

Capitolo 2

CONTRADDITTORIO, IMMEDIATEZZA, ORALITA'

di CRISTIANA VALENTINI

SOMMARIO: **1.** Il processo penale come “fornitore” di verità – **2.** La prova e il processo, secondo il giudice italiano e secondo quello europeo – **3.** Contraddittorio: diritto a contraddire mediante prove a discarico – **4.** ...e diritto a contraddire mediante esame dei testimoni a carico: a) il teste irreperibile.– **5.** b) il testimone silente e quello che ritratta - **6.** Il giudice e la prova: oralità e immediatezza – **7.** Il peso (o il ruolo?) della prova: la prova determinante o decisiva – **8.** Conclusioni minime.

1. Il processo penale come “fornitore” di verità.

La storia, come al solito, s'interseca su se stessa, ripercorre tracce già note, conosce movimenti di arretramento e poi di luminoso sviluppo; la storia del processo penale più di ogni altra subisce questo periodico viaggio fatto di evoluzioni promettenti, seguite da involuzioni anche drammatiche, in un continuo itinerario di andata e ritorno.

I percorsi del processo penale di fatto sono segnati da istanti politici peculiari, recrudescenze di terrorismi interni e internazionali, fenomeni sociologici e ogni altra forma di manifestazione sociale che sia idonea a mutarsi in richiesta di intervento sanzionatorio.

Non si tratta certamente di una peculiarità italiana: è sufficiente riflettere sui numerosi interventi legislativi susseguitisi all'11 settembre 2001 all'interno dell'ordinamento statunitense, come in quello di molti Stati europei; ma il legislatore italiano è di certo incredibilmente propenso a legiferare sull'onda di fenomeni emergenziali, veri o dichiarati tali.

Suona perfino banale rievocare -nell'arco del tempo e rammentando senza pretese di completezza- le interpolazioni del codice Rocco occasionate dal fenomeno del terrorismo di matrice politica o gli interventi del 1992 sul codice vigente all'indomani delle stragi mafiose; passando, senza soluzione di continuità, per gli interventi dedicati al c.d. fenomeno del femminicidio, alla repressione della criminalità di matrice islamica, all'esigenza di combattere i fenomeni corruttivi nella

pubblica amministrazione, a quella di svuotare ricorrentemente le carceri; per finire –con una certa ironia- con i provvedimenti legislativi dedicati a recare sollievo al sovraccarico della giustizia penale.

Sono innumerevoli i problemi suscitati nella quotidiana gestione del processo da questa infinita serie di emergenze, ed è un paradosso nel paradosso notare come la dottrina ormai da decenni premetta ad ogni commento dedicato a riforme in atto o preannunciate, la condanna costante di siffatto *modus procedendi* del legislatore italiano, che non muta né con l'andar del tempo né con il succedersi dei governi¹.

D'altra parte, alla persistente superficialità di un legislatore che, per ovvi motivi, ama fungere da cassa di risonanza di emergenze vere o presunte, fa eco la semplificazione di senso prodotta nella giustizia penale dal dilagante strumento mediatico²: la pratica delle conferenze stampa dopo l'esecuzione di misure cautelari, la ricostruzione televisiva delle inchieste, l'additamento immediato dei colpevoli, la celebrazione del magistrato inquirente, etc., sono tutti fattori che contribuiscono ad indirizzare la percezione del processo penale e –peggio- lo stesso funzionamento del processo, esattamente verso quella riduzione di complessità che è tipica dello strumento mediatico³.

In un certo qual modo potremmo dire che il legislatore e il magistrato si muovono oggi su lunghezze d'onda analoghe, propensi come appaiono a scelte che privilegiano una logica d'apparenza.

Questo fenomeno –non nuovo, si ripete, e spesso additato dalla dottrina più consapevole⁴- inizia a costruire una nuova

¹ Tra i tanti, si veda PULITANO, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, p. 215, il quale sintetizza con una sola frase gli esiti del fenomeno: <<Le difficoltà intrinseche del problema penale.. nell'Italia di oggi sono aggravate da disfunzioni operative, da cadute di razionalità e di civiltà nella produzione legislativa, da umori diffusi nell'opinione pubblica e dalla loro recezione nel mondo politico>>.

² Sull'effetto non solo di amplificazione, ma soprattutto di semplificazione di senso e modificazione di scelte compiute da significative quantità di individui, v. CICCIOZZI, *Il terremoto dell'Aquila e il processo alla Commissione Grandi Rischi, note antropologiche*, in AA.VV., *Antropologia applicata*, a cura di Palmisano, Lecce, 2014, p. 12e e ss.

³ Riflessioni recenti sul tema in FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95.

⁴ V. già GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, *passim*.

“forma” di processo penale, che ha come scopo non più il raggiungimento della verità **assoluta**, auspicata dal processo inquisitorio o misto, e neppure quello della cosiddetta verità **probabile** del processo accusatorio⁵, ma una verità **apparente**, compiacentemente adagiata sul risultato più agevole da raggiungere e più comprensibile al vasto pubblico dei fruitori mediatici⁶.

Così potremmo dire, parafrasando un noto rilievo, che «ogni tentativo (ricorrente in giurisprudenza) di forzare le regole legali della prova sull’altare dello stantio principio della ricerca della verità reale, si risolve in un inquietante escamotage occiutamente utilizzato...»⁷ per costruire una verità che sia facilmente recepibile da uno strumento mediatico più che mai avvezzo a fraseggi privi di sfumature, idonei ad accontentare l’opinione pubblica nella sua ansia di verità celeri e semplici, che, insomma, funzioni, come si diceva, da semplificatore di senso.

Un processo penale, questo, che diventa luogo in cui le prove non devono essere ammesse in numero eccessivo, perché *tempus fugit* e bisogna evitare prescrizioni e analoghe sciagure, mentre d’altra parte la ricerca della verità mediante le prove medesime ha un costo che la politica non vuole più sopportare e una profondità che il cittadino –ormai avvezzo a *panem et circensis*- non vuole più meditare.

Il processo penale come luogo della verità apparente, dunque⁸.

⁵ Si adotta la contrapposizione tra i due modelli di verità, che sarebbero forniti dai “tipi” del processo penale inquisitorio (o misto) e accusatorio, per meri fini suggestivi, pur condividendo appieno i rilievi sulla sostenibilità di quella medesima contrapposizione espressi da tempo, ma anche in scritti recentissimi, da FERRUA, *La prova nel processo penale*, Vol. I, Torino, 2015, 13 e ss.

⁶ Si vedano, sul punto, le considerazioni di TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, mass media e opinione pubblica*, in *Verità e processo penale*, a cura di Garofoli e Incampo, Milano, 2012, 171 e ss.

⁷ Così GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Vol. I, Torino, 2008, p. 95 e ss.

⁸ O anche, all’opposto, luogo di una verità “insoddisfacente” in quanto diversa da quella artificiosamente costruita prima dell’accertamento dibattimentale; v., in tal senso, SPAN- GHER, *Considerazioni sul processo ‘criminale’ italiano*, Torino, 2015, 68.

2. La prova e il processo.

Tentare di porre un argine a questo dilagante fenomeno implica recuperare senso alla prova, al di là di tante formalità nostrane che nell'esperienza empirica dei tribunali hanno il valore della carta su cui sono scritte; ed è esattamente in questa prospettiva che la giurisprudenza europea risulta di ausilio.

La logica della Corte E.D.U. si muove secondo una tangibile peculiarità, frutto delle note caratteristiche dell'organo giudicante, chiamato a valutare l'equità del procedimento seguito per giungere alla decisione: il controllo si dimostra eminentemente concreto; è muovendo dai singoli casi che la Corte enuncia parametri idonei a delineare quando può dirsi che il processo sia giusto, produttore di una verità raggiunta nel rispetto di determinate regole.

Il tema della **prova dichiarativa** risulta, per la giurisprudenza europea, evidentemente il più fertile per testare se ed in che misura siano rispettate le garanzie del giusto processo.

Nel corso degli anni, la Corte di Strasburgo ha tracciato regole ormai note: le dichiarazioni provenienti da fonti di prova orali devono essere rese nel contraddittorio delle parti e in presenza del giudice chiamato a decidere sul merito.

Se il rispetto di questi canoni garantisce che la pronuncia sia l'esito di un processo equo, per converso, però, non sempre la loro mancanza è in grado di incidere sulla correttezza del processo stesso: la realtà elabora situazioni concrete devianti dal prototipo⁹, talune delle quali non toccano la sostanza della garanzia.

In questo senso, occorre certamente riconoscere che il modello di processo penale europeo è informato ad un metodo di conoscenza di tipo "misto", che consente anche cioè l'uso di dichiarazioni raccolte al di fuori del contraddittorio.

Con la premessa di questo limite, intrinseco al fenomeno, se ne osservino i tratti.

⁹ E non potrebbe essere diversamente, laddove si tenga nel dovuto conto che il modello dell'equo processo è destinato a confrontarsi con «la estrema variabilità degli ordinamenti nazionali, spesso intrisi di meccanismi inquisitori»: così SPANGHER, *Considerazioni sul processo 'criminale' italiano*, cit., 142.

3. Contraddittorio: diritto a contraddire mediante prove a discarico.

L'esplicitazione del diritto al contraddittorio è limpida all'interno dell'art. 6 C.E.D.U., traducendosi nel diritto dell'accusato ad «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

Si esamini, anzitutto, quella parte della garanzia che consta del diritto a contraddire mediante l'ammissione e l'acquisizione di prove a discarico, apprezzandone i tratti tramite una serie di decisioni, emesse dalla Corte durante l'arco degli ultimi vent'anni.

Nella sentenza Vidal c. Belgio, 22 aprile 1992, la Corte enuncia anzitutto una regola generale, invero abbastanza ovvia, secondo cui spetta al giudice nazionale valutare la rilevanza degli elementi di prova che gli imputati cercano di addurre e comunque l'ammissione delle prove è una questione di regole scelte dal legislatore interno. Di fatto, si precisa, la Convenzione non esige che sia ammesso l'esame di ogni testimone richiesto, ma certamente di **tutti quelli indispensabili a garantire la parità delle armi** tra accusa e difesa.

Per converso, il concetto di *égalité des arms* non esaurisce il contenuto della garanzia medesima e, in effetti, nel caso Vidal i giudici del merito avevano rifiutato l'ammissione dei testi richiesti dalla difesa **senza offrire alcuna motivazione** per il rifiuto; il silenzio completo sul punto in questione –osserva la Corte– non è coerente con il concetto di processo equo che è alla base dell'articolo 6 C.E.D.U.

Si passi, ora, al noto caso Perna c. Italia, 6 maggio 2003, che riporta importanti precisazioni sui confini del diritto all'ammissione della prova a discarico: non è sufficiente per la difesa dolersi della mancata acquisizione delle prove a discarico; occorre che la richiesta sia stata sostenuta da argomentazioni che **spieghino la rilevanza della prova in rapporto alla concreta regiudicanda**¹⁰.

¹⁰ Sottolinea questo profilo della giurisprudenza EDU, scindendolo in “pertinenza” e rilevanza, LA ROCCA, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Torino, 2008, Vol. I, 172. Sulla “non ridondanza” nella

Nel processo Perna –osserva la Corte- i testimoni e i documenti di cui è stata rifiutata l'ammissione non mostravano contenuti potenzialmente idonei ad incidere sulla decisione del caso *sub iudice*.

Il diritto all'ammissione della **prova scientifica** risulta, a sua volta, ben delineato all'interno di due sentenze piuttosto recenti: nel caso Matytsina contro Russia, del 27 marzo 2014, la Corte EDU ha censurato il procedimento svolto a carico della ricorrente sotto duplice aspetto: anzitutto, non era stata ammessa la perizia richiesta dalla difesa, ad onta del fatto che due esperti, comparsi in dibattimento, avessero ritenuto necessario un riesame della situazione già valutata da esperti dell'accusa durante le indagini preliminari; in secondo luogo, i giudici nazionali avevano pure impedito alla difesa di introdurre la testimonianza di un proprio esperto a confutazione dei risultati adottati dall'accusa, con conseguente violazione del canone di parità delle armi.

Analoga, la posizione della Corte nel caso Dusko Ivanovski c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia, del 24 aprile 2014: all'introduzione di accertamenti tecnico-scientifici da parte dell'accusa, la difesa non è stata in grado di replicare tramite propri esperti ovvero tramite un perito nominato dal giudice; da qui l'iniquità della procedura che ha condotto alla condanna del ricorrente.

In entrambi i casi, **la mancata ammissione della prova scientifica** ha pregiudicato la possibilità della difesa di **contraddire l'accusa ad armi pari**.

Le implicazioni dei punti appena enucleati, nella prospettiva del diritto interno, sono significative, per quanto spesso occultate dalla semplicità di linguaggio della Corte e dall'*imprinting* casuistico delle decisioni.

Cade, anzitutto, sotto l'attenzione dell'interprete la c.d. **proposizione probatoria**, ossia la compiuta esplicitazione del risultato probatorio auspicato dalla parte all'atto della richiesta, mediante argomentazioni finalizzate ad illustrare la relazione intercorrente tra la prova di cui si chiede l'ammissione e la fattispecie concreta *sub iudice*.

prospettiva della giurisprudenza CEDU, v. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 270.

Specularmente diventa fondamentale l'analisi dell'**ordinanza** tramite la quale il giudice di merito illustra le ragioni per cui ritiene di impedire l'ingresso della data prova nel processo.

Di questo potenziale rilievo della proposizione probatoria, tramite la quale le parti sono chiamate a proiettare nel processo un risultato dimostrativo futuro e auspicato, si colgono tracce già nella giurisprudenza nostrana: l'incompiuta ottemperanza a questo onere di allegazione risulta essere causa precisa e verificabile del rigetto di un cospicuo numero di ricorsi presentati ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.: sono tutti casi in cui i ricorrenti lamentano ipotesi di mancata ammissione della prova decisiva senza indicare – oppure indicando in modo generico – le ragioni della ritenuta decisività della prova in seno all'atto di ricorso; ma soprattutto si tratta di casi in cui l'errore difensivo appare generato a monte, ossia nella carente esplicitazione del risultato probatorio auspicato al momento della richiesta effettuata nel corso del giudizio di merito¹¹.

In pratica, l'erronea o carente costruzione dell'istanza di prova fa sì che l'accertamento dedicato all'effettiva rilevanza della prova medesima risulta **interdetto dalla mancata allegazione dei dati** indispensabili al riscontro.

E' piuttosto evidente che una simile prospettazione sembra urtare contro il diffuso assunto per cui la rilevanza delle prove non deve essere dimostrata, posto che l'art. 190 c.p.p. disciplina una presunzione d'ammissibilità delle prove richieste dalle parti, a fronte della quale si pone il dovere del giudice di ammetterle, fatti salvi i casi in cui non gli risulti l'irrilevanza di questa o quella prova¹².

Il dato è indiscutibile ed emerge direttamente dalla lettera della norma, la quale non descrive affatto i requisiti che la prova deve possedere per essere ammessa, limitandosi solo a delineare in negativo le caratteristiche atte a determinarne l'esclusione.

¹¹ Sia consentito rinviare sul punto a VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 49 e ss.

¹² Così già CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cassazione penale pen.*, 1996, 2009 e ss.

Il discorso dev'essere, però, completato nei seguenti termini: **l'argomentazione sulla rilevanza della prova diventa preciso onere**¹³ della parte istante tutte le volte in cui le ragioni di una data richiesta di prova non consistano in una immediata rappresentazione del fatto *sub iudice* ovvero qualora la medesima richiesta di prova sia contestata *ex adverso* o dal giudice chiamato al dovere d'ammetterla.

Si tratta di esegesi tanto logica, quanto pratica, che descrive un onere delle parti inteso a garantire che il buon esito dell'istanza volta all'ammissione della prova non sia pregiudicato dalla scarsa perspicuità della relazione tra la prova stessa e la fattispecie delineata nell'atto d'accusa.

In termini esattamente speculari, il provvedimento emesso dal giudice a respingere l'istanza probatoria (o quello di revoca dell'originaria ordinanza ammissiva) dev'essere provvisto di una motivazione che renda conto delle ragioni per cui il diritto all'ammissione della prova è stato limitato.

In questo senso, la parte motiva dell'ordinanza null'altro è se non il luogo e lo strumento di un *test* finalizzato ad accertare i termini effettivi del vizio lamentato: è possibile, ad esempio, che l'ordinanza giudiziale riveli in termini dirimenti le ragioni dell'irrilevanza della prova richiesta rispetto alla fattispecie *sub iudice* o che ne argomenti la superfluità, a fronte delle ulteriori acquisizioni già in atti; così come è possibile che essa taccia completamente le ragioni del rigetto o della revoca.

In un caso come nell'altro, il controllo sulla parte motiva dell'ordinanza ha a proprio oggetto la proiezione virtuale dell'efficienza del risultato probatorio acquisibile sulla fattispecie concreta oggetto del giudizio di merito.

¹³ V. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, in AA.VV., *La prova nel dibattito penale*, Torino, ed. 2015, 3 e ss., prenda l'abbrivio giusto dalla constatazione dell'importanza marginale a torto attribuita all'attività argomentativa delle parti: «dal rilievo – in sé ovvio e certo meritevole di essere condiviso – che l'attività giudiziale di valutazione rientri nell'ambito della decisione, si è a lungo tratta la discutibile conclusione che le attività argomentative di parte sono elementi per così dire accidentali, accessori, non essenziali, del fenomeno probatorio. Facendone un correlato soltanto eventuale della motivazione giudiziale li si è relegati in uno spazio pressoché privo di pregnanza giuridico-processuale: semplice aiuto offerto dalle parti all'attività valutativa del giudicante; non già elemento costitutivo ed indefettibile dell'accertamento penale».

4. ...e diritto a contraddire mediante esame dei testimoni a carico: a) il teste irreperibile.

Il diritto di esaminare il testimone che renda dichiarazioni accusatorie ha ricevuto vastissima disamina all'interno della giurisprudenza della Corte Europea e la posizione dei giudici strasburghesi può essere riassunta nei termini seguenti: gli elementi di prova devono, in linea di principio, essere prodotti davanti all'accusato in pubblica udienza, durante un dibattimento in contraddittorio che a sua volta si svolge dinanzi al giudice chiamato a decidere il merito. Le eccezioni a questa regola sono concepibili solo se e nella misura in cui esse facciano comunque salvi i diritti della difesa; in questo senso –precisa la Corte- è indispensabile che all'accusato sia data occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico al momento della deposizione o successivamente.

In alcune circostanze, in effetti, secondo la Corte può rivelarsi necessario fare ricorso all'acquisizione di verbali di deposizioni raccolte durante le indagini preliminari per l'impossibilità di reitarle in dibattimento a causa di circostanze obiettivamente impedienti.

Distinguiamo le varie ipotesi enucleate dall'esperienza empirica evidenziata dalle decisioni.

E' possibile, anzitutto, che il testimone risulti **irrintracciabile**: questa situazione rende lecito l'uso probatorio del verbale raccolto durante le indagini in assenza di contraddittorio con la difesa, ma solo qualora risulti dimostrato che le autorità giudiziarie si siano positivamente attivate nella ricerca del testimone citato e non comparso, compiendo **ogni attività ragionevolmente attendibile** per rintracciare la persona e condurla al processo¹⁴.

L'ipotesi ridonda direttamente sull'applicazione dell'art. 512 c.p.p., in particolare nei suoi inevitabili rapporti con l'incidente probatorio, come dimostra la sentenza Ogaristi c. Italia, 18 maggio 2010; nel caso di specie, l'imputato risultava condannato fondamentalmente sulla scorta delle dichiarazioni

¹⁴ Da ultimo si veda, in questo senso, Corte EDU, 22 novembre 2012, Tseber c. Repubblica Ceca.

accusatorie rese, durante le indagini preliminari, da uno straniero poi rientrato in patria e resosi irreperibile; ed ecco la risposta dei giudici di Strasburgo: «La Corte rileva che la possibilità di utilizzare le dichiarazioni rese prima del dibattimento da testimoni divenuti irreperibili era prevista dall'articolo 512 c.p.p., nella versione in vigore all'epoca dei fatti. Tuttavia, tale circostanza non può privare l'imputato del diritto, riconosciuto dall'articolo 6 § 3 d), ad esaminare o far esaminare in contraddittorio ogni elemento di prova sostanziale a carico... Nella presente causa, non è stato possibile procedere ad un confronto diretto tra il ricorrente ed il suo accusatore né durante il processo pubblico, né durante le indagini preliminari. In particolare, nel corso di queste ultime, le autorità giudiziarie interne hanno rigettato la domanda del ricorrente, volta ad ottenere la fissazione di una udienza *ad hoc* dinanzi al giudice per le indagini preliminari in presenza degli avvocati della difesa (incidente probatorio)...».

D'altra parte, l'eventuale inerzia delle autorità nazionali nell'assicurare la presenza in aula dei testimoni d'accusa, rileva quale forma di violazione dell'equo processo anche qualora il testimone risulti irreperibile in quanto **trasferito su territorio estero**: adottare tutte le misure necessarie ad assicurare la presenza dei testi, implica anche il dovere di promuovere l'attivazione degli strumenti forniti dalla procedura penale internazionale al fine di localizzare il testimone ed assicurarne la comparizione¹⁵.

Ad onta della chiarezza delle decisioni, la giurisprudenza nostrana appare molto distante dall'impostazione europea; si noti, in effetti, che a pronunzie nettamente rispettose dei canoni derivanti dalla C.E.D.U., si alternano altre alquanto inclini ad eluderne la sostanza.

A titolo esemplare, nel primo senso, si legga il principio di diritto enunciato di seguito: «La lettura dibattimentale di dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari o di udienza preliminare, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., è legittima se sia accertata la irreperibilità del teste sulla base di rigorose ed accurate ricerche condotte a tal fine; se sia accertato, con prognosi postuma, che nella fase delle indagini preliminari non sussi-

¹⁵ Così CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO, 10 febbraio 2015, Colac c. Romania.

stevano le condizioni che, facendo prevedere un'impossibilità della ripetizione dell'atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l'espletamento dell'incidente probatorio...»¹⁶.

Ad una simile chiarezza di lettura, come si diceva, fa eco però una vasta messe di pronunzie nettamente virate in senso contrario, le quali –pur esigendo che risultino compiuti seri accertamenti per tentare di rintracciare il teste scomparso– valutano con enorme elasticità i requisiti in presenza dei quali già durante le indagini preliminari avrebbe dovuto supporre esistente il rischio di futura irreperibilità del teste.

Eccone un recente esempio: «la clandestinità e l'esercizio del meretricio, da parte della testimone, nel momento in cui presentò la denuncia e rese le dichiarazioni.. non costituivano, di per sé, elementi che consentissero di ipotizzare una sua futura irreperibilità, tanto più in ragione del fatto che, in fase di indagini, ripetutamente e regolarmente si presentò e fu sentita dagli inquirenti i quali non potevano quindi prevedere la possibilità che disertasse volontariamente la convocazione in fase dibattimentale. E ciò... a prescindere dalla provvisorietà del recapito indicato in un albergo al momento della sua escusione e tenuto conto inoltre dell'impegno, da lei assunto in sede di sommarie informazioni testimoniali, di comunicare i propri futuri trasferimenti di domicilio. Questa Corte Suprema, già da molti anni, ha una giurisprudenza consolidata nel ritenere che la condizione di cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è sufficiente, di per sé, a rendere prevedibile il suo allontanamento dal territorio nazionale e la sua assenza nel dibattimento, conseguendone che, nei casi di impossibilità sopravvenuta di ripetizione, è possibile dare lettura in dibattimento delle dichiarazioni dallo stesso rese in sede di indagini preliminari»¹⁷.

¹⁶ Così CASSAZIONE PENALE, Sez. II, 22 novembre 2007, n. 43331, leggibile in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 878, con nota di TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*. Una chiara influenza della giurisprudenza europea si percepisce, peraltro, in tutte quelle decisioni che tratteggiano la serietà delle indagini da effettuarsi nella ricerca del testimone non reperibile; sul punto v. TRAPPELLA, *Teste d'accusa non reperibile, letture e diritto al confronto*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2012, 97 e ss.

¹⁷ Così nel testo di CASSAZIONE PENALE, Sez. III, 24/02/2015, n. 12038, in *www.dejure.it*

E' agevole notare dalla lettura come la valutazione sulla sussistenza dei requisiti che avrebbero dovuto far temere la possibile sottrazione al contraddittorio con la difesa, e dunque indurre alla richiesta d'incidente probatorio, risulta qui condotta sulla scorta di una paradossale inversione del valore degli elementi sintomatici¹⁸: la Cassazione elenca una serie di dati concreti (teste straniera, clandestina, provvista di un mero recapito provvisorio, anche a prescindere dall'esercizio della prostituzione) i quali –tutti- risultano, secondo comuni massime d'esperienza, schiettamente idonei a lasciare temere la futura irreperibilità del dichiarante; ma all'elenco segue la sorprendente affermazione per cui quei logicissimi indici di sospetto sono tutt'altro che tali... perché la teste aveva promesso di comunicare i suoi spostamenti.

La conclusione quasi beffante cristallizza l'esito esegetico: è sufficiente, dunque, che chi rende sommarie informazioni – magari su fatti gravissimi- prometta di tornare e il gioco è fatto; l'atto acquisito dall'accusa in assenza di qualunque contraddittorio con la difesa, diventa prova.

Viene da dire: è difficile comprendere quale convenienza possa avere l'organo inquirente a sobbarcarsi i tempi e i costi dell'incidente probatorio, visto che la Cassazione ne elide la doverosità con siffatte esegesi¹⁹.

Il contrasto con il principio che esige assicurata la parità delle armi in materia di prova appare tanto più eclatante quando si rammenti questo: anche l'incidente probatorio risulta in realtà un rimedio di bassa lega, posto che la possibilità di controesame il teste a carico resta fattualmente impedita dall'occultamento del fascicolo delle indagini, noto nella pienezza dei suoi contenuti al solo inquirente, posto che l'incidente lo obbliga alla esclusiva *discovery* delle sommarie

¹⁸ Non per nulla in dottrina, a proposito dell'esegesi vivente dell'art. 512 c.p.p., si nota che «è emerso un divario tra la norma interna, l'applicazione che ne viene fatta ed i principi sovranazionali nella forma in cui “vivono” nella giurisprudenza di Strasburgo»: così MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste*, in *Arch. Pen.*, 2011, n. 2, **1** e ss.

¹⁹ In senso analogo v. MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili*, cit., **11**.

informazioni già rese dal dichiarante, non già di tutti gli atti sino a quel momento compiuti²⁰.

Sul punto si avrà occasione di tornare a breve, ma per il momento è sufficiente rilevare come anche quella forma di garanzia della difesa e, al contempo, protezione della prova in cui si risolve l'incidente probatorio, presta il fianco a significativi *vulnera* nel canone di parità delle armi.

5. b) il testimone silente e quello che ritratta.

L'argomento è sfaccettato, nell'esperienza empirica come nelle decisioni della Corte di Strasburgo.

Risalente e noto, il caso *Unterpertinger c. Austria*, del 24 novembre 1986, esamina l'ipotesi classica, configurata da un diritto al silenzio legislativamente configurato, quale quello dei prossimi congiunti.

Il ricorrente era stato condannato per aver picchiato moglie e figlia sulla scorta esclusiva delle dichiarazioni rese dalle due donne durante le indagini, in quanto all'interno del contraddittorio dibattimentale esse si erano avvalse del **diritto di rifiutarsi di deporre nei confronti di un prossimo congiunto**.

La conseguente impossibilità per l'imputato di confutare efficacemente le accuse spese nei suoi confronti ha provocato una indiscutibile lesione dell'art. 6, par. 3, lett. d), a prescindere dalla legittimità della condotta tenuta dai testimoni che hanno scelto di rimanere silenti al momento del confronto con la difesa.

Identica l'impostazione della sentenza *Craxi c. Italia*, 5 dicembre 2002, come di quella, di poco antecedente, resa dalla Commissione Europea dei diritti dell'uomo in data 9 settembre 1998, nell'*affaire* *Dorigo c. Italia*.

In entrambi i casi, la versione dell'art. 513 c.p.p. vigente all'epoca dei rispettivi processi aveva consentito il recupero delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari da **coimputati** i quali, una volta chiamati a rendere le proprie dichiarazioni nel pubblico dibattimento, avevano scelto di avva-

²⁰ Con l'eccezione dei casi disciplinati dall'art. 392, comma 1 *bis*, come precisa l'art. 393, comma 2 *bis*, c.p.p., con riferimento ad un ristretto numero di reati caratterizzati dalla natura di vittima vulnerabile iscrivibile in capo alla persona offesa.

larsi del diritto al silenzio, sottraendosi così al controesame dei difensori.

Risultano di sicuro interesse le argomentazioni spese dal Governo italiano innanzi alla Corte europea nel caso Craxi: le persone le cui dichiarazioni erano state addotte a carico del ricorrente non erano testimoni, ma coimputati –si osserva- che avevano, in virtù di questa loro qualità, il diritto di non rispondere, diritto questo che rientra, secondo il Governo, tra «le norme internazionali generalmente riconosciute che costituiscono il nocciolo del concetto di giusto processo»; in questa guisa, la soluzione normativa accolta dal previgente art. 513 avrebbe costituito una forma di composizione di «tre interessi: quello del coimputato a non rispondere, quello dell'imputato a interrogare il testimone coimputato e quello dell'autorità giudiziaria a non disperdere le prove raccolte durante l'inchiesta»²¹.

E' evidente la capziosità dell'argomentazione, che esalta uno ***ius tacendi ad intermittenza***, in cui il coimputato era libero di rendere dichiarazioni eteroaccusatorie davanti all'inquirente, per poi tacere dinanzi al rischio della smentita dibattimentale ad opera del controesame della difesa.

La replica della Corte Europea a simili assunti è netta e traccia una precisa linea esegetica, secondo la quale

²¹ Questa argomentazione governativa la si ritrova tal quale nella coeva decisione di CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001, dedicata al medesimo tema delle sentenze citate nel testo, ma con la peculiarità di avere ad oggetto una valutazione dello *ius tacendi* riconosciuto all'imputato in procedimento connesso. Nel testo della decisione si legge: «dal momento in cui una deposizione, quale che sia fatta da un testimone *stricto sensu* o da un coimputato, è suscettibile di fondare, in maniera sostanziale, la condanna dell'imputato, essa costituisce una testimonianza a carico e le garanzie previste dall'articolo 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione a lui sono applicabili... Alla luce di quanto precede, non appaiono dunque pertinenti le argomentazioni invocate dalla Corte di cassazione italiana nella sua sentenza del 19 ottobre 1995 per rigettare il gravame che era fondato sull'articolo 6 § 3 d) della Convenzione, argomentazioni riprese in parte dal Governo convenuto. In particolare, il fatto che il diritto nazionale in vigore all'epoca... prevedesse che, a fronte del rifiuto del coimputato di testimoniare, le dichiarazioni formulate prima del dibattimento potevano essere utilizzate dal giudice, non sarebbe sufficiente a privare l'imputato del diritto, che l'articolo 6 § 3 d) a lui riconosce, di esaminare o di fare esaminare nella forma del contraddittorio ogni elemento di prova sostanziale a suo carico. Nel caso di specie, la Corte rileva che, per giungere alla condanna del ricorrente, le giurisdizioni nazionali si sono fondate esclusivamente sulle dichiarazioni fatte dal signor N. prima del processo e che né il ricorrente né il suo difensore hanno avuto, in alcuno stadio del procedimento, la possibilità di interrogarlo».

l'ordinamento giuridico può certamente prevedere forme varie di tutela del diritto al silenzio, ma la loro esistenza non implica la possibilità di recuperare dichiarazioni spese al di fuori del contraddittorio dallo stesso individuo che poi si avvale dello *ius tacendi*.

Il substrato logico risulta evidente: non esiste – giustappunto- spazio concedibile ad un esercizio ad intermittenza del diritto al silenzio, che conduca a forme di sottrazione della prova a carico al fuoco del contraddittorio; l'idea sottostante e non detta è che situazioni del genere di quelle descritte configurano, in realtà, **una forma di abuso del diritto al silenzio**, strumentalmente adoperato per sottrarre la prova alla dovuta possibilità di confutazione *ex adverso*.

La questione –meno scottante a seguito della riforma dell'art. 513 c.p.p., avvenuta a seguito del mutamento nelle more intervenuto in seno all'art. 111 Cost.- non muta i tratti della sua attualità laddove si consideri quanto ancora influisce sulla possibilità di interrogare in piena libertà di confutazione tutti quei soggetti che abbiano reso dichiarazioni accusatorie durante le indagini preliminari e che, però, essendo provvisti della qualifica di coimputati, imputati in procedimento connesso o collegato, possono avvalersi degli ampi confini dello *ius tacendi* a tutt'oggi concessi loro dagli equivoci artt.197 e 197bis c.p.p.; non vi è dubbio che una disciplina che dirimesse la posizione dei dichiaranti in base al semplice fatto che essi si siano avvalsi o meno del diritto al silenzio sin dal primo istante del loro ascolto dinanzi all'autorità giudiziaria e senza distinzioni derivanti da fasi processuali ed oggetto del narrato, risulterebbe più rispettosa delle *chance* di esercizio effettivo del diritto a contraddire mediante esame tutte le prove addotte a carico dell'imputato.

Distinta considerazione meritano, invece, i casi in cui il testimone d'accusa addotto al contraddittorio con la difesa, decida di **ritrattare i propri precedenti dicta**.

La fattispecie processuale di cui qui si discute assume rilievo laddove alla ritrattazione abbia fatto seguito un'ordinanza giudiziale che dichiari l'utilizzabilità, ai fini della decisione, delle diverse dichiarazioni rese dal teste durante le indagini preliminari e in assenza di contraddittorio con la difesa, ricorrendo elementi tali da indurre l'applicazione dell'art.

500, 4° comma, c.p.p.; elementi concreti, cioè, per ritenere che il testimone sia stato minacciato o circuito al fine di non deporre o deporre il falso.

Dirimente sul punto è la recente decisione della Corte E.D.U., Bosti c. Italia, del 13 novembre 2014²².

La condanna dell'imputato può essere legittimamente fondata sulle dichiarazioni rese dal teste nella fase delle indagini preliminari in assenza di contraddittorio e successivamente ritrattate, a patto che la difesa abbia comunque avuto la possibilità di esaminare il dichiarante nel pubblico contraddittorio.

Quel che conta, secondo la Corte, è che in un caso siffatto risulta assicurato il rispetto del diritto a confrontarsi con il proprio accusatore, dal momento che la difesa ha la possibilità di citare il teste ed esaminarlo senza limiti diversi da quelli derivanti dalla rilevanza delle domande; questo perché non è possibile «sostenere in astratto che le dichiarazioni rese da un testimone nel corso dell'udienza pubblica e sotto giuramento debbano essere in ogni caso considerate più attendibili di quelle rese dallo stesso testimone nel corso del procedimento penale».

Non è possibile dubitare che la situazione processuale delineata nel caso Bosti, abbia ben poco in comune con le fattispecie di testimoni assenti o che si avvalgono del diritto di tacere: la linea di discriminazione corre –secondo la Corte– sul concetto di **“occasione adeguata e sufficiente”** di confutare le testimonianze a carico ed interrogarne l'autore, al momento in cui le dichiarazioni sono rese o in un momento successivo; laddove questa possibilità risulti concessa alla difesa con tutta l'ampiezza indispensabile a garantirne un esercizio effettivo, il diritto all'equo processo non risulta leso.

La decisione in esame concretizza i dubbi espressi in dottrina in merito alla capacità della Corte E.D.U. di offrire tutela al principio per cui la prova si forma solo ed esclusivamente nel contraddittorio delle parti al momento della sua acquisizione²³.

²² Pubblicata in *Cassazione penale Pen.*, 2015, 2036, con nota di BALSAMO-LO PIPARO, *Quando il collaboratore ritratta in giudizio le precedenti dichiarazioni*, *ivi*, 2039.

²³ CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1448 e ss., come pure MAFFEI, *Le testi-*

Il dato è indubbio, epperò esso dipende non solo dalla peculiarità delle pronunzie dei giudici strasburghesi –destinate al controllo di regole processuali diverse, provenienti da ordinamenti giuridici improntati a principi variegati-, ma anche dal dato indiscutibile per cui ad essere centrale nella prospettiva europea è l'esistenza dell'occasione difensiva di interrogare e confutare il *loquens* in pienezza di contraddittorio: la libertà di controesaminare di fatto assume –nella prospettiva europea-un peso talmente significativo da elidere ogni dubbio sull'equità della procedura seguita per giungere alla condanna.

Come si diceva: una linea prospettica estremamente concreta, che esige dalla difesa una seria attivazione in ogni fase e circostanza del procedimento.

6. Il giudice e la prova: oralità e immediatezza.

Qualcuno osservava, in passato, come si trattasse di aspetti del c.d. equo processo che la Corte ignora²⁴. Invero, oralità e immediatezza appaiono sin qui trattati per così dire *in nuce* e con quasi esclusivo riferimento ai problemi suscitati dal mutamento del giudice dibattimentale ovvero alla condanna dell'imputato che sopraggiunge per la prima volta in appello sulla base di una mera rivalutazione cartolare delle testimonianze ascoltate dal giudice di prime cure²⁵.

monianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Cass. Pen.*, 2003, 1706 e ss.

²⁴ UBERTIS, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale: c) la previsione del giusto processo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, 45; altrove e più di recente si precisa: «Il principio dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice hanno fatto ingresso solo recentemente nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, quali estrinsecazioni specifiche, ritenute per via di interpretazione, della generale nozione di equo processo. Né si può dire che, allo stato attuale di evoluzione della loro prassi in materia, i giudici di Strasburgo abbiano indicato con precisione il contenuto ed i limiti - anche con riferimento all'ammissibilità di possibili eccezioni - dei principi in questione»; così TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. Pen.*, 2006, 699 e ss.

²⁵ Per una ricostruzione puntuale ed estremamente interessante della giurisprudenza europea in materia di principio d'immediatezza, si veda RENON, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, 69 e ss.

Si suole riferire, in questo senso, la prima estrinsecazione della Corte alsaziana alla decisione P.K. contro Finlandia, del 9 luglio 2002, in un caso di mutamento di uno dei giudici della Corte.

In verità, al rilievo essenziale del canone per cui l'acquisizione della prova orale deve avvenire innanzi al medesimo giudice poi chiamato a decidere sul merito della causa, si trova cenno già in precedenti piuttosto datati: così, ad esempio, nella decisione Kostovski c. Paesi Bassi, del 20 novembre 1989, in cui si legge, a proposito di un caso in cui la condanna era stata basata su dichiarazioni rese durante la fase d'indagine da testimoni anonimi: «...la mancanza in aula dei testimoni anonimi ha precluso a ciascuna delle Corti giudicanti l'osservazione del loro comportamento sotto interrogatorio e così la formazione di un proprio concetto in merito alla loro affidabilità. ...senza dubbio i magistrati hanno osservato cautela nel valutare le dichiarazioni in questione, ma questo difficilmente può essere considerato come una sostituzione adeguata dell'osservazione diretta».

Queste enunciazioni riecheggiano con chiarezza nelle recenti sentenze che stanno mutando in termini drastici l'idea della compatibilità con i canoni dell'equo processo di un **appello inteso come fase di giudizio meramente cartolare** laddove l'esito sia quello di una condanna inflitta per la prima volta in fase di seconde cure.

Nelle note decisioni Dan contro Moldavia, del 5 luglio 2011, e Manolachi c. Romania, del 5 marzo 2013, la Corte di Strasburgo esclude in termini inequivocabili che la condanna pronunciata per la prima volta in appello, sulla scorta di prove che emergono solo dal silenzio delle carte, possa essere compatibile con i principi dell'equo processo; invero –precisa la Corte- «la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è garanzia di un processo equo, in quanto le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone possono avere delle ripercussioni per l'imputato»²⁶.

²⁶ Così CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Manolachi c. Romania, 5 marzo 2013, § 49. Sul punto v. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. Pen. Giust.*,

Analoghe considerazioni –ma effettuate *en passant*, come nella sentenza Kostovski- possono leggersi in Matytsina contro Russia, del 27 marzo 2014; qui la Corte, interrogandosi sulla legittimità dell’acquisizione dibattimentale di dichiarazioni rese dalla persona offesa durante le indagini, precisa che, in linea generale, «anche quando la difesa è stata in grado di interrogare un testimone o un esperto nella fase delle indagini di polizia, ciò non può sostituire l’esame incrociato di quel testimone o esperto durante il processo davanti al giudice. Si tratta di un elemento importante di un procedimento penale equo che l’imputato si confronti con il teste, alla presenza del giudice che decide il merito, in modo che quel giudice possa ascoltare la testimonianza diretta, per osservare il suo comportamento e di formarsi un’opinione circa la sua credibilità»²⁷.

Con siffatta enunciazione, la Corte alsaziana pare spostare il fulcro dell’esegesi su di un aspetto ulteriore dell’equo processo: anche laddove l’imputato abbia avuto occasione “adeguata e sufficiente” per confutare, tramite esame, il dichiarante, ciò non implica una sufficiente garanzia per i diritti della difesa, laddove l’impatto della fonte di prova orale –le reazioni del teste, il tono della sua voce, la mimica e la gestualità- sia andato perso per il giudice chiamato a valutare col dovuto approfondimento la questione della colpevolezza o innocenza²⁸.

2015, 172 e ss.; sulla precedente, importante sentenza Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011, v. le considerazioni di GAITO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio d’appello*, in *Arch. Pen.*, 2012, fasc. 1, **1**, il quale, in termini tanto pungenti quanto ineccepibili, rileva: «l’insistenza accusatoria del p.m. può anche trovare una qualche giustificazione all’interno del sistema, ma a condizione che non si riduca solo ad una diversa “lettura” dei protocolli di causa».

²⁷ Così CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO, Matytsina c. Russia, 27 marzo 2014, § 153.

²⁸ In questa prospettiva, la recente importanza conferita dalla Corte europea al principio di immediatezza –ovvero alle conclusioni in merito alla credibilità del teste che il giudice può e deve trarre dalle reazioni del teste medesimo all’esame- appare in grado di incidere sullo stesso orientamento dei giudici strasburghesi; ineccepibile, in tal senso, l’osservazione di RENON, *Mutamento del giudice penale*, cit., 87 che segnala: «la circostanza che venga comunque assicurata, durante il procedimento, alla persona accusata la possibilità di escutere la fonte, non può risultare pienamente soddisfacente sotto il profilo della tutela delle prerogative della difesa, quando ciò sia avvenuto in assenza del giudicante». E’ immaginabile che, in un futuro prossimo, la Corte dovrà occuparsi anche del bilanciamento tra siffatti aspetti della garanzia dell’equo processo, ovvero tra l’idea che un’occasione adeguata e sufficiente di confronto con la prova a carico sia tale anche al di fuori del dibattimento e l’importanza del contatto diretto tra giudice e prova.

Se e fino a che punto una simile *nuance* dell'equo processo sia in grado d'incidere sull'ordinamento processuale interno è dato che appare evidente a chiunque si soffermi ad esaminare –come si accennava *supra*- la disciplina dell'incidente probatorio e la sua gestione giurisprudenziale.

L'*iter* acquisitivo della prova, nell'ipotesi in cui quest'ultima si trovi già all'interno del fascicolo del dibattimento - come accade per le dichiarazioni testimoniali assunte tramite incidente probatorio - è tracciato dall'art. 511 c.p.p.; ivi si legge, al primo comma, una regola generale secondo cui «il giudice, anche di ufficio, dispone che sia data lettura, integrale o parziale, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento», mentre il secondo comma precisa che «la lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo».

Sin da tempi contigui all'entrata in vigore del codice sono state notate la derivazione logica della regola giusto dai principi di oralità e immediatezza, nonché la sua finalizzazione: impedire che la testimonianza si risolva in una mera conferma delle dichiarazioni racchiuse nei verbali resi durante la fase delle indagini, secondo abitudini sedimentate sotto la vigenza del codice Rocco²⁹.

Fatta eccezione per occasionali esegesi, secondo le quali la frase «a meno che l'esame non abbia luogo» implicherebbe il riferimento ad una situazione di ascolto del teste “variabile” ossia sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del giudice³⁰, la formula è stata per lo più intesa³¹ nell'unico modo coerente con il suo significato spicciolo oltrechè con un'esegesi sistematica, ricollegandola, cioè, alle **ipotesi di irripetibilità sopravvenuta dell'escussione testimoniale**³². E, in effetti,

²⁹ NOBILI, *Sub art. 511 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, Vol. V, Torino, 1991, 423 e ss.

³⁰ POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1733 e ss.

³¹ Netta la posizione di ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'escussione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, ed. 2005, 139, il quale, a proposito della formula normativa “a meno che l'esame non abbia luogo”, osserva: “correttamente intesa, questa precisazione non attribuisce... al giudice un potere discrezionale di scelta tra la previa escussione orale e la semplice lettura, quando la prima è richiesta dalla parti”.

³² PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cassazione penale Pen.*, 1999, 2494 e ss.

occorre rammentare che la disciplina di cui all'art. 511 c.p.p. è riferita alla lettura di atti racchiusi nel fascicolo del dibattimento, il quale a sua volta è destinato a contenere materiale cognitivo rappresentato da dichiarazioni nelle sole congiunture tassativamente regolate dall'art. 392 c.p.p.³³; di qui la logica stringente di un riferimento ai "casi in cui l'esame non abbia luogo" posto che l'istituto dell'incidente probatorio è, appunto, fisiologicamente destinato a cristallizzare la prova nelle ipotesi in cui essa appaia a rischio di dispersione³⁴.

Nelle ipotesi in cui il dichiarante –coimputato, testimone, perito- sia vivo e vegeto al momento del dibattimento, norme, principi portanti del codice, principi sovranazionali e costituzionali, come pure la logica medesima, esigono tutti che **l'acquisizione della prova abbia luogo nella sua sede naturale**, ovvero nel contraddittorio delle parti, in condizioni di effettiva parità –a seguito della *discovery* del fascicolo d'indagine- e dinanzi al giudice chiamato a decidere il merito.

In questo senso, coglieva esattamente nel segno una decisione emessa dalla Corte di cassazione in tempi non più tanto recenti³⁵, con la quale si dichiarava manifestamente infondata la questione di legittimità degli artt. 392, 393 398 comma *3 bis* c.p.p. nella parte in cui non prevedono, per i reati diversi da quelli considerati dall'art. 392 c.p.p., comma *1 bis*, l'obbligo del pubblico ministero di depositare previamente tutti gli atti di indagine compiuti e non solo le dichiarazioni precedentemente rese dalla persona esaminata in sede d'incidente probatorio. Con rimarchevole chiarezza, osservava la Corte in quella sede: «E' vero che di norma nell'incidente probatorio il pubblico ministero conosce delle indagini molto più dei difensori, ma la scelta di limitare la *discovery* alle sole dichiarazioni rese in precedenza dal soggetto esaminato appare ragionevolmente connessa alla esigenza di salvaguardare la segretezza delle indagini e sacrifica solo parzialmente e temporaneamente le esi-

³³ Oltrechè atti acquisiti per rogatoria internazionale, ma nei soli casi in cui quest'ultima sia stata assunta con modalità rispetto del contraddittorio nella formazione della prova.

³⁴ Sull'istituto esiste una copiosa letteratura. Per tutti v. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Vol. III, a cura di Garuti, Torino, 2009, p. 557 e ss.

³⁵ Si tratta di CASSAZIONE PENALE, Sez. VI, 26 settembre 2008, n. 40971, clonata in tempi più recenti da ID., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613.

genze difensive, che potranno avere piena tutela in sede dibattimentale. Va considerato infatti che seppure le dichiarazioni assunte in incidente probatorio hanno valore di prova ai fini della decisione di merito, di esse non può essere data lettura se non dopo l'esame dibattimentale della persona che le ha rese (art. 511 c.p.p., comma 2), in un contesto cioè in cui la piena conoscenza da parte dei difensori degli atti di indagine rende a essi possibile ogni facoltà di contestazione e controdeduzione, venendosi dunque in tal modo a sanare il *deficit* di informazione che poteva caratterizzare il momento in cui l'incidente probatorio ebbe luogo”.

La diversa scelta compiuta dal legislatore per i casi in cui l'incidente probatorio sia vocato a raccogliere le dichiarazioni del minore – ovvero l'imposizione di una piena *discovery* degli atti di indagine a termini dall'art. 393, comma *2bis* - risulta invece palesemente correlata alla regola eccezionale del pieno valore probatorio della testimonianza resa nell'incidente dal minore infrasedicenne³⁶, testimonianza suscettibile di reiterazione in sede dibattimentale solo nei limitati casi di cui all'art. 190 *bis*, comma *1bis*, c.p.p.

In buona sostanza: l'incidente probatorio comporta *ex se* una violazione del principio che impone il contatto immediato tra giudice del merito e prova, perché **il contraddittorio è garantito, ma non dinanzi al giudice del merito**; per di più esso non consente «alcuna reale "parità delle armi", posto che agli orizzonti cognitivi ad ampio spettro del pubblico ministero si contrappone, a vantaggio della difesa, «un sottile cono di luce avente ad oggetto le sole dichiarazioni della persona da esaminare, espianate dal contesto delle risultanze delle indagini»³⁷.

³⁶ Sul punto vi vedano, da ultimo, le limpide considerazioni di CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 344 e ss. Nel contesto, merita di essere rammentata la Legge 1 ottobre 2012 n.172 (in Gazz. Uff., 8 ottobre 2012, n. 235), intitolata “Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno”, il cui art. 5, 1° comma, lett. g), ha ampliato le ipotesi d'applicazione della peculiare fattispecie d'incidente probatorio di cui all'art. 392, comma *1bis*, c.p.p.

³⁷ Così DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, cit., p. 554 e ss. Più di recente, in termini altrettanto netti, v. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 71.

Questa limpida esegesi appare mortificata da una prassi indulgente, sempre propensa a scorciatoie cognitive, come se le necessità ricostruttive dell'accaduto storico e la garanzia dell'equo processo, fossero valori su cui mercanteggiare in vista del risparmio di tempo ottenibile dalla mera lettura/indicazione dei verbali d'incidente.

Si tratta di un'ulteriore aspetto della imperante logica dell'apparenza, che mortifica tanto le esigenze di confronto della difesa con il suo accusatore, quanto l'obiettivo della ricerca della verità mediante lo strumento più affidabile, ovvero il confronto delle parti in contraddittorio dinanzi al giudice chiamato a decidere sull'alternativa tra colpevolezza e innocenza.

7. Il peso (o il ruolo?) della prova: la prova determinante o decisiva.

Lo si notava sin qui: apparentemente la Corte europea consente vaste eccezioni alla regola per cui è "giusto" solo quel processo in cui all'imputato sia stato garantito l'esercizio del diritto a contraddire mediante l'ammissione e l'acquisizione di prove a discarico e in cui gli sia stato consentito di confutare le prove a carico dinanzi al giudice chiamato a decidere il merito della causa.

Tutte le eccezioni sin qui tracciate subiscono, però, il condizionamento derivante da una verifica ulteriore: le prove in varia misura devianti dalla regola non devono possedere la caratteristica di essere **prove uniche o determinanti**.

Elaborata con riferimento ai casi di attenuazione del contraddittorio nella formazione della prova a carico, la c.d. *sole or decisive rule* possiede un'indubbia valenza –a tutt'oggi inesplorata– con riferimento ai casi in cui ad essere "decisiva" sia la prova richiesta a discarico e non ammessa.

Per il momento merita, però, esaminare la sostanza del fenomeno, compendiabile nei termini che seguono.

Come noto, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non manifesta in alcuna guisa l'uso di termini o perifrasi che alludano al concetto di decisività della prova.

Nonostante l'ormai risalente data di entrata in vigore della Convenzione europea, l'attività della Corte ha avuto un avvio assai lento, progressivamente accelerato a partire dagli anni '80 in poi³⁸: sempre ragionando in termini di tempi, la prima sentenza che abbia «gettato il seme» del concetto di prova determinante, secondo le affermazioni della medesima Corte E.D.U.³⁹, sarebbe quella emessa nel caso *Unterpertinger v. Austria*, del 24 novembre 1986: è a quest'epoca che la Corte di Strasburgo inizia a ragionare in termini compiuti sull'idea per cui qualora la condanna di un imputato sia stata basata in modo esclusivo o determinante su prove fornite da testimoni che l'imputato non è stato in grado di controesame durante il procedimento, i diritti della difesa risultano limitati in termini incompatibili con l'art. 6, § 3, lett. d), C.E.D.U.

Alcuni passaggi appaiono concretamente rivelatori.

In linea di massima, sul *file rouge* dell'idea che il compito della Corte consiste unicamente nell'appurare se il procedimento, considerato nel suo insieme, incluse le modalità di ammissione e acquisizione dei mezzi di prova, sia stato equo e se siano stati rispettati i diritti della difesa, i giudici di Strasburgo effettuano tale vaglio d'insieme attraverso lo *speculum* delle motivazioni delle sentenze di merito pronunziate nel procedimento sottoposto a controllo; oppure -come tipicamente nella decisione del 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*, caratterizzata dal fatto che i due principali testi dell'accusa non si erano presentati in dibattimento e le testimonianze da loro rese alla polizia al momento dei fatti erano state lette ed utilizzate a termini dell'articolo 512 c.p.p.- la Corte adotta una diversa modalità operativa, secondo cui il controllo è effettuato previa disamina di atti processuali (evidentemente qualora allegati) che rivelino l'effettività del materiale conoscitivo adoperato dai giudici del merito.

La disamina potrebbe continuare, seguendo le tracce di una giurisprudenza che si attiene con apprezzabile costanza ai canoni sopra individuati; di fatto è senz'altro da condividersi

³⁸ Il rilievo appartiene ad un profondo conoscitore della materia quale CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, p. 11 e ss.

³⁹ In CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.

l'opinione di chi nota come, in assenza di un'esplicita indicazione di criteri adoperati dalla Corte ad individuare la natura decisiva o determinante della prova "incriminata", essa parrebbe compiere «un'operazione di sottrazione, testando la resistenza del materiale probatorio restante»⁴⁰, operazione effettuata –come si accennava– talora esclusivamente **sulla motivazione** della sentenza di condanna, talaltra **sugli atti processuali**.

Nella progressiva elaborazione dottrinale, il concetto di prova determinante o decisiva risulta di ardua definizione e difficile gestione concreta, radicato come appare sullo scivoloso terreno della valutazione della prova medesima e del peso effettivo da essa assunto nella decisione del caso⁴¹.

L'arrivo della sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, del 15 dicembre 2011 sembra avvalorare questo assunto⁴².

⁴⁰ Così SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, p. 373 e ss., in particolare p. 378.

⁴¹ Sottolinea questo aspetto BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 112. Per una completa ricostruzione della *sole or decisive rule*, v. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. Pen.*, 2013, p. 1 e ss.

⁴² Le valutazioni della sentenza Al Khawaja e Tahery, intesa come fonte di rischio di restrizione delle garanzie individuali, non sono peraltro unanimi all'interno della dottrina italiana; si veda, ad esempio, DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1690 e ss., il quale, a proposito della *sole or decisive rule*, come "licenziata" dalla sentenza Al-Khawaja, osserva: «questa riformulazione non è stata in grado di ridurne l'ambiguità: i giudici di Strasburgo hanno continuato a censurare condanne imperniate prevalentemente su dichiarazioni di testimoni assenti anche se ritenute dai giudici nazionali del tutto credibili e sufficientemente corroborate dal rimanente materiale probatorio». Considerazioni analoghe anche in CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, *ivi*, 2012, 3115 e ss.; diversa la posizione di ZACCHE', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti (working paper)*, in www.penalecontemporaneo.it, secondo il quale la sentenza Al Khawaja e la relativa esegesi "elastica" potrebbe avere l'effetto di produrre una «drastica riduzione del contenzioso con l'Europa». Particolarmente chiaro nel negare il senso di un *overruling* alla sentenza Al-Khawaja, appare FERRUA, *Quattro fallacie in tema di prova*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2014, 1, che infatti scrive: «Come! Overruling della Corte di Strasburgo? Vanno in fumo i criteri di valutazione? Le dichiarazioni irripetibili costituiscono prova piena? Interrogativi fuori luogo. Nessun mutamento di opinione; o per lo meno non si è autorizzati a sostenerlo confrontando le diverse decisioni. La Corte europea non ha rinnegato la sua giurisprudenza. Allo stesso modo in cui non intendeva allora vietare a priori qualsiasi condanna fondata su dichiarazioni divenute irripetibili, non vuole oggi spianare la via a quelle condanne. Ciò che muta non sono i criteri di valutazione, ma il contesto processuale al quale si rapportano».

La sentenza, emessa dalla Grande Camera, riunisce due ricorsi distinti, fondati su censure analoghe: quello del dr. Al-Khawaja contro la Gran Bretagna, e quello di Ali Tahery, contro l'Irlanda del Nord.

Nel caso Al-Khawaja, il ricorrente era un medico accusato di violenza sessuale nei confronti di due pazienti. La prima, dopo aver denunciato il fatto, si suicidava prima del giudizio; la seconda vi testimoniava regolarmente. Nel corso del processo, venivano ammesse come prova a carico le dichiarazioni della vittima deceduta, e al contempo venivano sentiti come testi due amici della donna ai quali ella aveva confidato l'occorso. Nel prosieguo del processo veniva poi esaminata la seconda vittima come pure altre due donne, anch'esse pazienti dell'imputato, le quali narravano che nel corso delle visite mediche il dott. Al-Khawaja aveva fatto loro delle proposte di indole sessuale. Terminata l'istruttoria, il giudice invitava la giuria a valutare con cautela le dichiarazioni di S.T. tenendo in particolar conto che la difesa non aveva potuto controesaminare la denunciante.

Al-Khawaja veniva condannato dalla giuria per violenza sessuale con riferimento ad entrambi i capi d'imputazione.

Simile, ma diverso il caso Tahery: nel corso di una lite, un uomo veniva accoltellato alle spalle alla presenza di più persone. Interrogati i testimoni nell'immediatezza del fatto, nessuno di essi riferiva alcunché in merito a qualsivoglia ruolo del Tahery. Due giorni più tardi, però, un teste ulteriore dichiarava alla polizia di aver visto il Tahery colpire la vittima.

Nel corso del processo, veniva escussa la persona offesa, che riferiva di una lite con il ricorrente e che, nel corso della medesima, era stato accoltellato alla schiena, ma non aveva visto chi l'avesse colpito.

Sembra, invece, accrescere il rilievo della decisione e altresì valutare positivamente il presunto *overruling*, BALSAMO, *La corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. Pen.*, 2013, 2837 e ss., in particolare laddove osserva: «La pronuncia adottata il 15 dicembre 2011 nel caso Al-Khawaja e Tahery ha altresì espresso alcune importanti precisazioni sulla nozione di prova "determinante" o "decisiva", sottolineando che si tratta di un concetto più pregnante della semplice valenza dimostrativa intesa quale attitudine ad accrescere le probabilità di giungere a un verdetto di condanna. La qualifica in esame designa, piuttosto, la prova di tale significato e importanza da determinare la decisione della causa».

Il pubblico ministero chiedeva anche l'ammissione delle dichiarazioni del teste che aveva originariamente accusato il Tahery, il quale si rifiutava di comparire in dibattimento per paura, cagionata da intimidazioni ricevute da ignoti.

Il giudice ammetteva le dichiarazioni, invitando anche qui la giuria a valutare con cautela le dichiarazioni del teste assente, seppur raccolte durante le indagini in assenza di contraddittorio con la difesa.

Al termine del giudizio, il Tahery veniva condannato.

Come agevole notare, la ricostruzione dei fatti processuali – così come riprodotta all'interno della comune decisione C.E.D.U.- rende palesi una serie di significative differenze tra le due vicende sottoposte all'attenzione dei giudici strasburghesi; prima di soffermarsi su questi aspetti, merita però tornare alla sentenza e alle valutazioni ivi contenute in diritto.

Nei due casi concreti esaminati, si trattava di verificare se la condanna degli imputati si fosse basata unicamente o in misura determinante sulle deposizioni dei due rispettivi testi che la difesa non aveva potuto sottoporre a controesame nei rispettivi procedimenti.

In riferimento agli ultimi motivi di ricorso sostenuti dal Governo britannico circa le incertezze interpretative connesse all'espressione «prova unica o determinante», la Corte precisa che i dubbi non sono connessi tanto al concetto di “prova unica”, che evidentemente rinvia ad una singola prova a carico, quanto piuttosto al concetto di “prova determinante”.

Affinché una prova possa essere considerata “determinante” non basta che senza la medesima vi sarebbero maggiori probabilità di assoluzione piuttosto che di condanna: se così fosse –osserva la Corte- praticamente tutte le prove meriterebbero questa qualificazione. L'espressione “determinante” deve quindi essere intesa ad indicare quella prova la cui importanza è **tale da consentire anche da sola la decisione del caso concreto.**

D'altra parte, in una valutazione complessiva, poi – aggiunge ancora la Corte- occorre verificare se gli svantaggi subiti dalla difesa siano controbilanciati da elementi sufficienti, quali delle **solide garanzie procedurali.**

A queste enunciazioni di carattere generale, la Corte fa seguire la decisione sui casi concreti: con riferimento alla con-

danna del sig. Al-Khawaja, in cui l'assenza al dibattimento della teste/persona offesa era derivata dal suo imprevedibile decesso, l'affidabilità della deposizione resa durante le indagini era confermata da vari elementi: la signora si era confidata con due amici subito dopo l'accaduto, i quali avevano reso testimonianze assoggettate ad esame in contraddittorio; vi erano solo delle minime divergenze tra la deposizione della vittima e quella resa dagli amici durante la loro escussione in dibattimento; inoltre, e soprattutto, esistevano delle analogie importanti tra il suo racconto dell'aggressione sessuale subita e quello reso in dibattimento dall'altra vittima, con la quale non vi erano prove e nemmeno sospetti di una collusione; questo senza enunciare le testimonianze rese, in pienezza di contraddittorio, da altre due testimoni, a loro volta vittime di pesanti molestie sessuali da parte del medico.

Tanto premesso, la Grande Camera, valutando l'equità del procedimento nel suo complesso, ha ritenuto che le difficoltà causate alla difesa dell'imputato, erano compensate da elementi sufficienti, tali da far ritenere insussistente la violazione dell'art.6, §§ 1 e 3, lett. d) C.E.D.U.

Per quel che riguarda, invece, il caso Tahery, la Corte ha rilevato che, al momento in cui erano state sentite le persone che avevano assistito alla lite, sul luogo e nell'immediatezza dei fatti, nessuno aveva riferito di aver visto il sig. Tahery accoltellare la vittima. Le dichiarazioni del teste rifiutatosi di deporre costituivano quindi e in sostanza l'unica prova a carico dell'imputato.

La Corte non ha ritenuto sufficienti, al fine di considerare equa la procedura subita dal Tahery, gli argomenti forniti dal Governo britannico, secondo il quale il ricorrente avrebbe potuto sottoporsi egli stesso ad esame o citare altri testimoni presenti ai fatti di causa per confutare la deposizione del teste assente. A parere della Corte nessuno dei predetti elementi avrebbe potuto controbilanciare le difficoltà arrecate alla difesa.

La Grande Camera ha ritenuto, in conclusione, che il carattere determinante della testimonianza e l'assenza di elementi a sostegno della stessa, non abbiano consentito ai giudici di formulare un corretto ed equo giudizio sull'affidabilità della testimonianza medesima. Di qui –per il caso Tahery- il riconoscimento della violazione dell'art.6, §§ 1 e 3 d), C.E.D.U.

L'attenzione dei commentatori italiani si è appuntata sull'affermazione che la Corte rende nel concludere la propria disamina della *sole or decisive rule* e, in particolare, sulla frase secondo cui «quando la condanna si fonda in modo esclusivo o determinante sulle deposizioni di un testimone assente, occorre un esame più rigoroso della procedura. In una valutazione complessiva, occorre verificare se gli svantaggi subiti dalla difesa siano **controbilanciati da elementi sufficienti, quali delle solide garanzie procedurali**. Nei casi in cui l'equità del processo è in rapporto con la deposizione di un testimone assente, deve verificarsi se ci sono degli elementi in grado di compensare le difficoltà connesse all'ammissione di tale deposizione, al fine di valutarne l'affidabilità. Una simile verifica consente di pronunciare una condanna solo se la deposizione del teste è sufficientemente affidabile tenuto conto della sua importanza nella causa»⁴³.

Ora, è indubbio che il riferimento ad un *counterbalance* operabile tramite la verifica dell'esistenza di "solide garanzie procedurali", sia potenziale fonte di ambiguità e fraintendimenti.

Si tratta di una frase la cui infelice natura è attestata dalle prime applicazioni interne, che adoperano disinvoltamente il pronunziamento europeo al fine di convalidare decisioni in cui il contributo del testimone "assente" avrebbe potuto pacificamente essere addotto al processo nel pieno rispetto del contraddittorio⁴⁴.

Non solo: come si vedrà a breve, talune decisioni successive della medesima Corte europea dimostrano *per facta concludentia* come il riferimento alle "forti garanzie procedurali", atte a compensare le difficoltà cagionate alla difesa dalla mancanza di contraddittorio nell'acquisizione della prova determinante, sia, in buona sostanza, nulla più che un monito privo di contenuti precisamente identificabili.

Invero, però, come spesso accade con le sentenze della Corte strasburghese, il reale significato di un'affermazione a-

⁴³ La traduzione riportata nel testo è tratta da www.duitdatabase.it. La frase in neretto è aggiunta, invece, dall'autore.

⁴⁴ Il riferimento corre ad una decisione della Suprema Corte in cui la sentenza Al-Khawaja è stata adoperata quale "giustificazione" per una esegesi degli artt. 512 e 512bis c.p.p. assolutamente irrispettosa dei canoni del giusto processo; cfr. CASSAZIONE PENALE, Sez. VI, 13 novembre 2013, n. 2296, in www.dejure.it

stratta può e deve essere tratto –esattamente in virtù della natura casuistica delle decisioni- dalla disamina del caso concreto in cui del principio enunciato viene fatta applicazione⁴⁵.

La sentenza Al-Khawaja e Tahery è, in questo senso, paradigmatica e la regola applicata ai distinti casi decisi sortisce, non per combinazione, effetti opposti: mentre il ricorso Tahery concerneva una ipotesi in cui la testimonianza resa in assenza di contraddittorio era **l'unica** avente ad oggetto **il fatto specifico sub iudice** (accoltellamento ad opera del ricorrente), nel caso del dr. Al-Khawaja la sussistenza della fattispecie concreta (violenza sessuale durante una prestazione medica) risultava attestata da due testimonianze regolarmente assoggettate a confutazione della difesa, la cui peculiarità era solo quella di essere costituite da dichiarazioni rese *de relato*⁴⁶; in più l'affidabilità dei *dicta* resi dalla vittima deceduta era confermata, sia pure a livello di prova indiretta, dal racconto effettuato dalla seconda vittima, sostanzialmente sovrapponibile nelle modalità di commissione del reato.

Un esempio classico di contraddittorio imperfetto –si dirà ma d'altra parte, anche un esempio che fa sorridere, laddove lo si confronti con le plateali violazioni delle regole dell'equo processo realizzate nell'ordinamento giuridico interno, come dimostra, senza tema di smentita, la lunga serie di sentenze italiane censurate dalla Corte europea in quanto realmente emesse sulla scorta di prove del tutto sottratte al contraddittorio.

A conferma dell'assunto –e quindi della natura ineffettiva del c.d. *overruling* della Corte strasburghese- merita analizzare due importanti decisioni succedutesi al caso Al-Khawaja.

Anzitutto, la sentenza Gani c. Spagna, del 19 febbraio 2013.

Accusato di aver sequestrato, torturato e stuprato la ex compagna, il cittadino albanese Gani aveva adito la Corte europea lamentando di essere stato condannato senza aver potuto controesaminare l'unica fonte di prova del fatto, ovvero la

⁴⁵ Per considerazioni analoghe v. già FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2011, 121.

⁴⁶ Pur con tutte le cautele che questo particolare tipo di prova esige. Cfr. GAITO, *Aspetti problematici in tema di prove*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, ...

vittima, rivelatasi completamente incapace di testimoniare nel pubblico dibattimento a causa del grave *shock* subito⁴⁷.

Le dichiarazioni della vittima «avevano formato oggetto di lettura davanti al giudice del dibattimento e il ricorrente aveva effettivamente esercitato la facoltà di contestare la loro veridicità esponendo la propria versione. Inoltre i giudici nazionali avevano effettuato un accurato confronto di entrambe le versioni dei fatti, le quali coincidevano parzialmente, in particolare su quegli aspetti che non implicavano la commissione di alcun reato o che avevano minori implicazioni penali. I giudici nazionali avevano valutato la versione del ricorrente come debole e incoerente, e quella della persona offesa come logica e sufficientemente dettagliata, così da eliminare qualsiasi sospetto di simulazione o vendetta. Peraltro, i giudici interni avevano tenuto in considerazione le dichiarazioni rese dalla vittima nel corso dell'udienza che, sebbene incomplete, erano servite per corroborare le sue deposizioni predibattimentali. L'attendibilità delle dichiarazioni alla vittima era ulteriormente confermata da prove indirette, come il fatto che essa fosse stata sequestrata dal ricorrente e che quando era stata rilasciata, essa indossava differenti vestiti appartenenti a quest'ultimo, come pure dalle valutazioni e relazioni mediche che confermarono che le sue lesioni personali e condizioni psicologiche erano coerenti con il suo racconto dei fatti»⁴⁸.

Ora, non sfugge come nel caso Gani, la natura “determinante” dei *dicta* sottratti al contraddittorio della difesa risultava forse ancora più spiccata che nell'*affaire* Al-Khawaja: in quest'ultima situazione processuale l'imputato aveva avuto quantomeno la possibilità di esaminare i testi *de relato*, ovvero i due amici della persona offesa che avevano raccolto le sue confidenze in merito allo specifico accadimento *sub iudice*; viceversa, nel caso Gani le ulteriori prove raccolte avevano carattere schiettamente indiziario, rappresentate, com'erano, dagli abiti indossati dalla vittima al momento del suo rilascio,

⁴⁷ Sulle peculiarità della posizione della vittima nella giurisprudenza europea v., *amplius*, STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. Pen.*, 2015, fasc. 1, 1 e ss.

⁴⁸ Quella citata nel testo è la massima della decisione Gani c. Spagna, leggibile in *Cass. Pen.*, 2013, 2836.

dalle lesioni riscontrate e, infine, dal medesimo disturbo post-traumatico che l'aveva colpita.

La decisione europea, con cui la Corte ha respinto il ricorso ad onta della natura palesemente “unica” della prova su cui era basata la decisione, si spiega in una diversa prospettiva, ben dichiarata dalla sentenza: il ricorrente aveva avuto occasione di interrogare la vittima, durante le indagini preliminari, **ma a questa occasione di confutazione aveva *de facto* rinunciato**, posto che il difensore –pur regolarmente convocato– risultava assente all'interrogatorio, senza adduzione di giustificazioni di sorta.

Ma si esamini ora altra recente sentenza, poc'anzi citata, ovvero la decisione emessa nel caso *Matitsyna c. Russia*, del 24 marzo 2014.

La ricorrente *Matytsina*, cittadina russa, svolgeva la professione di istruttrice presso un ente *non profit*, ispirato agli insegnamenti di un *guru* indiano: scopo dell'associazione era quello di promuovere uno stile di vita salutare, attraverso sessioni di allenamento, letture e *workshops* basati sulle pratiche spirituali orientali.

La vittima era stata, invece, un'abituale frequentatrice dei corsi tenuti dalla ricorrente, corsi che avevano incluso la pratica dello yoga, esercizi respiratori e meditazione. La donna, a partire dal 2002, aveva cominciato ad accusare gravi disturbi psichici – fondamentalmente allucinazioni e depressione – che l'avevano portata ad isolarsi dalla sua famiglia e ad abbandonare gli studi universitari. Siffatte condizioni avevano reso necessari numerosi ricoveri ospedalieri.

La vittima era stata dapprima interrogata da un investigatore di polizia, che ne aveva raccolto le dichiarazioni e, in seguito, su disposizione di quest'ultimo, era stata esaminata da un gruppo di psichiatri: gli esperti in parola avevano ritenuto che la paziente fosse affetta da schizofrenia acuta, cagionata dalla partecipazione alle attività.

A questo punto, l'investigatore aveva commissionato ad esperti plurime indagini in ordine alle attività dell'associazione, al fine di acclarare se le pratiche ivi svolte potessero essere classificate quali prestazioni mediche e se vi fosse un collegamento tra il crollo delle condizioni psichiche della presunta vittima e la partecipazione alle attività suddette. L'odierna ri-

corrente veniva, quindi, accusata di esercizio abusivo della professione medica.

Nel corso del giudizio, nonostante l'opposizione difensiva venivano acquisite le dichiarazioni predibattimentali della presunta vittima, ritenendo il giudice che, a causa delle condizioni di salute, ella non fosse in grado di partecipare al processo. Neppure era concesso alla difesa dell'imputata l'esame in contraddittorio di uno degli esperti che avevano confermato le tesi dell'accusa: anche tali dichiarazioni venivano lette. Veniva, infine, rifiutata la richiesta, avanzata dalla difesa, di disporre un'ulteriore consulenza volta a fare luce sulle cause della malattia della persona offesa.

Adita la Corte E.D.U., la ricorrente lamentava il mancato rispetto dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d) della Convenzione: ella affermava, oltre al resto, di non essere stata posta nelle condizioni d'interrogare la presunta vittima, le cui dichiarazioni, rese nel corso delle indagini, erano state acquisite a causa dello stato di salute della vittima, affetta da disturbi psichiatrici che le avevano impedito di partecipare al pubblico dibattimento.

I giudici di Strasburgo, posti dinanzi ad un ennesimo caso in cui risultavano ammessi come prova verbali di dichiarazioni rese da testimoni mai comparsi in dibattimento e, dunque, mai assoggettati a *cross examination*, reiterano i canoni ormai ben noti: *in primis*, ripete la Corte, occorre verificare l'esistenza di un serio motivo per la mancata partecipazione del testimone; in secondo luogo, anche in presenza di questa prima presupposto, laddove una condanna sia stata basata esclusivamente o in misura determinante sulle dichiarazioni fatte da una persona che l'accusato non ha avuto alcuna possibilità di esaminare, i diritti della difesa potrebbero essere stati limitati in misura incompatibile con le garanzie di cui all'articolo 6 C.E.D.U.

Quanto al primo punto, precisa la Corte: la decisione dei giudici nazionali di non chiamare la vittima a testimoniare si era fondata su due certificati medici che attestavano come la deposizione della donna in tribunale avrebbe potuto cagionare una ricaduta nella grave patologia psichiatrica da cui risultava affetta; la decisione del giudice russo di evitare alla vittima l'esame dibattimentale non era stata arbitraria.

Ben più importante la considerazione successiva: secondo la Corte, l'utilizzo del verbale contenente le dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio non aveva prodotto alcuna prova conclusiva nei confronti della ricorrente, posto che, all'esame delle dichiarazioni, appariva evidente come **nessuno dei fatti storici ivi asseriti risultavano posti in discussione dalla difesa**, la quale, nel corso del giudizio di merito, non aveva mai negato né la partecipazione della testimone ai programmi dell'associazione e neppure l'esistenza dei suoi problemi di salute.

Risulta quindi dimostrato –notano i giudici strasburghesi– che la difesa non ha mai cercato di confutare il risultato probatorio della testimonianza della persona offesa, limitandosi, per converso, a contestare ben altro aspetto dell'impostazione accusatoria, ovvero l'asserita esistenza di un nesso di causalità tra i disturbi mentali e le pratiche seguite all'interno dell'associazione, dato –quest'ultimo– che non avrebbe potuto essere oggetto di altra prova che di una a carattere scientifico.

In questo senso, dunque, secondo la Corte non può certamente asserirsi che il contributo dichiarativo reso dalla vittima in assenza di contraddittorio avesse costituito “unica o determinante prova” nei confronti della ricorrente: *«the defence did not deny that Ms S.D. had participated in the programmes, as she described, and that she had had health problems afterwards. They also accepted Ms S.D.'s account of the activities and practices in which she had been involved. It thus appears that the defence did not try to refute the essential elements of Ms S.D.'s testimony. Their case was built upon other arguments which pertained to the examination of medical issues (namely, the existence of a causal link between Ms S.D.'s mental disorder and her participation in the programme) and legal issues (determination of the “medical” nature of the practices used by the associations). It is unlikely that Ms S.D., as a lay person, would have been able to elucidate on either of those points»*.

Si notino, qui, i distinti passaggi del controllo operato dalla Corte: da un lato, essa ha sottoposto a verifica il contenuto delle dichiarazioni rese dalla vittima durante le indagini e al di fuori del contraddittorio, evincendone che il relativo contenuto era limitato a **fatti storici di contenuto atecnico e soprattutto mai contestati dalla difesa** (partecipazione ai pro-

grammi dell'associazione, da un lato, insorgenza di problemi psichici, dall'altro); in secondo luogo, la Corte rileva come, al di là e a prescindere dalla mancata contestazione di questi dati, la difesa avesse fondato la propria strategia lungo due direttrici ben precise, ovvero *in primis* sulla confutazione dell'assunto accusatorio secondo cui i problemi di salute della vittima sarebbero causalmente riconducibili alla terapie seguite all'interno dell'associazione, dall'altro, sulla confutazione in diritto della natura "medica" delle terapie praticate dalla ricorrente: strategia difensiva, nella cui linea prospettica, dunque, **le dichiarazioni rese dalla vittima risultavano *de facto* irrilevanti.**

Ora, se tutto questo è vero, ne risulta che l'analisi operata dalla Corte ha portato a respingere la censura della ricorrente fondandosi su di un concetto giuridico ben preciso: la prova acquisita al di fuori del contraddittorio non aveva mai avuto la natura di prova decisiva in quanto ipoteticamente rilevante in base alla fattispecie concreta dedotta in giudizio e/o al relativo schema legale, ma concretamente sfornita di tale requisito in relazione alla **specifica linea difensiva adottata dalla ricorrente all'interno del giudizio di merito.**

Si è notato, viceversa, *supra* come la Corte europea abbia constatato la violazione delle regole dell'equo processo con riferimento alle ulteriori censure addotte nel ricorso, ovvero all'impossibilità di confutare le prove rese da esperti dell'accusa sul nesso causale tra i disturbi psichiatrici della vittima e le presunte pratiche mediche prestate dalla ricorrente: decisione che appare del tutto coerente con l'assunto per cui questi e non altri erano i dati dimostrativi rilevanti in base alla strategia difensiva concretamente seguita.

8. Conclusioni minime.

Occorre ora tirare le fila: sono state esaminate tre importanti decisioni (e quattro vicende processuali) segnate dal *file rouge* della sottrazione al contraddittorio di dichiarazioni a carattere testimoniale, e l'idea che se ne trae in merito al concetto di "prova determinante" è appena più precisa di quella arguibile da precedenti sentenze, così come appena più precisa è

la percezione che se ne può trarre in merito al suo influsso nel modello di equo processo di cui la Corte europea si rende garante.

Comprendiamo, anzitutto, che di violazione di quel modello non può parlarsi, laddove la prova risulti irrilevante in base non solo e non tanto alla fattispecie concreta delineata dall'imputazione, ma sulla scorta della **concreta strategia difensiva perseguita dalla difesa**: in questo senso, il fulcro dell'attenzione torna a posarsi –come già sottolineato *supra*, con riferimento alla sentenza Perna c. Italia- sulle scelte e sulle responsabilità che gravano ineludibilmente sulla difesa nella gestione della singola vicenda processuale, ivi compresa quella di conferire o meno un ruolo decisivo alla singola prova rispetto alla regiudicanda.

In questa prospettiva, è possibile trarre una ulteriore conclusione: nulla autorizza a servirsi del concetto europeo di “prova determinante” per trarne l'idea che si tratti di una questione di “peso” della singola prova, ovvero ancora per conferire maggior valore alle argomentazioni con cui il giudice spiega, in motivazione, il valore che ha avuto la singola prova nel suo convincimento: nessuna delle sentenze appena esaminate contiene un solo elemento in grado di conferire valore a siffatto aspetto e non potrebbe essere diversamente, quando si consideri che il ruolo della Corte si esplica nei confronti di ordinamenti giuridici differenti, alcuni dei quali privi della garanzia della motivazione.

In questo senso, la giurisprudenza europea è capace di ridondare il termini apprezzabili sull'ordinamento interno e, in particolare, sul concetto di prova decisiva adoperato dal legislatore italiano a strutturare uno dei casi di ricorso per cassazione, contenuto nell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.

Si rammenti che la disposizione in parola, teoricamente costruita al fine di offrire tutela completa al diritto alla prova, subisce interpretazioni assolutamente divergenti in seno al supremo consesso⁴⁹.

Secondo un primo e più restrittivo orientamento, il *refrain* diffuso è quello che segue: «il vizio di mancata assunzione di prova decisiva rileva quando la prova richiesta e non ammes-

⁴⁹ Sia consentito il rinvio, per una più ampia ricostruzione, al volume dell'autrice, *La prova decisiva*, Padova, 2012, *passim*.

sa, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti "decisiva", cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione»⁵⁰; mentre massime più generose in virtù esplicativa notano che «l'*error in procedendo* rilevante ex art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., è configurabile soltanto quando la prova richiesta e non ammessa, *confrontata con le motivazioni addotte a sostegno della sentenza impugnata*, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una decisione diversa; la valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere compiuta *accertando se i fatti indicati dalla parte nella relativa richiesta fossero tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice di merito*»⁵¹.

Massime del genere denunciano con chiarezza l'intendimento di collocare il centro logico del concetto di prova decisiva su duplice sponda: anzitutto il termine di riferimento del controllo circa il potenziale effetto della prova omessa non è la *res in iudicium deducta* - insomma il capo d'imputazione con il fatto storico e la relativa qualificazione giuridica- ma la valutazione delle prove effettuata dal giudice e rivelata appunto dalla parte motiva della decisione⁵²; dall'altro

⁵⁰ CASSAZIONE PENALE, Sez. IV, 08 maggio 2007, n. 27738. Rigorosamente identica, ma più recente ID., Sez. VI, 25 marzo 2010, n. 14916.

⁵¹ CASSAZIONE PENALE, Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 23505; sostanzialmente analoga la massima di ID., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 2758, secondo cui «è prova decisiva, la cui mancata assunzione è deducibile come motivo di ricorso per cassazione, solo quella prova che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza intaccandone la struttura portante»; o anche quella di ID., Sez. II, 21 settembre 2010, n. 36276: «per prova decisiva, la cui mancata assunzione può costituire motivo di ricorso per cassazione, deve intendersi solo quella che, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti "determinante" per un esito diverso del processo. Per l'effetto, tale vizio è ravvisabile solamente quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni formulate in motivazione a sostegno e illustrazione della decisione, risulti tale che, se esperita, avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia».

⁵² Il riferimento alla motivazione della sentenza è continuo sin dalle prime sentenze, emesse all'indomani della riforma del codice: si veda, tra le tante, CASSAZIONE PENALE, Sez. I, 20 ottobre 1993, n. 1293: «L'art. 606 comma primo, lett. d), nuovo cod. proc. pen. prevede tra i motivi di ricorso per Cassazione la denuncia di mancata assunzione di una prova decisiva richiesta dalla parte a norma dell'art. 495 stesso codice. L'"error in procedendo" in cui si sostanzia il vizio in questione rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni in motivazione addotte a sostegno della sentenza, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione. La valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere quindi compiuta accertando se i fatti dalla

si assume che il fatto, l'elemento di prova omesso per essere decisivo debba essere capace di rovesciare la visuale prospettica adottata in sentenza o addirittura di farla apparire come priva di riferimento alle prove in atti, ovvero apodittica.

Per converso, esistono sentenze di Cassazione foriere di altro e ben diverso orientamento; la prima risale al 1992 e senza remore espone passaggi di rara chiarezza: prova decisiva –si nota qui- è quella che «con giudizio *ex ante*, appaia idonea a contrastare, nell'ambito dell'oggetto del processo, circostanze altrimenti acquisite, elidendone l'efficacia probatoria, ovvero capace di introdurre ulteriori elementi di valutazione, così da rendere possibile, nell'uno e nell'altro caso, una pronuncia diversa»⁵³.

Come si accennava, si tratta di una linea argomentativa destinata a sporadiche apparizioni, nell'arco degli anni⁵⁴, anche in termini variegati.

La distanza di siffatte pronunzie dall'orientamento restrittivo dominante⁵⁵ non può essere sottovalutata; anzitutto si esige che la prospettiva del controllo operato dalla Cassazione sia analoga a quella propria del giudice di merito al momento dell'ammissione della prova, con giudizio *ex ante* sui fatti prospettati quale oggetto delle prove a carico; in secondo luogo, si condiziona l'annullamento della sentenza ad un doppio *test*, verificandone la capacità di agire quale prova contraria *diretta* –tale, dunque, da elidere l'efficacia delle prove addotte *ex adverso*- ovvero, in alternativa, quale prova contraria *indiretta*,

parte indicati o, nel caso, le eventuali risultanze di perizia, siano tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice».

⁵³ CASSAZIONE PENALE, Sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 2516; di segno comparabile anche una massima piuttosto recente di ID., Sez. I, 20 gennaio 2009, n. 5611: «La ricognizione di persona può risultare prova decisiva, e cioè determinare, se assunta, una diversa decisione del giudice, consentendo il superamento di eventuali contrasti o dubbi emergenti dal quadro probatorio acquisito ovvero inficiando l'efficacia dimostrativa di prove di segno contrario. (Nella specie, l'imputato, condannato in primo grado anche grazie a un riconoscimento fotografico, era stato assolto dal giudice di appello che, pur sollecitato dal p.m., non aveva ammesso la ricognizione di persona, sul rilievo del lungo lasso di tempo trascorso dal fatto, della probabile metamorfosi fisionomica dell'imputato frattanto intervenuta e della non decisività di tale mezzo di prova; argomenti ritenuti illogici dalla Corte suprema che ha annullato con rinvio la sentenza impugnata)».

⁵⁴ V., ad esempio, pedissequa, CASSAZIONE PENALE, Sez. VI, 20 aprile 1995, n. 9303.

⁵⁵ A tutt'oggi diffusissimo; tra le più recenti si veda CASSAZIONE PENALE Sez. II, 20 marzo 2013, n. 21884.

capace d'introdurre all'attenzione del giudice fatti diversi da quelli descritti nel capo d'imputazione o nella lista testimoniale dell'accusa e incompatibili con i medesimi.

Altrettanto chiara appare l'incompatibilità dell'orientamento restrittivo con la c.d. *sole or decisive rule* elaborata dalla Corte europea: all'interno della lunga serie di decisioni che, nell'arco di un ventennio, si sono occupate del tema -ed esemplarmente nella recente sentenza Matytsina c. Russia- i giudici strasburghesi appaiono avallare un'esegesi decisamente più affine a quello che si è sopra definito come l'orientamento più garantista occasionalmente adottato dalla Cassazione: il termine di riferimento del controllo risulta qui essere, in effetti, non già la ricostruzione prescelta nella sentenza di condanna, bensì la fattispecie concreta portata *sub iudice* dall'accusa e, all'interno della medesima, la linea strategica di confutazione adottata dalla difesa.

Determinante, dunque, non è attributo derivante dal **"peso" della prova** -concetto vago e pericoloso attinente al momento della valutazione, con tutte le componenti soggettive e latamente discrezionali che essa comporta- ma dal suo **ruolo strutturale**, calibrato sulla scorta della fattispecie processuale concreta, delineata dal capo d'accusa e dalle tecniche di confutazione prescelte dalla difesa⁵⁶.

Ma si torni alla giurisprudenza europea.

Nella valutazione della Corte sull'equità complessiva del processo, la natura determinante della prova sottratta al contraddittorio **non è** una super-regola, destinata ad imporre la scelta tra processo rispettoso o meno del modello: lo sarebbe se i giudici europei giudicassero senz'altro iniqua la vicenda processuale che si concluda con una condanna che veda tra le proprie premesse rilevanti quelle tratte da prove assunte in

⁵⁶ *Contra v. BALSAMO, La corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja, in Cass. Pen., 2013, 2837*, a commento della sentenza Gani c. Spagna, ove si osserva: «il nuovo corso della giurisprudenza europea sembra richiedere un particolare impegno probatorio e motivazionale da parte del giudice, tale da fugare ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza mediante la raccolta di tutti gli elementi di convincimento capaci di confermare o smentire la deposizione del teste non controesaminato dalla difesa, la ricerca di riscontri esterni solidi (non aventi semplicemente natura indiretta), l'utilizzazione di tutte le modalità di documentazione (come la videoregistrazione) suscettibili di agevolare la verifica della credibilità soggettiva, la costruzione di un ragionamento giudiziale che tenga effettivamente conto delle contrapposte tesi delle parti».

assenza di contraddittorio. Sappiamo che non è così; i casi Al-Khawaja e Gani lo dimostrano senz'ombra di dubbio e non per un *overruling*, ma sulla scorta del coerente svolgimento di una premessa costantemente effettuata dalla Corte alsaziana: il suo controllo è focalizzato **sulla complessiva equità del procedimento**.

Il concetto è certo sfuggente, tanto quanto quello –ad esso logicamente parificabile– dell'esistenza di “forti garanzie procedurali”, che la Corte non identifica in alcuna guisa: in questo senso è impensabile attendersi che la giurisprudenza europea fornisca parametri astratti, che esulano dai lineamenti concreti dei casi decisi; non potrebbe farlo esattamente per le ragioni già ricordate, ovvero a cagione del suo ruolo di organo deputato al controllo di processi e regole processuali derivanti dagli ordinamenti più disparati.

Consideriamo, in questa prospettiva, le sentenze Gani c. Spagna e la più risalente Ogaristi c. Italia: in entrambe le situazioni è stato attribuito peso dirimente al comportamento processuale della difesa, nel primo caso immotivatamente assente dall'occasione di confutazione offertale durante le indagini, al momento dell'interrogatorio della vittima, nel secondo immotivatamente impedita da quel medesimo confronto dal rigetto della richiesta d'incidente probatorio.

L'insuccesso del ricorso, nella prima ipotesi, e l'accoglimento nella seconda confortano l'idea che l'equo processo sia (anche) questione di garanzie processuali che l'imputato s'impegni o meno a sfruttare.

Un panorama sfumato, ma probabilmente meno scivoloso di quello nostrano, afflitto da una serie di regole rigide spesso eluse da una giurisprudenza tutt'ora avvezza al pensiero che il centro motore del processo siano il giudice e il libero convincimento, come se la suprema garanzia di equità potesse trarsi dall'affidamento fideistico alla sua capacità di discernere il vero dal falso.