

«*Dall'Europa*».

² Il concetto, elaborato dalla dottrina, abbraccia tutte le ipotesi in cui un soggetto renda dichiarazioni nelle fasi precedenti il giudizio e non si presenti in dibattimento per sottoporsi ad esame. Parlano di *absent witness*: S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Giappichelli, Torino, 2008, 195; S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, 2844; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Hart Publishing, Oxford, 2008, 43; G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giurisprudenza sovranazionale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, 3^a ed., Milano, 2011, 139.

L'assenza della fonte di prova in dibattimento può dipendere da molte cause. Per esempio, la morte del testimone: se ne sono occupate, tra le tante, Corte eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia (tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo citate nel presente lavoro sono reperibili sul sito www.echr.coe.int); Id., 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia. Oppure l'irreperibilità (Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 1991, Isgrò c. Italia; Id., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia; Id., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia). O ancora, uno stato di timore (Corte eur. dir. uomo, 7 giugno 2005, Jerinò c. Italia). Equiparati, quanto ad inquadramento ed effetti, sono i casi di testi che, pur comparsi in giudizio, non si sottopongono all'esame perché si avvalgono di garanzie riconosciute dall'ordinamento di provenienza. A titolo esemplificativo, il diritto al silenzio previsto per i coimputati e la facoltà di astensione riconosciuta ai prossimi congiunti. In relazione alla prima ipotesi, si rinvia a: Corte eur. dir. uomo, 30 novembre 2000, Vella c. Italia; Id., 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia; per la seconda, a Id., 24 novembre 1986, Unterpetinger c. Austria; Id., 26 aprile 1991, Asch c. Austria. Le prime due pronunce riguardano il coimputato; le altre, i prossimi congiunti. Per una esaustiva analisi del "concetto europeo" di testimone, si vedano: A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kistoris, Torino, 2008, 340; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 100, nota n. 114; S. LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 178.

impiego probatorio *contra reum*.

L'utilizzabilità di elementi "carenti" dal punto di vista dialettico è questione che ha interessato spesso la Corte di Strasburgo. In bilico tra l'esigenza di assicurare pienezza al diritto di difesa e l'insofferenza verso la dispersione di conoscenze rilevanti, la giurisprudenza europea ha elaborato una regola di trattamento – chiara sulla carta, più sfumata nel momento dell'applicazione pratica – costantemente ribadita: la regola del "grado determinante". Si tratta di un criterio che agisce in sede di valutazione della prova ed impone al giudice un utilizzo "limitato" delle dichiarazioni accusatorie formate fuori dal contraddittorio. Compare per la prima volta in una pronuncia del 1986 (Unterpentinger c. Austria), nell'ambito della quale ne viene espresso il fondamento logico: se la condanna è basata unicamente ovvero in misura determinante sul contributo testimoniale proveniente da una fonte che l'accusato non ha avuto modo di esaminare in nessuna fase del procedimento, i diritti della difesa risultano compressi in misura tale da pregiudicare la *fairness* processuale³.

Tale parametro postula regole di giudizio a "geometria variabile": un possibile affidamento pieno in relazione alle dichiarazioni "viziate" favorevoli all'imputato; un affidamento necessariamente ridotto per quelle orientate verso la direzione opposta. In questo modo si contiene l'impatto, costoso dall'angolo visuale del diritto al confronto, generato dall'impiego di conoscenze "geneticamente sospette".

La pronuncia in esame interviene proprio su questo punto, spezzando il vincolo dell'"utilizzabilità limitata". Ritrovata libertà nel momento di formazione del convincimento, dunque, ma ad una condizione: che le difficoltà arrecate alla difesa dall'incidenza decisiva della prova *contra reum* siano neutralizzate dalla sussistenza di "compensazioni". Nessun dubbio che il nodo da sciogliere investa la natura e la consistenza di questi «*counterbalances*», al fine di verificare se il nuovo approccio assicuri ancora l'equità del procedimento.

Prima di analizzare il percorso logico seguito dalla Corte e le implicazioni di un *overruling* che ha spaccato in due il collegio giudicante, conviene muovere dalla ricostruzione delle fattispecie alla base del *decisum*.

Nel primo caso (Al-Khawaja), un medico è accusato di abusi sessuali commessi, durante alcune sedute di ipnosi, ai danni di due pazienti. Una di queste, dopo aver raccontato l'accaduto ad un paio di amici ed alla polizia, si sui-

³ V., fra le tante, Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, Unterpentinger c. Austria, §§ 31-33; Id., 28 agosto 1992, Artner c. Austria, § 19; Id., 20 settembre 1993, Saïdi c. Francia, §§ 43-44; Id., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, § 25; Id., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, § 57; Id., 20 aprile 2006, Carta c. Italia, § 49; Id., 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia, § 70.

cida. Nel corso del giudizio sono esaminate le fonti *de relato* (gli amici) e si procede alla lettura delle sommarie informazioni rese dalla vittima nella fase investigativa. L'altra persona offesa depone regolarmente in dibattimento; sulla base di ciò che emerge nel controesame e di ulteriori risultanze probatorie, appare infondata la possibilità che una qualche forma di collusione fosse intervenuta tra le due donne. Il ricorrente viene condannato, per entrambi i capi di imputazione, dalla giuria, debitamente informata sul rischio di minore attendibilità degli elementi di prova formati fuori dal contraddittorio.

La vicenda Tahery riguarda un individuo al quale si contesta il reato di lesioni dolose. L'episodio delittuoso matura nell'ambito di una rissa; all'inizio, né la persona offesa né i soggetti presenti sul luogo del fatto sono in grado di indicare l'autore. Un paio di giorni dopo, però, si fa avanti un testimone: individua nel ricorrente il responsabile, ma poi non compare in dibattimento, adducendo un tentativo di intimidazione (aveva ricevuto minacce telefoniche anonime). Il giudice ritiene che lo stato di timore si fondi su elementi concreti ed attuali e ammette l'acquisizione delle dichiarazioni rese in sede di indagini. La vittima, invece, viene esaminata nel corso del dibattimento, ma infruttuosamente: era stata colpita alle spalle e, pertanto, non è in grado di riconoscere l'aggressore. E così, a reggere l'impalcatura accusatoria è unicamente la deposizione recuperata tramite lettura. Malgrado ciò, la giuria – correttamente istruita nel *summing up* – emette un verdetto di colpevolezza.

I giudici di Strasburgo si pronunciano una prima volta nel 2009⁴, accertando la lesione dell'art. 6 §§ 1 e 3 lett. d), in combinato disposto. A due anni di distanza, la *Grand Chamber* riforma la decisione e decreta che solo nella vicenda Tahery la Convenzione è stata violata.

2. L'art. 6 § 3 lett. d) nella giurisprudenza europea

La lett. d) dell'art. 6 par. 3 C.e.d.u. garantisce il diritto dell'accusato a confrontarsi con il proprio accusatore. «Normalmente» gli elementi di prova devono essere prodotti «davanti all'imputato», «in un'udienza pubblica» e in «contraddittorio»⁵. Quando le dichiarazioni vengono rese «pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità è resa nota all'accusato, in presenza di questi e del suo difensore oltre che dell'organo giudicante, e, infine, sono sottoposte al confronto dialettico con la difesa», il diritto ex art. 6 § 3

⁴ Si tratta di una decisione dalla sezione IV della Corte, adottata il 20 gennaio 2009.

⁵ Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, Asch c. Austria, § 27; Id., 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia, § 38; Id., 20 aprile 2006, Carta c. Italia, § 48; Id., 18 agosto 2010, Ogaristi c. Italia, § 57.

lett. d) raggiunge l'attuazione massima⁶. Tuttavia, questo «schema processuale ideale»⁷ di formazione della prova dichiarativa non è indefettibile: sono ammesse deroghe⁸. Qualora risulti impossibile assumere la testimonianza in sede dibattimentale, si consente il recupero di deposizioni risalenti alle fasi preliminari del procedimento, a condizione che il diritto di difesa non venga compresso in misura intollerabile.

A tutela dell'imputato, una duplice ed alternativa compensazione. Innanzi tutto, occorre «un'occasione sufficiente ed adeguata» per contestare le accuse a suo carico, al momento in cui vengono mosse o successivamente⁹. Per questa via, nonostante le prescrizioni dell'art. 6 siano state formalmente disattese, *sostanzialmente* non c'è pregiudizio, perché l'accusato ha trovato modo e spazio per far sentire le proprie ragioni. L'occasione per contrastare le affermazioni della fonte testimoniale, di cui parla la giurisprudenza europea, è assimilabile ad un contraddittorio «attenuato»¹⁰: può avere luogo in qualunque fase del procedimento e con modalità variegate; in particolare, non rappresentano condizioni irrinunciabili: il confronto *de visu* tra accusato e accusatore, la partecipazione diretta della difesa nella formulazione delle domande, la stessa presenza dell'autorità giurisdizionale¹¹. Sulla scorta di un'analisi della casistica in materia, è possibile affermare che la Corte di Strasburgo veicola una nozione di controesame che «prescinde dalla funzione maieutica» dello strumento e va a collocarsi «sul versante delle *chances* difensive di sottoporre a contestazione e mettere in dubbio la versione dei fatti introdotta nel proces-

⁶ Così S. MAFFEI, *Prova d'accusa*, cit., 2845.

⁷ In questi termini, A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, 2992. S. MAFFEI (*Prova d'accusa*, cit., p. 2845) lo chiama «paradigma del contraddittorio».

⁸ Si veda, *ex pluribus*, Corte eur. dir. uomo, Isgrò c. Italia, 19 febbraio 1991, § 34. Per una rassegna delle ipotesi in cui la Corte europea ha bilanciato il principio del contraddittorio con altri valori potenzialmente in conflitto, si rinvia a S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., 99; C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1448 e s.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, Milano, 2000, 57.

⁹ Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 41; Id., 26 aprile 1991, Asch c. Austria, § 27; Id., 15 giugno 1992, Lüdi c. Svizzera, § 47; Id., 20 settembre 1993, Saïdi c. Francia, § 43; Id., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, § 25; Id., 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, § 88; Id., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, § 54; Id., 20 aprile 2006, Carta c. Italia, § 48; Id., 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia, § 58.

¹⁰ Sottolinea «l'elasticità» della nozione, C. GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 277.

¹¹ V., per giustificati rilievi, C. CESARI, *Prova irripetibile*, cit., 1450 s.

so dal dichiarante»¹². Chiarita la prospettiva concettuale all'interno della quale ci troviamo, si comprende il riferimento alla possibilità per la difesa di fronteggiare il testimone d'accusa *anche successivamente* al momento in cui ha reso la deposizione. Quando è «differito», il confronto non investe il momento genetico della prova (a differenza di quanto esige il “nostro” art. 111 comma 4 Cost.) e – sul piano degli effetti – produce una sorta di sanatoria rispetto al *deficit* dialettico che affligge l'elemento unilateralmente formato: è stato inserito nel «circuito del contraddittorio»¹³ ed è quanto basta per spenderlo come prova “piena”¹⁴.

Qualora l'imputato non abbia avuto nessuna possibilità di interrogare il dichiarante, in nessuna fase del procedimento, viene in gioco la seconda compensazione: il ruolo marginale della conoscenza nel quadro probatorio circoscrive l'effetto pregiudizievole che la deposizione viziata esercita sui diritti della difesa e ne legittima l'impiego a fini decisorii. Il dato spurio non viene espunto, ma “trattato con cautela”¹⁵.

¹² Così C. CESARI, *Prova irripetibile*, cit., 1451.

¹³ G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole*, cit., 135 s.

¹⁴ Tale approccio mostra più di qualche assonanza con il regime di “ripescaggio” degli atti d'indagine stabilito dalla disciplina delle contestazioni nell'esame testimoniale ex art. 500, co. 3 e co. 4 e co. 5 c.p.p., nella versione precedente alla riforma intervenuta con la legge 1° marzo 2001, n. 63. Esemplificativa, in questo senso, Corte eur. dir. uomo, 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta: il giudice europeo reputa conforme al dettato convenzionale l'utilizzo decisivo di dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da un testimone che le abbia successivamente ritratte in dibattimento, nella misura in cui, in questa sede, la difesa abbia modo di contestarne il contenuto. Anche se l'accusato non ha partecipato alla formazione della prova, ha però potuto mettere in dubbio la credibilità del dichiarante. Unico temperamento: l'obbligo per il giudice di motivare adeguatamente l'uso del contributo testimoniale unilateralmente assunto, anziché di quello dialetticamente emerso.

La dottrina ha correttamente rilevato come i limiti alla piena utilizzabilità delle contestazioni, (re)introdotti dalla riforma sul giusto processo, rappresentano una delle espressioni più significative dei criteri più stringenti imposti dal novellato art. 111 Cost. rispetto all'art. 6 C.e.d.u. in materia di tutela del contraddittorio (A. SACCUCCI, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti umani sulle regole di formazione e valutazione della prova*, in *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2000, 304, nota n. 32).

¹⁵ V. F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. al fasc. 12, 129, nota n. 10.

Tale approccio si colloca agli antipodi rispetto alla nostra impostazione in materia, imperniata su una netta distinzione tra regole di esclusione (che predeterminano in astratto gli elementi legittimamente acquisibili) e regole di valutazione (che guidano il giudice nell'attribuzione di valore agli elementi probatori). Nel diritto interno, l'assenza di contraddittorio per lo più impedisce alla prova “debole” di confluire nel materiale consultabile dal giudice: qualora siano malferme le premesse (la dichiarazione assunta fuori dal contraddittorio è intrinsecamente inaffidabile), non si può rimediare incidendo sul momento valutativo; la conoscenza si arresta a questo primo e radicale filtro. Nell'intento di fotografare l'impostazione accolta in sede europea, A. SACCUCCI (*L'incidenza della convenzione europea*, cit., p. 308) propone, come chiave di lettura, proprio la mancata differenziazione tra piano dell'ammissibilità e

Tale impostazione obbedisce ad una logica ben definita: la “logica del bilanciamento”, che – autentico *fil rouge* dell’elaborazione giurisprudenziale in materia – aspira ad individuare un punto di equilibrio tra le “esigenze della giustizia” e quelle di tutela del singolo¹⁶.

Ora, dire che la prova unilateralmente formata non può avere valore determinante ai fini dell’affermazione di colpevolezza equivale ad ammettere una deroga al principio per cui un processo “giusto” è solo quello nell’ambito del quale il *right to confrontation* non subisce alcuna compressione¹⁷; al tempo stesso – bisogna riconoscerlo – significa confinare l’eccezione entro un preciso limite, al raggiungimento del quale l’interesse pubblicistico deve arrestarsi: quando l’elemento è decisivo, non esiste alcun *balancing test* convenzionalmente tollerabile.

Il difetto di contraddittorio, quindi, rileva, ma solo nella misura in cui abbia avuto un impatto significativo sull’equità del procedimento¹⁸.

3. Prove formate senza contraddittorio e regola del “grado determinante”

Utilizzabilità, dunque, ma a patto che non condizioni troppo l’affermazione di responsabilità dell’imputato. La regola è diventata un vero e proprio “catalizzatore”¹⁹ nella verifica della tenuta del principio del “giusto processo” a fronte dei pregiudizi sofferti dalla difesa. Di fatto, dal momento in cui il parametro valutativo ha fatto capolino nella giurisprudenza, l’attenzione dei giudici di Strasburgo si è concentrata in maniera sempre più insistente sul momento

piano della valutazione della prova; sulla stessa linea anche M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1008 s.

¹⁶ Si rinvia alla puntuale analisi svolta da M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, 4, 851 s.

¹⁷ J.R. SPENCER, *Hearsay evidence*, cit., 48, definisce il *right to confrontation* «as just one ingredient in his right to a “fair trial”, the absence of which can be made good by corroborating evidence»; C. GABRIELLI, *Condanna fondata*, cit., 277, denuncia «l’elasticità che caratterizza la fisionomia del diritto al confronto», il quale non riveste carattere assoluto neanche se considerato nel suo «nucleo essenziale».

¹⁸ Bisogna avere riguardo, in sostanza, all’effettivo pregiudizio arrecato alla difesa nell’economia globale della causa. A. BALSAMO (*È necessario che le prove così acquisite non siano determinanti per la responsabilità*, in *Guida al diritto*, 2006, f. 21, 80) rileva che «ciò che conta non è la formale violazione del diritto al controesame, ma il risultato probatorio complessivo che scaturisce dall’istruttoria dibattimentale e che viene a fondare il convincimento del giudice».

¹⁹ La definizione è di C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, 256.

conclusivo del procedimento probatorio, all'interno del quale esso opera sprigionando una sorta di forza "catartica" rispetto alle deviazioni – di qualunque sorta – dallo "statuto" dei diritti dell'accusato predisposto dall'art. 6 C.e.d.u.²⁰. Alla resa dei conti, è questo il parametro che conta davvero²¹.

Ma il principio dell'utilizzabilità limitata, apparentemente limpido e lineare, è in realtà sfuggente.

La locuzione "prova unica" non solleva questioni interpretative: evoca un mezzo probatorio che – da solo – regge la condanna. Invece la formula "prova determinante" schiude impervi percorsi esegetici. Quello di "decisività", infatti, è un concetto di relazione, nel senso che, per coglierne il significato in concreto, occorre guardare e "pesare" gli altri elementi disponibili a sostegno dell'accusa. I nodi da sciogliere sono molti e si implicano e complicano a vicenda.

²⁰ Occorre anzi precisare che, in qualità di rimedio "polivalente", esso spiega i suoi effetti ben oltre l'orizzonte definito dall'art. 6 C.e.d.u. Si veda, in relazione a questo punto, S. ALLEGREZZA, *Violazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2007, 26, la quale osserva che, nei casi di violazioni di norme della Convenzione diverse dall'art. 6, il giudice europeo «opera un duplice esame circa l'operato degli organi statali»: anzi tutto, accerta la violazione della «garanzia "primaria", ad esempio il rispetto della vita privata tutelata dall'art. 8 C.e.d.u.; solo in un secondo momento, constatata la violazione, la Corte esamina il peso che quella prova ha avuto nel processo». Se riscontra un impiego "determinante", censura lo Stato anche sotto il profilo del diritto ad un equo processo. Si veda anche A. TAMIETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. c. regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2002, 1830 s.

²¹ V. C. CESARI, *Prova irripetibile*, cit., 1459, agli occhi della quale «verificatasi l'evenienza dell'acquisizione di elementi non corroborati dal vaglio difensivo [...] l'equità della procedura finisce col risiedere solo in una loro ridotta utilizzabilità, che ne escluda il peso decisivo per la condanna»; l'opinione è condivisa da: S. LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., p. 354; S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1706; A. TAMIETTI, *Il diritto a interrogare i testimoni a carico*, cit., 2992.

Si riporta, a titolo esemplificativo, un elenco di pronunce che misurano l'equità del procedimento applicando questa regola di valutazione. Da una parte, la Corte respinge le doglianze mosse ai sensi dell'art. 6 § 3 lett. d) C.e.d.u. nei casi in cui il contributo della fonte di prova mai sottoposta a confronto non risulti decisivo: Corte eur. dir. uomo, 12 aprile 2007, Martelli c. Italia; Id., 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia, §§ 107-114; Id., 8 febbraio 2007, Kollaku c. Italia, §§ 69-72; Id., 8 dicembre 2009, Previti c. Italia, §§ 223-225. Dall'altra, condanna gli Stati membri, qualora per l'affermazione di colpevolezza sia stata determinante una deposizione assunta in violazione del contraddittorio: Corte eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, §§ 88-94; Id., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, §§ 59-61; Id., 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia, §§ 39-43. Questo doppio filone di pronunce – che obbedisce alle equazioni: dichiarazione viziata decisiva = iniquità della procedura / dichiarazione viziata non decisiva = equità della procedura – rappresenta le due facce della stessa medaglia, costituita dal carattere risolutivo del criterio di valutazione ai fini dell'accertamento del rispetto del canone del giusto processo.

Innanzitutto, come valutare l'impatto sull'equità del procedimento di una dichiarazione testimoniale? All'interprete si offre un ventaglio di possibilità che va dall'estremo teorico rappresentato dalla "prova di resistenza" a quello della "lettura congiunta".

Il primo approccio – più rigoroso – impone al giudice europeo di svolgere un ragionamento ipotetico consistente nell'espungere dal panorama conoscitivo il mezzo viziato e nel saggiare la tenuta dell'accusa in seguito alla rimodulazione della base probatoria; se il materiale superstite riesce a provare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, ciò che è stato sottratto ha, giocoforza, un rilievo marginale: ecco raggiunta la diagnosi di "non decisività". Viceversa, se la tesi accusatoria frana, non si può che inferire il carattere determinante del dato espunto²².

La dottrina, nello sforzo di contenere il parametro di valutazione all'interno di confini ben definiti, propende per questa esegesi, ritenuta maggiormente conforme allo spirito della Convenzione («che impone di garantire diritti concreti ed effettivi, non meramente teorici ed illusori»²³) e suscettibile di imprimere alla formula un significato «univoco e trasparente»²⁴.

La giurisprudenza, invece, adotta la linea della "lettura congiunta", la quale implica una concezione della decisività più sfumata, complessa e malleabile: non si tratta più di eliminare virtualmente la prova, ma di considerarla unitamente alle altre risultanze disponibili²⁵. L'uso che se ne fa è equo quando ri-

²² Vedi, per tutti, A. TAMIETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 501.

Questa opzione ermeneutica evoca la "prova di resistenza" che, secondo parte della dottrina (v., per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 1145) e secondo la giurisprudenza prevalente (v., tra le molte, Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Mass. Uff.*, n. 216247) la Cassazione deve fare, nell'ambito dei ricorsi ex art. 606 lett. c), al fine di verificare se, espunta la prova invalida, gli altri elementi disponibili siano in grado di avvalorare, da soli, la ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di merito. Tale operazione, negando l'automatico annullamento della sentenza qualora una prova illegittima venga utilizzata (sono di questa opinione, invece, A. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 1486; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Milano, 1992, 280; P. RENON, *Difetto di motivazione e disciplina transitoria dell'art. 513 c.p.p.: ancora un caso di confusione tra utilizzazione e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 1998, 3057), valorizza un'esigenza di tipo economico.

²³ In questi termini si esprime A. TAMIETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni*, cit., 509. Cfr. inoltre ID., *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico*, cit., 2992; P. SILVESTRI, *Teste irreperibile e valutazione delle dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p.*, in *Cass., pen.*, 2011, 1, 293-294; S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 297.

²⁴ C. GABRIELLI, *Condanna fondata*, cit., 278.

²⁵ Si rinvia a Corte eur. dir. uomo, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, § 57. In dottrina, vedi A. BALSAMO, *"Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione e della Corte Suprema del Regno Unito*, in *Cass. pen.*,

corrono due condizioni: l'esistenza di elementi di riscontro ed il preponderante valore dimostrativo degli stessi nell'economia globale della causa²⁶.

Questa opzione ermeneutica meno stringente attribuisce grande discrezionalità al giudice europeo; e ciò determina il sorgere di significative incongruenze sul piano applicativo. Spesso, infatti, la Corte sembra accontentarsi della semplice presenza di emergenze ulteriori, senza prestare particolare attenzione all'incidenza da queste assunta nella formazione del convincimento²⁷. Esemplificativa di questa "deriva" la decisione *Artner c. Austria* (§ 23): il giudice di Strasburgo esclude che la condanna violi l'art. 6 C.e.d.u. perché gli elementi prodotti a sostegno delle dichiarazioni del testimone assente «*could nevertheless [...] help the judges to form their opinion*». Sulla stessa linea anche le motivazioni spese nell'ambito della sentenza riguardante il caso *Bracci c. Italia* (§57): alle dichiarazioni della vittima mai interrogata «*s'y ajoutèrent*» una serie di altri elementi (precisamente: la testimonianza dell'agente di polizia che aveva soccorso la vittima, la similitudine tra la vettura descritta dalla donna e quella condotta dall'imputato ed il sequestro di un coltello all'interno di tale veicolo)²⁸.

Non solo. Imboccando la strada della "lettura congiunta", incontriamo ulteriori profili critici: la natura dei riscontri (tutti gli elementi di prova possono essere utilmente impiegati a tal fine o solo alcuni? Quali caratteristiche devono avere?) ed il loro oggetto (cosa sono chiamati a corroborare?). Sulla prima

2011, 4506.

²⁶ Cfr. A. BALSAMO, *È necessario che le prove così acquisite*, cit., 80; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 142; S. MAFFEI, *Prove d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti"*, cit., p. 2847; A. TAMIETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni*, cit., 509-510; G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in ID., *Argomenti*, cit., 212-213; M. VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., 856.

²⁷ Osserva C. GABRIELLI, *Condanna fondata*, cit., 278, che «non è ancora chiaro se, per i giudici europei, a salvaguardare l'equità complessiva del procedimento basti rinvenire in motivazione la formale menzione di [altri] elementi di prova [...] ovvero se [...] sia imprescindibile apprezzare in concreto il peso specifico dei predetti riscontri nel ragionamento sotteso alla condanna»; *contra* R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3122, per la quale il giudice europeo non omette mai di verificarne il valore probatorio.

²⁸ Ci si limita a segnalare, senza che sia possibile in questa sede entrare nel merito della questione, un ulteriore nodo problematico: la dottrina ha avanzato il sospetto che, nel compiere le sue verifiche, il giudice europeo aggiri il divieto di diretta valutazione delle prove (v. Corte eur. dir. uomo, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, § 51: «*Il ne lui incombe donc pas d'établir si les affirmations des témoins à charge étaient crédibles et suffisantes pour prononcer une condamnation*»; Id., 2 luglio 2002, S.N. c. Svezia, § 44: «*It is for the national courts to assess the evidence before them*»). Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte da S. TRECHSEL, *Human rights*, cit., p. 298, il quale sostiene che «*in conducting such examination, the Court inevitable makes its own assessment of the whole evidence and thereby strays into "forbidden territory"*».

questione, si registra un approccio non univoco da parte della giurisprudenza. Da un filone di pronunce che aderiscono ad un orientamento più rigoroso²⁹ trapela l'esigenza di compiere una selezione degli elementi di prova, che tenga conto dell'autonomia e della formazione dialogica degli stessi: rilevano solo quelli che non stanno in rapporto di dipendenza con le dichiarazioni "incriminate" (il teste indiretto non può convalidare quanto affermato dalla fonte di prima mano non esaminata³⁰) e che non patiscono gli stessi "vizi da mancanza di contraddittorio" (è esclusa la *mutual corroboration* tra contributi di due testimoni assenti³¹). In altri casi, tuttavia, la Corte si mostra più tollerante e conferisce la patente di riscontro a risultanze che, alla luce dell'orientamento più stringente, tale veste non assumerebbero³². L'applicazione "ad intermitenza" di criteri ed opzioni ermeneutiche determina un'instabilità di sistema: per casi significativamente simili, è possibile giungere a soluzioni opposte³³.

Un ultimo profilo di indeterminatezza coinvolge l'oggetto della *corroboration*. Anche su questo punto, le variabili sono più d'una: la deposizione non sottoposta al vaglio difensivo potrebbe considerarsi pienamente utilizzabile solo ove risultino avvalorate le circostanze in essa contenute (accezione "radicale"), ma potrebbe anche bastare una conferma più generica del quadro d'accusa (accezione "moderata"); o magari una corroborazione meramente soggettiva, che tocchi, cioè, solo l'attendibilità del dichiarante.

Cercando di tirare le fila del ragionamento, la diagnosi è la seguente: l'intrinseca ambiguità della formula "prova decisiva", unita al tipico modo di giudicare *case by case* della Corte, comporta l'estrema difficoltà di costruire la teoria della *corroboration* su basi solide³⁴. Le linee guida in materia, in balia delle "circostanze del caso concreto", capaci di mettere costantemente in discussione le determinazioni precedenti, si affievoliscono e perdono autorevolezza.

4. Istanze di flessibilizzazione

²⁹ V. Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, Unterperthinger c. Austria, § 33.

³⁰ V. Corte eur. dir. uomo, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia, §§ 40-42.

³¹ V. Corte eur. dir. uomo, 19 dicembre 1990, Delta c. Francia, § 37.

³² V. Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, Asch c. Austria, § 30. In questo caso, la testimonianza *de relato* dell'agente di polizia che aveva raccolto le dichiarazioni della vittima è stata ritenuta un valido riscontro.

³³ S. LONATI (*Il diritto dell'accusato*, cit. p. 262 s.) e S. MAFFEI (*Prova d'accusa e dichiarazioni di "testimoni assenti"*, cit., 2846) denunciano il carattere eccessivamente sfocato degli indirizzi abbracciati dalla Corte.

³⁴ Si vedano, per ulteriori considerazioni, C. GABRIELLI, *Condanna fondata*, cit., 277-278; S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti"*, cit., 2846.

Su questo quadro interviene la pronuncia in esame. Ma, per comprendere appieno le ragioni ed il significato dell'approdo raggiunto dalla sentenza odierna, serve un dato ulteriore: occorre dar conto del contrasto tra Corte dei diritti umani e Corte Suprema britannica in materia di gestione del sapere del testimone assente.

In seguito alla condanna al Regno Unito pronunciata nel 2009 dalla camera singola per le sentenze Al-Khawaja e Tahery, la *Supreme Court* mostra segnali di "insofferenza" nei confronti del criterio del "grado determinante"; investita pochi mesi dopo di una questione analoga³⁵, contesta l'approccio di Strasburgo e sostiene che il dovere di tenere conto³⁶ della giurisprudenza europea non esclude che il giudice nazionale, in alcune specifiche ipotesi, se ne possa discostare³⁷.

Tre anni dopo, dinnanzi alla *Grand Chamber*, il Governo inglese fa proprie le conclusioni raggiunte dalla Corte Suprema nel caso *Horncastle* e invita il giudice europeo a considerare il carattere decisivo della prova unilateralmente assunta non come indice automatico d'una lesione del giusto processo, bensì come un fattore che, accanto ad altri, deve essere preso in considerazione nel valutare se l'equità del procedimento sia stata compromessa.

Gli argomenti a sostegno della tesi sono: da una parte, il fatto che le garanzie

³⁵ Si tratta del caso *R. c. Horncastle e altri*, 2009 (in www.supremecourt.gov.uk), nel quale gli imputati erano stati condannati sulla base di dichiarazioni rese da vittime che non si erano sottoposte all'esame dibattimentale per ragioni riconducibili alla *section 116* del *Criminal Justice Act* del 2003 (morte, stato di timore, ecc.).

³⁶ L'atteggiamento "protezionistico" delle corti inglesi, preoccupate di arginare la discrezionalità del giudice di Strasburgo, trova conforto nella *section 2* (1) lett. a) *Human rights Act*, che prescrive al giudice interno di «prendere in considerazione» («*must take into account*») le decisioni della Corte rilevanti per il caso concreto. Tale espressione non viene interpretata alla stregua della regola del precedente vincolante, bensì come indicatore di un vincolo giuridico meno stringente. Si veda, in proposito, R. MASTERMAN, *Aspiration or foundation? The status of the Strasbourg jurisprudence and the "Convention rights" in domestic law*, in *Judicial reasoning under the UK Human Rights Act*, a cura di H. Fenwick-G. Phillipson, R. Masterman, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 57 s.

³⁷ In Italia, gli indirizzi giurisprudenziali più autorevoli sono, sotto questo profilo, capovolti. La Cassazione (Sez. Un., 25 novembre 2010, De Francesco, in *Mass. UII*, n. 250917) in merito ad un ricorso che aveva lamentato, tra le altre cose, la violazione della normativa convenzionale per il fatto che la condanna si era fondata in misura determinante su dichiarazioni sottratte al contraddittorio, ha sostenuto la necessità di dare – sempre e comunque – alla disciplina interna «una interpretazione [...] che l[la] renda conform[e] alla norma della C.e.d.u.». Per un'attenta analisi delle implicazioni sistematiche derivanti da un'interpretazione conforme *ad ogni costo*, si rinvia a M.L. Busetto, *Il contraddittorio nella formazione della prova: tendenze interpretative a proposito di contestazioni e letture dibattimentali*, in *Quaderni del dipartimento*, n. 105, Alcione, Trento, 2012, p. 51 s., il quale ravvisa, tra le pieghe della motivazione della Suprema Corte, affermazioni addirittura eversive del precetto costituzionale racchiuso nell'art. 111, co. 4, Cost.

del sistema anglosassone sarebbero in grado di assicurare in maniera esaustiva i diritti dell'accusato nelle ipotesi in cui dichiarazioni unilateralmente assunte fossero utilizzate (in particolare, si fa riferimento ai rigorosi presupposti di ammissione; al dovere, imposto al giudice del dibattimento, di escludere le prove che, sulla base di un giudizio prognostico, potrebbero pregiudicare la *fairness* processuale; agli ammonimenti da dare alla giuria al momento del *summing up*, affinché questa sia messa nella condizione di cogliere le criticità connesse alla mancata formazione dialettica della prova); dall'altra, l'irragionevolezza della presunzione assoluta di inattendibilità delle dichiarazioni assunte fuori dal contraddittorio, che potrebbe portare all'esclusione arbitraria di una prova affidabile³⁸. Inoltre, attenzione viene rivolta all'eccessiva indeterminatezza del concetto di "prova decisiva", il cui esatto significato – si lamenta – non sarebbe mai stato chiarito, causando serie difficoltà in sede di applicazione pratica.

Le obiezioni avanzate dal Governo britannico vengono quasi tutte respinte dalla Grande Camera, la quale conferma la bontà della regola, sotto il profilo sia del principio su cui si fonda³⁹ che della chiarezza del significato da attribuire alla nozione di decisività⁴⁰; una, però, fa breccia: il giudice di Strasburgo riconosce che sarebbe sbagliato non considerare le specificità afferenti ai sistemi processuali dei diversi Paesi membri – specialmente in materia di diritto delle prove – nel valutare la complessiva equità del procedimento⁴¹. Emerge, quindi, un'esigenza di differenziazione, calibrata sul coefficiente di tutela che le differenti discipline interne assicurano. Di qui, l'opportunità di stemperare il canone della "utilizzabilità limitata", in linea con la logica sfumata che appartiene all'orizzonte europeo, refrattario a regole troppo rigide che non siano capaci, in sede applicativa, «di flettersi per tenere in considerazione le

³⁸ Il Governo sostiene che «*sole or decisive hearsay might be perfectly reliable and cross-examination might add little or nothing to the assessment of its reliability. The rule could produce arbitrary results; it could operate to exclude evidence simply because it was important, irrespective of its reliability or cogency*» (§ 96). La regola è insomma accusata di generare un paradosso: il giudice può tenere conto della prova se offre un contributo marginale all'impianto accusatorio, non può farlo se è decisiva; più la prova pesa, meno può essere presa in considerazione.

³⁹ Secondo la Corte, maggiore è il potenziale pregiudizio per i diritti della difesa e maggiore sarà, conseguentemente, l'esigenza di misure che assicurino la possibilità di testare l'attendibilità della prova stessa.

⁴⁰ Su questo punto, le repliche del giudice europeo sono – per la verità – piuttosto deboli. Si sostiene che "decisiva" indica qualcosa di più che "probante": è tale la prova «*of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case*» (§ 131). In sostanza, poco più di una tautologia.

⁴¹ Nell'affermare ciò, prende le distanze da quanto sostenuto in precedenza: v. Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia, § 40.

sfumature e le esigenze, per molti versi irripetibili, del caso concreto»⁴². Al termine di questa ricognizione sui principi generali che governano, in generale, il metodo di tutela dei diritti umani, arriva – coerente – la conclusione: la dichiarazione decisiva mai sottoposta al confronto non determina automaticamente una violazione della Convenzione; semplicemente, la Corte dovrà compiere un esame più scrupoloso, per valutare se siano state attivate adeguate misure di bilanciamento («*strong procedural safeguards*»)⁴³.

La Gran Camera, dopo aver appurato che, nei casi sottoposti al suo esame, le dichiarazioni unilateralmente rese avevano giocato un ruolo determinante per l'affermazione di colpevolezza, si preoccupa, sulla scorta della nuova affermazione di principio, di verificare la consistenza delle garanzie procedurali inglesi e di controllare se, ed in quale misura, esse siano state applicate in concreto⁴⁴. All'esito di questa "valutazione complessa", conclude che i contrappesi disciplinati negli *Acts* del 1984, 1988 e del 2003, in aggiunta a quelli veicolati dal diritto di *common law*⁴⁵, sono «*in principle*» suscettibili di tutelare l'equità del procedimento e che essi hanno trovato corretta e piena attuazione nei casi di specie. Tuttavia, il ragionamento sfocia in soluzioni non coincidenti: la condanna del sig. Al-Khawaja viene considerata convenzionalmente equa; quella del sig. Tahery, no.

È un'incongruenza? Cosa distingue i due casi?

⁴² Così M. VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., 860.

⁴³ In questo modo la Corte, accogliendo le istanze avanzate dal Regno Unito, ha sottolineato l'importanza di un dialogo tra giudice europeo e giudici nazionali (v. la *concurring opinion* del giudice Bratza) e - rileva la dottrina - ha evitato di entrare in conflitto con la *Supreme Court* inglese in ordine alle deroghe introdotte alla *rule against hearsay*. Si vedano I. DENNIS, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, Commentary*, in *The Criminal Law Review*, 2012, 376; F. ZACCHE, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁴ L'analisi consta, dunque, di due passaggi successivi: il primo volto a saggiare la capacità della disciplina interna di assicurare che, nei casi di assenza del testimone, la *fairness* processuale sia salvaguardata; il secondo, consistente nel valutare se quelle garanzie - in astratto sufficienti - siano state applicate correttamente.

⁴⁵ In particolare, la Corte menziona, quali misure adeguate a soddisfare le esigenze difensive: a) gli stringenti presupposti a cui è subordinato il recupero delle conoscenze pre-dibattimentali; b) il divieto di cumulo dello *status* di testimone assente ed anonimo; c) l'obbligo per il giudice del dibattimento di fare una prognosi circa l'impatto che la prova potrebbe avere in termini di pregiudizio per la difesa, andando ad escludere quella dichiarazione la cui ammissione porterebbe più svantaggi che vantaggi (in termini di equità del procedimento); d) l'obbligo di arrestare il procedimento nel caso in cui ci si accorga che esso si regge unicamente o in misura determinante su una fonte probatoria talmente poco convincente che, considerata la sua rilevanza, un'eventuale condanna sarebbe ingiusta; e) la necessità che la giuria venga messa in guardia circa i rischi connessi all'affidamento su una prova estranea al contraddittorio.

5. *Overruling*: cambiamenti in atto ed in potenza

Bisogna prestare attenzione a un dato: nella valutazione delle ricadute pregiudizievoli che l'impiego decisivo di prove "viziate" ha sui diritti della difesa, l'affidabilità delle conoscenze conta molto⁴⁶. In altre parole, nel sistema dei contrappesi che possono venire in rilievo, assumono un ruolo peculiare quelli suscettibili di attestare l'attendibilità dell'informazione. Insomma: secondo la Corte, tutto sta nel verificare che sia stato utilizzato un contributo «*sufficiently reliable given its importance in the case*»; se la verifica è positiva, la condanna risulta equa.

Ecco spiegata, allora, l'apparente incoerenza degli "esiti difformi". In un caso la veridicità della dichiarazione della persona offesa mai interrogata dalla difesa era stata riscontrata da una serie di dati (la circostanza che la vittima si fosse subito confidata con due amici, i quali erano poi stati sottoposti al controesame in dibattimento; le forti somiglianze con le accuse mosse dall'altra denunciante⁴⁷; la mancanza di collusione tra le due donne); nell'altro, viceversa, non esisteva alcun elemento utile a confermare la deposizione dell'unico testimone oculare.

E così, il discorso torna a gravitare attorno al tema dei riscontri. Viene allora da chiedersi quale sia la portata innovativa della pronuncia; in effetti, la regola del "grado determinante" assicurava già la compatibilità convenzionale dell'utilizzazione di dichiarazioni unilateralmente assunte sulla base della presenza di «*corroborative evidence*»⁴⁸.

Vero è che una lettura ortodossa di quel criterio imponeva qualcosa di più: non solo l'esistenza di ulteriori emergenze probatorie, ma anche il peso decisivo di queste nel quadro d'insieme. Ma, alla luce delle "disinvolture esegetiche" di cui si è detto⁴⁹, lo *standard* di tutela dei diritti della difesa assicurato fino a ieri, sulla base di un parametro che aveva perso, di fatto, il rigore originario, è sostanzialmente sovrapponibile a quello veicolato oggi dal nuovo o-

⁴⁶ V., per analoghi rilievi, R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti*, cit., 3127.

⁴⁷ Secondo R. CASIRAGHI (*Testimoni assenti*, cit., p. 3129) il giudice di Strasburgo, laddove include, fra gli elementi di conferma, la testimonianza della seconda vittima, oblitera la presunzione d'innocenza: «se nello svolgere le loro funzioni gli organi giudicanti non devono partire dall'idea preconcepita che l'imputato abbia commesso il reato per cui lo si persegue, né la persuasività di tale deposizione né la conseguente dichiarazione di colpevolezza in ordine al reato a cui si riferisce apportano elementi idonei a concorrere [...] alla conferma di simile tesi accusatoria contenuta nell'altro capo di imputazione».

⁴⁸ «*The return of corroboration?*», si chiede I. DENNIS, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, cit., 377.

⁴⁹ V. *supra*, § 3.

rientamento della Corte⁵⁰.

Posta la questione in questi termini, la novità sembra minuta: la *corroboration* rappresenta ancora la chiave di volta per un utilizzo convenzionalmente compatibile del sapere del testimone assente. È vero, cambia l'inquadramento teorico: prima della sentenza in esame, gli ulteriori elementi di prova erano funzionali alla valutazione di non decisività delle dichiarazioni incriminate, con conseguente utilizzazione "equa" di queste ai fini della decisione; ora, invece, vengono in rilievo come garanzie procedurali che consentono di formulare un giudizio di attendibilità della prova: un giudizio che, a sua volta, rende l'impiego della *untested statement* in linea con il canone del giusto processo veicolato dall'art. 6 C.e.d.u.

Tuttavia, se si adotta una prospettiva di più ampio respiro, che coinvolga gli scenari futuri, l'impressione che tutto sia rimasto come prima vacilla. Al di là della rilevanza che hanno avuto nella soluzione delle fattispecie concrete, non è più *solo* una questione di riscontri. L'«*overall examination*», che segna il "nuovo corso" della giurisprudenza europea, prende in considerazione – in veste di misure di bilanciamento rispetto al mancato rispetto della *confrontation clause* – tutte le garanzie che la disciplina interna offre. L'approdo è rappresentato da un approccio globale e multicriteriale, che mescola (e confonde) fattori non omogenei: presupposti di ammissione della dichiarazione del testimone assente, valutazione del comportamento tenuto dalle autorità statali nel corso dell'*iter* processuale e non meglio specificati «altri elementi del caso concreto» (tra i quali vanno annoverati indubbiamente i riscontri). La Corte potrebbe continuare a ragionare in termini di *corroboration*, come ha fatto in questa occasione, e perpetuare così le logiche precedenti l'*overruling*; ma potrebbe anche seguire criteri di giudizio inediti, sfruttando le "potenzialità" offerte dal nuovo *modus operandi*. La sensazione è che in questo caso si sia preferito adottare una soluzione di continuità, facendo leva, al momento di verificare la consistenza delle contromisure a vantaggio della difesa, sulla presenza di elementi di conferma della dichiarazione acquisita in difetto di contraddittorio; ciò non significa, tuttavia, che un domani il giudizio sulla compa-

⁵⁰ Certo, nella "prima" sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito (quella del 2009; sopra, nota n. 3) la condanna del medico Al-Khawaja è stata considerata lesiva del canone dell'equo processo, mentre oggi quella stessa decisione ha superato il vaglio di compatibilità convenzionale. Ma il cambiamento del giudizio è dipeso da apprezzamenti riconducibili alla logica della *corroboration* (se così non fosse, il rovesciamento del verdetto avrebbe riguardato anche il caso Tahery); non solo, alla medesima soluzione si sarebbe potuti giungere anche nel 2009: sarebbe bastato seguire una interpretazione poco stringente (piuttosto in voga, come abbiamo visto) della regola del "grado determinante".

tibilità convenzionale dell'utilizzo di prove sottratte al confronto antagonistico non possa "virare" verso altri «*counterbalancing factors*» ed assumere una fisionomia del tutto differente.

6. Mine vaganti

Come rilevato nella pungente *dissenting opinion* dai giudici Sajó e Karakaş, il nodo centrale della questione aperta dalla pronuncia in esame è la misura in cui il concetto di equo processo possa assorbire le singole garanzie accordate dall'art. 6 C.e.d.u.

La regola del "grado determinante" era già un'eccezione al principio per cui un processo *équitable* è quello nel quale il diritto al confronto trova piena cittadinanza⁵¹; oggi, ci troviamo di fronte ad una sorta di "eccezione al quadrato". L'odierno *overruling*, infatti, porta la logica del bilanciamento alle estreme conseguenze: cade la soglia minima al di sotto della quale i diritti della difesa non possono cedere il passo ad interessi concorrenti; di fatto si può validamente fare a meno del contraddittorio, anche se l'elemento "viziato" ha importanza capitale per l'esito della causa. Come contropartita, si richiedono salvaguardie procedurali che compensino, nella misura maggiore possibile, le *chances* difensive precluse. Possono venire in considerazione: la maniera in cui le garanzie legali sono state applicate, le possibilità offerte all'imputato per far fronte agli ostacoli con i quali si è dovuto confrontare, il modo in cui il giudice ha condotto il procedimento nel suo insieme, e così via. La Corte non predispone alcun catalogo (né, tantomeno, una gerarchia) dei «*counterbalancing factors*» in astratto reperibili, in modo da poter avere il più ampio margine di manovra nella valutazione concreta delle circostanze del caso. Il precipitato della nuova impostazione – in termini di annacquamento della garanzia convenzionale e di incremento della indeterminatezza delle valutazioni del giudice europeo – è agevolmente intuibile⁵².

In questa prospettiva, poco importa che, nel caso di specie, in rapporto di continuità con il passato, il tema dei riscontri abbia inciso in misura significativa sulle determinazioni del giudice europeo⁵³. Il principio affermato nella

⁵¹ Si rinvia a quanto osservato *supra*, § 2.

⁵² Secondo l'opinione dissenziente, ammesso e non concesso che, in questa maniera, un equilibrio possa venire raggiunto, si tratterà di un equilibrio discutibile, perché ottenuto al prezzo del sacrificio di un diritto espressamente sancito dalla Convenzione («*even where [the fairness of the trial is achieved], it will remain a questionable achievement, as it comes at the price of sacrificing an expressly granted Convention right*»).

⁵³ Cfr. *supra*, § 5.

sentenza, infatti, apre la strada a forme diverse di verifica dell'affidabilità del contributo del testimone assente: l'attenzione che la Corte ritiene opportuno riservare alla "qualità" delle discipline interne sull'ammissione della prova accende un faro sulle potenzialità cognitive ascrivibili ai presupposti che governano il recupero dibattimentale di dichiarazioni risalenti alle fasi preliminari. Questi, se individuati in maniera ragionevole e stringente, potrebbero aggiungere qualcosa, in termini di credibilità della fonte e di attendibilità del contenuto⁵⁴; si pensi all'ipotesi del testimone sottoposto ad intimidazione: la provata condotta illecita è un fatto processuale che potrebbe suffragare la veridicità delle dichiarazioni rese in precedenza⁵⁵. Ancora: potrebbero trarsi argomenti da considerazioni riguardanti la provenienza soggettiva dell'informazione, come pure il contesto nel quale il contributo è stato reso. Nel complesso, si aprono scenari poco rassicuranti, che vedono i diritti dell'accusato appesi al sottile filo dell'affidabilità *prima facie* della prova.

Il quadro non è ancora completo: manca un tassello, quello che solleva le preoccupazioni più significative. La Gran Camera, fra le «*strong procedural safeguards*» capaci di rimediare alla lesione del contraddittorio, annovera la possibilità per l'accusato di dare la propria versione dei fatti e quella di chiamare a deporre testimoni a discarico. La considerazione genera molte perplessità in ordine alla tutela del diritto al silenzio e al rispetto dell'onere della prova, svelando un orizzonte nel quale le scelte difensive possono agire *contra reum*. Dire che l'imputato può difendersi dalla dichiarazione accusatoria opponendo la propria diversa ricostruzione dei fatti significa forzare il suo diritto a rimanere in silenzio. Il riferimento alla possibilità di citare testimoni a discarico, poi, rovescia la regola per cui è onere dell'accusatore raccogliere elementi su cui costruire l'imputazione; al suo posto s'introduce un principio secondo il quale la tesi accusatoria (basata su un elemento "debole") si rafforza perché non è stata fornita la controprova. L'irresistibilità delle prospet-

⁵⁴ Si rinvia alla approfondita analisi svolta da G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del). II) Diritto processuale penale*, in *Enc.giur.*, vol. IX, Treccani, Roma, Agg. 2001, 8 s., in merito al fondamento epistemologico delle eccezioni al contraddittorio previste nel nostro sistema costituzionale.

⁵⁵ La tesi, tuttavia, non è pacifica: la violenza o la minaccia perpetrate da un imputato potrebbero anche essere rivolte ad un testimone che ha reso in precedenza dichiarazioni accusatorie false. Sul tema si possono vedere: M.L. BUSETTO, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, in particolare a 63 s.; V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 comma 4*, in *Cass. pen.*, 2005, 3840; R. ORLANDI, *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in, *Eccezioni al contraddittorio*, cit., p. 365-366; F. SIRACUSANO, *Contestazione 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, 2614.

zioni dell'accusa sembra derivare dalla mancata attivazione dell'imputato: una scelta difensiva legittima, che non dovrebbe produrre effetti in suo danno.

Un ultimo rilievo critico. Le difficoltà non riguardano soltanto il contenuto e la tipologia delle misure di bilanciamento individuate dal giudice europeo, ma anche il modo in cui sono state applicate. I giudici dissenzienti hanno correttamente osservato che una tutela efficace dei diritti della difesa si può avere soltanto con il rigoroso rispetto delle garanzie procedurali che, nell'ambito del nuovo *modus operandi*, di quei diritti sono il baluardo estremo. Ma, anche sotto questo profilo, la pronuncia si rivela debole. Nella vicenda Al-Khawaja, infatti, la Corte riconosce che l'avviso dato dal giudice del dibattimento alla giuria, per metterla in guardia dai pericoli legati alla valutazione di elementi di prova carenti dal punto di vista dialettico, non era stato esaustivo; malgrado ciò, ritiene che i giurati avessero avuto comunque gli strumenti per compiere una valutazione accorta. La *defaillance*, calata nel contesto concreto, è probabilmente cosa di poco conto; dietro, però, s'intravede un'idea inquietante: il rispetto delle prescrizioni legali può essere scavalcato da valutazioni "sostanziali"; e questo, in un contesto in cui "tutto rileva" al fine di bilanciare i pregiudizi derivanti dalla mancanza di confronto con il testimone decisivo, amplifica la discrezionalità del giudice europeo e, di conseguenza, indebolisce ulteriormente la garanzia convenzionale⁵⁶.

Questa gigantesca libertà di manovra – riscontrata a tutti i livelli – assume un volto minaccioso se la si legge in combinazione con l'"interesse della giustizia": formula che solca insistentemente le righe della pronuncia e che viene annoverata tra i motivi che giustificano il recupero delle dichiarazioni pre-dibattimentali, essa presagisce la possibile perdita, da parte dell'art. 6 C.e.d.u., del proprio fuoco, nonché il probabile innescarsi di un meccanismo esplosivo, con imprevedibili effetti a cascata: oggi, in ragione di questa logica, si chiede di non applicare in maniera inflessibile la regola di valutazione che vieta di fondare la condanna su dichiarazioni formate fuori dal contraddittorio; domani, in nome dell'interesse al perseguimento dei reati, qualche altra garanzia potrebbe perdersi per strada.

⁵⁶ «The assurances [...] offered in the counterbalancing system [...] failed their first test»: così si esprimono i giudici dissenzienti.