

INTRODUZIONE

Lo scopo di questa tesi di laurea è di analizzare il rilievo assunto dalla irripetibilità dei contributi dichiarativi in ambito processualpenalistico, alla luce dei principi del giusto processo così come presenti nel nostro ordinamento a seguito della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., nonché della rilevante influenza derivante dalle norme dell'ordinamento europeo.

L'analisi si sofferma sull'esame del suddetto articolo 111 Cost., delle principali norme dettate in ambito europeo con particolare attenzione all'art. 6 Cedu, nonché dei tre articoli del codice di procedura penale principali per la trattazione in esame, e cioè 500, 512 e 513 c.p.p., compendiate dalle norme utili a fornire un'interpretazione chiara ma senza alcuna pretesa di esaustività.

La presente tesi è composta da quattro capitoli, il primo relativo alle norme del giusto processo comunitario e italiano, i restanti tre ciascuno per un articolo del codice di procedura penale.

Il secondo capitolo, relativo all'art. 500 c.p.p., tratta delle contestazioni durante l'esame testimoniale, nodo cruciale del sistema perché necessario nel valutare l'applicazione e l'assimilazione dei principi di contraddittorio, oralità e immediatezza in conformità a quanto previsto sia nell'art. 111 Cost. che nei principi di *common law*: in particolare, se il “precedente difforme” può essere utilizzato a fini probatori ovvero anche per valutare la credibilità del teste. Questo articolo si applica in particolare all'esame del teste, ma in realtà può affermarsi che abbia portata generale perché disciplina ogni fonte orale (ad esempio le persone imputate in un procedimento connesso, così come coloro che non possono essere testi nel processo.). Vengono soprattutto in rilievo le dichiarazioni rese dal teste,

durante le indagini preliminari, al pubblico ministero ovvero alla polizia giudiziaria, le quali possono essere utilizzate per provare il fatto cadendo il divieto imposto in tal senso dalla precedente formulazione di tale comma. Una particolare applicazione di tale articolo riguarda la possibilità di acquisire al fascicolo del dibattimento le dichiarazioni precedentemente rese, qualora sia rilevato che il teste è stato sottoposto a “violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità”, eccezione al dettato costituzionale che prevede deroghe alla formazione della prova in caso di condotta illecita. In tal caso è sempre assicurato il contraddittorio tra le parti, in quanto è loro consentito di fornire tutti gli elementi idonei per la decisione del caso concreto, mentre il giudice non può effettuare le contestazioni, deve sempre farsi garante della correttezza delle stesse.

Il terzo capitolo, che tratta dell'art. 512 c.p.p. riguardante la lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione, è uno degli aspetti centrali della trattazione in esame.

Questo articolo consente l'acquisizione in dibattimento degli atti assunti durante le indagini e l'udienza preliminari, divenuti irripetibili. La lettura degli atti assunti nella fase antecedente al dibattimento è disposta dal giudice su richiesta della parte senza però violare il principio del contraddittorio. Presupposto della possibilità prospettata in tale articolo è l'irripetibilità sopravvenuta causata da fatti o circostanze imprevedibili, anche se non ci sono espressi interventi del legislatore nell'individuare espressamente cosa si intenda per “irripetibilità sopravvenuta”, e questo ha comportato non pochi problemi. Tuttavia, l'onere di provare l'impossibilità di assumere la testimonianza in dibattimento spetta alla parte che richiede la lettura, insieme alla prova della mancata volontaria sottrazione del dichiarante. Ruolo fondamentale svolge l'organo giudicante, il quale deve accertare il sussistere di una situazione improbabile, oggettivamente imprevedibile e verificatasi successivamente al momento dell'assunzione

dell'atto: in particolare, l'imprevedibilità deve essere valutata in relazione alle conoscenze di cui la parte poteva disporre sino al momento in cui avrebbe potuto chiedere l'incidente probatorio. Un particolare esame merita la disciplina degli atti leggibili rientranti nella fattispecie dell'art. 512 c.p.p., costituendo eccezioni al generale principio in merito previsto dalle norme codicistiche.

Il quarto capitolo è dedicato all'art. 513 c.p.p. il quale tratta della lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato durante le indagini preliminari o l'udienza preliminare. L'oggetto della trattazione, in questo caso, è incentrato sulle evoluzioni dell'articolo soprattutto alla luce dei contrasti avvenuti tra le formulazioni addotte dal legislatore e le interpretazioni rese dalla Corte Costituzionale, con particolare attenzione alla l. 267 del 1997 e la sent. Cost. 361 del 1998, fino a giungere all'attuale versione. Questa, tuttavia, si scontra con i problemi interpretativi nascenti dal coordinamento con l'art. 210 c.p.p., i quali sono stati risolti propendendo per un'interpretazione congiunta dei due articoli, per cui l'uno trova applicazione nei limiti previsti dall'altro. Ulteriore problema è stato il coordinamento con l'art. 512 c.p.p., a causa delle carenze contenute nell'articolo analizzato in tale capitolo, anch'esse oggetto di una copiosa giurisprudenza e risolte attraverso l'accertato raccordo tra le due norme: l'art. 512 c.p.p. troverà applicazione, in via integrativa, qualora si verificano i casi in esso disciplinati ma che rientrano anche nelle fattispecie *ex art.* 513 c.p.p. L'ultima analisi riguarda l'acquisizione probatoria prevista da questo articolo, in cui si sottolineano gli sforzi del legislatore per garantire il principio del contraddittorio anche attraverso il richiamo e il coordinamento con altri articoli (soprattutto con l'art. 500 comma 2 *bis* c.p.p.), anche se in ultima analisi questo è apparso superfluo tanto che può dirsi che il contraddittorio, pur considerato nella sua capacità integrativa o correttiva, risulta sacrificato.

E' apparso utile, prima di procedere all'analisi delle norme codicistiche, procedere nel primo capitolo all'esame dell'art. 111 Cost. e alla lettura costituzionalmente orientata degli articoli codicistici che si esamineranno in seguito, nonché dei principi comunitari valutati come raccordo tra i principi sanciti nella nostra Carta costituzionale e le pronunce della Corte di Giustizia stessa, le quali sono intervenute anche ad influenzare le interpretazioni normative interne, soprattutto in tema di rispetto del principio del contraddittorio. Particolare attenzione è stata dedicata all'analisi dell'art. 6 Cedu ed al modo in cui questo ha influenzato le pronunce delle Corti italiane, soprattutto dopo la qualifica di norma interposta attribuitale, essendo entrata così di pieno diritto tra le fonti del nostro ordinamento.

CAPITOLO I

Il giusto processo nel diritto europeo e nazionale e influenze sulle dichiarazioni del processo penale.

1. Cenni sul coordinamento tra l'ordinamento interno e l'ordinamento europeo.

L'apertura del nostro ordinamento allo scenario dell'Unione europea ha comportato una modifica del nostro scenario normativo, soprattutto in ambito processualpenalistico. La più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, ha previsto che qualora sia accertata una violazione da parte di uno Stato membro, questo deve non solo provvedere ad attribuire alle vittime delle violazioni un'equa soddisfazione, ma anche ad adottare le misure generali o individuali necessarie soprattutto ad evitare il ripetersi delle violazioni accertate. Con il passare del tempo, le norme europee sono state pienamente incorporate nelle fonti interne e considerate vero e proprio “diritto vivente”, capace di essere utilizzato al posto delle fonti nazionali, nonché grazie alla possibilità di adire una Corte di Giustizia e una Corte Europea dei diritti dell'uomo che costituiscono un valore aggiunto rispetto agli atti del giudice ordinario. A partire dalle sentenze c.d. “gemelle” 348 e 349 del 2007, la Cedu è stata considerata un vero e proprio parametro interposto tra le leggi nazionali e la Costituzione, e inoltre essendo una norma pattizia, qualora il giudice rilevi un contrasto con una legge interna potrà unicamente sollevare la questione dinanzi alla Corte Costituzionale, non potendo procedere autonomamente alla disapplicazione della norma Cedu. La Corte a sua volta, pur non potendo sindacare l'interpretazione della Cedu data dalla Corte Europea, resta legittimata a valutare se la norma convenzionale è eventualmente in

conflitto con la Costituzione; la differenza con le norme dell'Unione, come si rinviene nella sent. 349/2007, sta nel fatto che le norme Cedu sono sottostanti all'intera Costituzione, mentre le norme dell'Unione si trovano al di sotto dei soli principi fondamentali della stessa: quindi volendo creare una gerarchia delle fonti, troveremo al gradino più basso la legge ordinaria, poi i trattati internazionali tra cui rientrano le norme Cedu¹, la Costituzione tutta, le norme dell'Unione e i principi fondamentali della Costituzione al gradino più alto. Il ruolo della giurisprudenza europea pare attualmente spingersi fino al punto di vincolare lo Stato a conformare positivamente il proprio ordinamento alle pronunce della Corte Europea, la quale estende la sua deliberazione oltre il singolo caso in esame, per creare regole processuali generali. Proprio per tale motivo, non è raro che si creino in sede nazionale delle discrasie, per cui ad iniziali adattamenti sono seguiti dei veri e propri *test* di rilevanza del tema, per limitare la portata delle pronunce dei giudici di Strasburgo e ragguagliarle alla struttura del nostro sistema processuale penale: si tratta, in particolare, di valutare la capacità del nostro ordinamento a cedere o meno il passo all'applicazione delle norme europee, tenendo in considerazione l'impossibilità per i giudici interni di discostarsi dalle pronunce dei giudici internazionali, se non con adeguate motivazioni e al fine di adottare una più fondata lettura delle norme convenzionali. In questo modo, da un lato si supera il limite secondo cui il giudice è soggetto solo alla legge e, dall'altro lato, valorizza il ruolo dell'operatore come parte attiva del processo giurisdizionale.

Per notare come le sentenze pronunciate dalla Corte di Strasburgo stanno mutando la fisionomia del processo penale, basti pensare alle

¹ Dopo la riforma del Titolo V Cost., l'art. 117 prescrive che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», colmando una lacuna per garantire il rispetto di obblighi internazionali già assunti dallo Stato. In tal modo si è realizzato un rinvio mobile alla norma convenzionale, il quale ha consentito di attribuire rango costituzionale anche alle norme Cedu, comportando l'obbligo per il legislatore ordinario di rispettare queste norme.

ultime riforme le cui basi sono da ricercare proprio nella giurisprudenza europea. Il concetto stesso di “giusto processo” si sta evolvendo per effetto delle sentenze pronunciate dai giudici europei, infatti il concetto che ne è stato accolto dall'art. 111 Cost. ha un'impronta tipicamente giuspositivistica, ruotando attorno alla riaffermazione del canone di legalità processuale²: il giusto processo è quello regolato dalla legge, alla quale spetta il compito di garantire la ragionevole durata del processo e di assicurare i diritti dell'accusato, nonché di regolare le ipotesi in cui la prova si forma fuori dal contraddittorio. Nel sistema europeo il *fair trial*³ è quello che il giudice deve garantire nel caso concreto, e non quello fissato dalla legge, la quale viene tra l'altro intesa come il diritto prodotto dalla combinazione del dato legislativo e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza: il concetto di legalità viene, così, ad essere il combinato disposto tra il diritto di produzione legislativa e quello di derivazione giurisprudenziale. In quest'ottica il processo di conoscenza di una norma viene a costituire un *unicum* tra l'analisi della norma stessa e la sua concreta applicazione, per cui ciò che rileva è il “diritto vivente” e l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in armonia con le norme Cedu.

In materia penale, di fatto, le uniche pronunce normative del giudice sono state quelle volte a dare attuazione alle pronunce dei giudici di Strasburgo. La stessa Corte Costituzionale, per garantire la possibilità di riaprire un processo dopo una condanna della Corte Edu, ha creato la revisione europea, andando oltre i propri poteri in materia di impugnazioni straordinarie e mutando gli equilibri sottesi al giusto processo. Con questa revisione si è formato un sistema che è assimilabile a quello del ricorso

² In tal senso Gialuz, *L'apertura al sistema convenzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo*, in *DPP Speciale Cedu e ordinamento interno*, 2014

³ I principi di questo sistema postulano che, nei casi appropriati, gli interessi della difesa devono essere bilanciati con quelli dei testimoni o delle vittime.

costituzionale, il cui effetto indiretto sarebbe la riapertura dei processi ritenuti ingiusti dalla Corte Europea e di indurre i giudici italiani a ridurre il margine di apprezzamento per applicare, in modo automatico, i *dicta* di Strasburgo. Il risultato è l'abbandono della concezione formale di giusto processo così come prevista dall'art. 111 Cost. e l'adozione di una concezione sostanziale, secondo la quale conterebbe il rispetto concreto ed effettivo dei soggetti coinvolti nel processo penale e il giudicato potrebbe essere superato laddove la Corte di Strasburgo e il giudice italiano abbiano ritenuto il processo iniquo.

2. *Ordinamento interno e Cedu.*

La produzione del Consiglio d'Europa ha una forte incidenza sulle fonti del processo penale, anche se non produce norme vincolanti per gli Stati, ma piuttosto propone convenzioni internazionali che ogni Stato può decidere se ratificare o meno. Tra queste convenzioni un'importanza preponderante è attribuita alla Cedu, poiché nel panorama internazionale rappresenta «l'unico caso in cui la previsione di un catalogo di diritti fondamentali si accompagna all'istituzione di un apposito giudice – la Corte europea dei diritti dell'uomo, che siede a Strasburgo – alla quale possono ricorrere contro uno Stato parte inadempiente i singoli che lamentino la lesione nei loro confronti da parte di quello Stato di uno dei diritti convenzionali»⁴. Tale possibilità concessa ai singoli, è una vera e propria peculiarità della Cedu, che la distingue non solo dalle altre convenzioni internazionali ma anche dal sistema stesso dell'Unione, e la cui *ratio* è da ricercare nello scopo di tutelare i diritti fondamentali e

4 Tale è la formulazione dell'art. 34 Cedu.

spingere gli Stati a darvi attuazione⁵.

L'interpretazione delle norme fornita dalla Corte è vincolante in relazione al singolo caso esaminato e per tutti gli Stati, proprio per questo essa non si presenta come giudice delle leggi ma come giudice del caso concreto che le viene, di volta in volta, sottoposto. Tuttavia essa svolge anche un'importante opera interpretativa di carattere generale, e per il rilievo che le viene attribuito è riuscita ad implementare anche le garanzie convenzionali rispetto alle previsioni previste nella Cedu.

La collocazione della Cedu nel nostro diritto interno è stato un tema fortemente dibattuto. Per anni si è discusso se essa avesse lo stesso valore della legge o valore subordinato, ma il problema è stato in ultimo risolto con la modifica dell'art. 117 comma 1 Cost.: «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato (...) nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Dunque, la nostra Corte Costituzionale, ha affermato che da un lato le norme Cedu hanno una forza di resistenza superiore alla legge ordinaria, non potendo essere abrogate o modificate da una legge successiva, e che nel procedere alla loro interpretazione formano parametro interposto tra la legge ordinaria e la Costituzione, purché non risultino con essa in contrasto. Dal momento in cui l'Italia ha ratificato la convenzione in esame, ha anche accettato il ruolo della Corte Europea come interprete ufficiale e l'obbligo di adeguarsi alle sue pronunce. Un assetto di questo tipo implica che le norme interne contrastanti con le norme Cedu si convertono in norme incostituzionali, e il giudice interno dovrà ricorrere al giudizio di costituzionalità, dove la norma Cedu verrà ad assumere il parametro di fonte interposta così come interpretata dalla Corte Europea.

5 Della Cedu fanno parte integrante, oltre al testo della Convenzione, i Protocolli addizionali così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Quest'ultima, in particolare, ha assunto ruolo di preminente rilievo in merito all'interpretazione della Cedu stessa.

Successivamente, la Consulta ha precisato di riservarsi un «margine di apprezzamento» circa l'incidenza che l'interpretazione della Corte Europea può avere nel nostro ordinamento interno.

Nel sistema Cedu il giudice interno è il primo garante dell'applicazione dei diritti in essa previsti, ma si trova onerato di alcuni obblighi. *In primis* dovrà applicare la Cedu in via diretta, qualora sia possibile, assumendo così la convenzione il rango di diritto interno. Si è però distinto tra norme direttamente applicabili, o *self executing*, che sono costituite in maniera chiara, semplice e completa tale da poter essere direttamente applicate dal giudice senza necessità di intermediazione del legislatore, e norme non direttamente applicabili, o non *self executing*, che richiedono invece un'espressa attività normativa dello Stato. La diretta applicabilità è, quindi, una mera ipotesi nella concreta attuazione della convenzione.

Il secondo aspetto attiene all'ipotesi in cui la Cedu non presenti caratteristiche autoapplicative, per cui non può fungere da regola diretta per la decisione. In questo caso, la norma assumerà il parametro sulla base del quale il giudice dovrà interpretare il diritto interno, in maniera conforme a quello convenzionale⁶, nei limiti in cui ciò sia permesso dalle norme e, se non è possibile, egli avrà l'obbligo di sollevare la questione dinanzi alla Corte Costituzionale. Se l'interpretazione della norma risulti convenzionalmente conforme, in via implicita essa sarà da considerare come costituzionalmente conforme.

Solamente qualora la possibilità dell'interpretazione

⁶ L'art. 117.1 Cost., imponendo il rispetto degli obblighi convenzionali, avrebbe implicitamente determinato la costituzionalizzazione dell'obbligo del giudice di non procedere ad interpretazioni del diritto interno in contrasto con la Cedu. Ciò, inoltre, comporta che al giudice nazionale spetta il compito di interpretazione della norma interna in maniera conforme a quella internazionale, e laddove ciò non sia possibile, ovvero si dubiti della compatibilità della norma interna con quella internazionale, egli ha il compito di investire la Corte di Giustizia della questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117.1 Cost.

convenzionalmente conforme sia preclusa, ovvero il giudice interno dubiti della compatibilità della norma interna con quella convenzionale, sorgerà l'obbligo di investire la Corte Costituzionale della questione di legittimità della norma interna per contrasto con l'art. 117.1 Cost., utilizzando la norma convenzionale quale parametro interposto. Nelle c.d. sentenze gemelle, 348 e 349 del 2007, si è specificato che l'assurgere delle norme Cedu a parametro interposto le colloca ad un livello superiore alla legge ordinaria ma sempre sub-costituzionali, per questo motivo rileva la necessità della previa verifica di compatibilità con la costituzione.

Lo Stato ha l'obbligo di dare esecuzione alle decisioni della Corte che condannano lo Stato nel caso di violazione delle norme della Cedu, il più delle volte imponendo una «equa soddisfazione» alla parte lesa ovvero imponendo allo Stato i comportamenti da seguire per evitare future violazioni⁷.

3. L'art. 6 Cedu: il diritto al giusto processo secondo l'ordinamento europeo.

Sia la normativa europea che quella interna devono conformarsi ad

⁷ Tuttavia, anche quando la Corte impone questi comportamenti, sarà onere dello Stato darvi attuazione: se lo Stato persegue un comportamento negativo, erogherà soltanto una «equa soddisfazione» alla vittima della violazione lasciando inalterato il sistema normativo interno; è quanto avvenuto in Italia che, condannata ripetutamente per la lungaggine dei processi sia civili che penali, ha accordato il semplice risarcimento alle vittime. Esempio ne è il caso Somogy, in cui il ricorrente, cittadino ungherese e residente in Ungheria, venne accusato di traffico di stupefacenti in Italia. Arrestato in Austria, ma estradato in Italia, impugnò invano la sentenza della sua condanna pronunciata in contumacia. La Corte europea statò all'unanimità che vi era stato un divieto, da parte dei giudici italiani, nel garantire al ricorrente un diritto all'equo processo, perché non avevano accertato con sufficiente cura se la persona a cui era stato notificato l'atto giudiziario era la medesima che aveva commesso il reato. In ultimo, tuttavia, la Corte statò che l'accertamento della violazione dell'art. 6 Conv. costituiva un'equa soddisfazione per il danno sofferto, ed assegnò alla vittima una somma come compenso per le spese ed i costi processuali.

alcuni diritti fondamentali di varia matrice, la maggior parte dei quali è ricavabile dalla Cedu, con la finalità di rafforzare i diritti e la tutela della vittima.

Tra questi, un particolare rilievo assume il diritto all'equo processo, la cui matrice primigenia è rinvenibile all'art. 6.1 Cedu la quale dispone che: «Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta». Questa norma viene ad assumere carattere generale, in quanto non si riferisce espressamente alla materia penale, ma involve anche l'ambito civile e alcuni settori del diritto amministrativo, in particolare riguarda l'accesso alla giustizia, l'indipendenza, l'imparzialità e la precostituzione del giudice, la pubblicità del giudizio e la ragionevole durata del processo. Inoltre, la Corte di Strasburgo ha ampliato i casi in cui possa parlarsi di equo processo, comprendendovi anche il diritto al contraddittorio e alla c.d. “parità delle armi” tra le parti, nonché la conoscibilità del fascicolo processuale, delle motivazioni della decisione, il diritto alla prova e la garanzia della certezza del diritto⁸. Generalmente, le garanzie previste in tale articolo sono improntate all'idea della buona amministrazione della giustizia, della correttezza e della lealtà processuale.

Inizialmente la mancanza di ogni riferimento relativo alla tutela dei diritti fondamentali nel TCE, aveva portato la giurisprudenza della Corte di giustizia a presumere l'esistenza di principi generali, che assicuravano la protezione di tali diritti e per la cui ricostruzione fosse necessario riferirsi ai trattati internazionali; successivamente il TUE aveva recepito l'orientamento giurisprudenziale suddetto, ma si era avvertita la necessità

⁸ Questo complesso di garanzie è ripreso anche dall'art. 47 della Carta di Nizza, la quale prevede il «diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale».

di una fonte più precisa e articolata per la tutela dei diritti fondamentali, immaginando dapprima che la CE potesse aderire alla Cedu, diventandone parte contraente come tutti gli Stati. Ma nell'impossibilità di pervenire rapidamente a tale adesione, si è deciso di redigere un autonomo catalogo dei diritti fondamentali, la Carta di Nizza.

Tuttavia, fino a che l'adesione alla Cedu non si sarà perfezionata, essa continuerà a costituire per l'Unione una fonte non direttamente vincolante. Nel caso in cui uno degli Stati membri violerà i principi in essa sanciti, bisognerà distinguere se sussiste o meno un margine di discrezionalità nell'applicarla: se non sussiste, la Corte non considera necessario il suo intervento, altrimenti gli Stati devono considerarsi strettamente obbligati a darvi applicazione⁹.

L'art. 6 Cedu riporta le condizioni affinché si assicuri il rispetto del principio del giusto processo, quale diritto fondamentale dell'uomo. Non si tratta di garanzie esclusive del processo penale, ma è proprio in esso che sono più rigorosamente applicate dall'inizio alla fine del processo stesso, finanche nella fase di determinazione della pena, applicandosi soprattutto nei processi costituzionali e dinanzi alla Corte di Cassazione come ulteriore grado del procedimento.

Nell'art. 6 Cedu si parla espressamente di equo processo, mentre in

⁹ Questo risulta in particolare dall'evoluzione giurisprudenziale rinvenibile nelle sentenze *Bosphorus c. Irlanda* e *Matthews c. Regno Unito*.

Il caso *Bosphorus* riguarda un ricorso atto a far valere la violazione dell'art. 1 del primo Protocollo integrativo alla Convenzione. In particolare, la società ricorrente (una compagnia di aerei turca), si lamentava del fatto che le autorità irlandesi avessero sequestrato alcuni aerei che aveva preso in prestito da una compagnia aerea Jugoslava, in attuazione ad un regolamento CE che poneva misure di embargo nei confronti di quest'ultima. A seguito di ricorsi innanzi alle Corti irlandesi, la Corte fu chiamata a giudicare della conformità alla Convenzione dell'attività statale di esecuzione delle norme comunitarie. Essa ha chiarito che, la responsabilità degli Stati per violazione della Cedu non sussiste se essi attuano un atto comunitario senza avere in merito alcun potere discrezionale, a condizione che i diritti fondamentali abbiano una tutela equivalente a quella garantita dalla Cedu. In realtà da questo momento, la Corte ha assunto un atteggiamento di grande prudenza nei confronti degli atti comunitari, infatti solo nel caso *Matthews* ha dichiarato la responsabilità insieme di Inghilterra e degli altri Stati membri della Comunità, per violazione della Cedu.

Italia si parla di giusto processo. Nel diritto europeo è applicabile sia al processo civile che penale, anche se invero sembra riferirsi unicamente all'ambito penale.

Essendo formato da tre diversi commi potrebbero considerarsi alcuni diritti prevalenti sugli altri, in particolare appare diviso in due grandi parti: quella formata solo dal primo comma, in cui si ritrovano le «garanzie processuali oggettive», cioè afferenti al processo in quanto sequenza di atti, in cui l'uno costituisce presupposto per la validità del successivo; la seconda parte, formata da tutti i commi successivi, attinenti alle «garanzie processuali soggettive» riguardanti il singolo imputato di un reato, i diritti di difesa e le presunzioni di innocenza.

La garanzia dell'equità processuale, intesa come la configurazione che deve avere ogni processo per potersi effettivamente definire tale, e non essere solo un'apparenza, rappresenta una serie di caratteri che devono espressamente ricavarsi dall'opera interpretativa della Corte europea. Particolare menzione merita la pubblicità del processo, poiché in assenza di esso non avrebbe senso il riconoscimento dei diritti di difesa e della indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante se non si possa verificare che, nella decisione, si sia o meno tenuto conto delle ragioni della parte processuale consentendo di valutare il processo stesso dall'esterno. Dall'altro lato, tuttavia, comporta una eccessiva esposizione al pubblico delle vicende processuali, comportando l'eccessiva esposizione della vicenda giudiziaria di un soggetto¹⁰. La Corte tutela questo specifico aspetto, però, collegando alla pubblicità del processo anche il diritto alla motivazione della decisione, rendendo pubblico e controllabile l'iter che il giudice ha seguito nel formare il proprio convincimento in merito ad una determinata vicenda giudiziaria, e la ragione per cui è pervenuto alla

¹⁰ Questo *modus operandi*, tuttavia, produce come conseguenza negativa la possibilità di intaccare il diritto alla riservatezza e la presunzione di innocenza propri di ciascun imputato.

decisione adottata.

Appare, dunque, che il concetto di “processo equo” è volto a tutelare il potenziale destinatario di una sentenza favorevole danneggiando, in linea di principio, il destinatario di una sentenza sfavorevole perché il prolungamento dell'incertezza giuridica avrebbe come conseguenza un differimento delle decisioni sfavorevoli eventualmente adottate.

Secondo la formulazione di tale articolo, inoltre, il processo deve essere svolto in maniera pubblica e dinanzi ad un tribunale imparziale e preconstituito per legge, e che solo in questo caso un processo potrà dirsi equo. L'imparzialità è richiesta sia relativamente al dato soggettivo che oggettivo: sotto il primo profilo, nessun giudice componente il tribunale deve avere pregiudizi sugli imputati, mentre il profilo oggettivo richiede che bisogna escludere ogni ragionevole dubbio, anche apparente e non dipendente dalla condotta dei giudici. In sintesi, è necessaria l'assenza di preconcetti e pregiudizi da parte dell'organo giudicante.

Ma l'aspetto peculiare di quanto previsto in tale articolo, è la preconstituzione per legge del giudice, la quale costituisce un principio cardine della costituzione dello Stato di diritto e che è da rintracciare all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. In questo particolare caso, appare che l'art. 6 Cedu costituisca *lex specialis* rispetto al più generale principio previsto all'art. 13 della stessa Convenzione, il quale prevede il diritto a ricorrere presso un'autorità istituzionale.

Il fatto che l'art. 13 possa essere considerato una sorta di norma – base rispetto all'art. 6, comporta che in un rapporto definibile come di genere e specie l'art. 6 tenderebbe a produrre un assorbimento di parte del disposto dell'art. 13. Tuttavia è stata la Corte di giustizia stessa a sottolineare come l'art. 13 mantenga comunque una propria autonomia, poiché vero è che ogni soggetto deve vedersi garantito il diritto ad esperire

tutti i mezzi di ricorso previsti dagli ordinamenti interni per far valere violazioni eventuali della Cedu, ma dall'altro lato il soggetto potrebbe lamentare la mancanza di rimedi esperibili per sollevare eventuali violazioni dell'art. 6, ed è proprio questo aspetto che viene ad assumere rilevanza relativamente all'art. 13.

Un ulteriore aspetto rinvenibile nell'art. 6 Cedu attiene alla ragionevole durata dei processi, pur essendo la Corte consapevole che non è un termine statuibile a priori, ma si erge a garante dello stesso valutandolo caso per caso attraverso gli elementi dei singoli casi: soggetti, oggetto della controversia, grado di difficoltà degli accertamenti probatori. La maggior parte dei casi riguardo tale problematica è stato rinvenuto proprio in Italia, dove in seguito a vari casi la giurisprudenza è pervenuta ad un'accezione consolidata di violazione della ragionevole durata del processo¹¹ ancorandola a dei parametri ben individuati:

- *dies a quo*: a partire dalla notifica dell'atto di citazione, o dal deposito del ricorso nel processo civile, o dalla conoscenza diretta e ufficiale delle accuse per l'imputato nel processo civile;

- *dies ad quem*: fino alla definitività della sentenza.

La Cedu ha stabilito che la durata del processo è, in ogni caso, da considerare irragionevole quando è superiore a tre anni per grado di giudizio.

L'art. 6.1, prima ancora di prevedere una serie di diritti processuali, prescrive il «diritto di giurisdizione» che è espressione del diritto di accesso al giudice, specialmente in riferimento alle controversie civilistiche in materia di diritti e obblighi¹². Il ruolo del giudice assume un

11 Nella sent. Capriati c. Italia (ricorso n. 41062/05), sentenza del 26 luglio 2011, la Corte Edu ha dichiarato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione per eccessiva durata del processo, condannando lo Stato italiano a risarcire i danni morali quantificati nella somma di 2100 euro.

12 Un limite alla possibilità di instaurare un processo, soprattutto nei confronti di Stati, si rinviene nell'esercizio degli atti *iure imperii*, cioè quelli che costituiscono espletazione

carattere centrale nelle garanzie processuali, tanto che esso deve essere indipendente, imparziale e «costituito per legge»: nel valutare l'indipendenza si prendono in considerazione le procedure di nomina, la durata del mandato e l'esistenza di garanzie contro pressioni esterne; mentre l'imparzialità, intesa come assenza di pregiudizi, deve essere valutata sia dal punto di vista soggettivo, accertando se vi sia un preconcetto del giudice circa la colpevolezza dell'imputato, che dal punto di vista oggettivo, accertando in tal caso se sussistono fatti verificabili che autorizzano a mettere in dubbio l'imparzialità del giudice a prescindere dalla sua condotta personale.

Occorre, tuttavia, evitare che il principio della ragionevole durata del processo si traduca nel pretesto alla giustizia sommaria, infatti le finalità di economia e accelerazione dei tempi processuali non possono mai portare a trasgredire un principio fondamentale, qual è quello del contraddittorio e, in generale, quello alla difesa. Per valutare la ragionevolezza della durata, il *dies a quo* e il *dies ad quem* da prendere in considerazione sono rappresentati rispettivamente dalla formulazione di un'accusa, e dalla decisione conclusiva del processo penale, anche se mancano dei parametri rigidi di carattere generale essendo presenti unicamente tre “linee guida”, quali la complessità del caso, il comportamento dell'interessato e il comportamento delle autorità competenti: riguardo al primo criterio, bisogna considerare le situazioni di complessità strutturale e le difficoltà logistiche; con il secondo criterio, si prende in considerazione la responsabilità dell'imputato per il prolungamento dei tempi processuali, causato da iniziative dilatorie, anche se tale parametro non deve essere un ostacolo per l'utilizzo da parte della difesa di tutti gli strumenti idonei a sostenere le proprie ragioni; con il terzo criterio, lo Stato risulta gravato da un obbligo di risultato, dovendo

dell'esercizio delle attività necessarie alle funzioni statali.

assicurare una giustizia tempestiva. In generale, la Corte europea ha ritenuto irragionevole la durata del processo che superi i tre anni per il giudizio di primo grado, due per quello di appello e uno per quello innanzi alla Cassazione. L'esito del giudizio è considerato ininfluenza per il risarcimento del danno da irragionevole durata, ma si è esclusa la riparazione nei casi in cui l'imputato abbia tratto un vantaggio da tale lungaggine, mentre è stata prevista la possibilità di ridurre la pena eventualmente applicata se il processo è stato eccessivamente duraturo. In particolare, con la l. Pinto 89/2001 è stato previsto uno specifico ricorso in appello quando un processo ecceda il termine di durata ragionevole, così come previsto dalla Corte. Si è, in tal modo, introdotto un nuovo ricorso interno che i ricorrenti devono avviare prima di ricorrere presso la Corte di Strasburgo. Tuttavia le Corti d'Appello, inizialmente, non hanno applicato i parametri della Cedu per definire l'irragionevole durata del processo, ma richiedono ai ricorrenti di dimostrare l'aver subito un danno (che secondo l'art. 6 Cedu è incluso nel fatto stesso). In questi si è previsto un ri – appello alla corte Edu per scorretta applicazione della legge Pinto.

La Corte europea ha assunto, in merito alla l. Pinto, una posizione che non ha trovato riscontro nella giurisprudenza italiana, d'altra parte deve anche rilevarsi che negli anni precedenti all'adozione di suddetta legge la Corte non aveva assunto una chiara posizione in merito ai rimedi interni di accesso ai tribunali per esperire violazioni della Convenzione: questa circostanza non poteva che tradursi in un'eccessiva proliferazione di ricorsi innanzi alla Corte stessa, chiamata a svolgere un ruolo di prim'ordine rispetto al giudice nazionale.

Ad avviso della Corte, perché si possa esperire un ricorso dinanzi ad essa, è necessario che non vi siano più rimedi interni esperibili e la stessa circostanza che le parti abbiano ricevuto un risarcimento non costituisce deterrente per la sua esperibilità. Dunque, non occorre

unicamente che le autorità nazionali abbiano riconosciuto la violazione di una norma Cedu, ma che abbiano riconosciuto al ricorrente un equo risarcimento rispetto al pregiudizio arrecato: infatti, solo in tal modo il rimedio può dirsi correttamente esperito e può dirsi rispettata l'esigenza di garantire che ciascuno, sia il giudice europeo che quello nazionale, svolgano al meglio il proprio ruolo.

4. Riflessi dell'applicazione del giusto processo e caso Drassich.

Tra le garanzie ricavabili dal principio del giusto processo, una posizione di rilievo assume la salvaguardia del contraddittorio e la “parità di armi” tra le parti. Secondo la Corte di Strasburgo, l'esigenza di garantire la c.d. “uguaglianza delle armi”, intesa come posizione di equilibrio tra le parti, deve essere assicurata sia in sede civile che in sede penale, rendendo necessaria anche una fase investigativa condotta in segreto da organi pubblici prima del giudizio. Per essere paritaria, questa procedura deve avere il carattere del “contraddittorio”, cioè ciascuna parte deve poter introdurre in giudizio tutti gli elementi idonei a comportare l'accoglimento delle sue domande, nonché a conoscere e discutere tutti gli elementi di prova e le argomentazioni addotte dall'altra parte per influire sulla decisione del giudice: la finalità è quella di far ascoltare le proprie ragioni, per non essere posto in una posizione di netto svantaggio rispetto alla controparte, e non è altro che il nucleo elementare del contraddittorio, tanto che la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 6 qualora il giudice non abbia consentito ad una delle parti di esporre le proprie ragioni.

Da questi diritti principali, la Corte europea ha enucleato anche il diritto a difendersi attraverso le prove, chiarendo che l'art. 6 non impone di

attribuire alla difesa gli stessi diritti dell'accusa nella ricerca e nell'assunzione delle prove, ma alla prima deve essere data la possibilità di produrre prove in condizioni analoghe alla seconda.

Tra le implicazioni del diritto all'equo processo, vi è anche l'obbligo di motivazione dei provvedimenti emessi dagli organi giurisdizionali. La Corte europea ha valorizzato sia l'aspetto endoprocessuale che quello extraprocessuale della motivazione, dovendo i giudici motivare in modo chiaro e preciso le ragioni su cui fondano le proprie decisioni, in modo che sia consentito un maggiore controllo dell'amministrazione giudiziaria e che in sede di impugnazione le parti possano effettuare una più efficace ed efficiente critica della sentenza. Tuttavia né l'art. 6 Cedu (né la Carta di Nizza) prevedono un diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale, il quale è invece previsto dall'art. 2 Protocollo n.7 addizionale alla Cedu, il quale riconosce l'impugnazione esclusivamente all'imputato di cui è stata affermata la responsabilità penale¹³. Qualora si instauri il secondo grado di giudizio, ad esso vanno applicate egualmente le garanzie richieste per l'equo processo del primo grado¹⁴.

L'art. 6.2 Cedu sancisce la presunzione di innocenza dell'accusato, mentre l'art. 6.3 prevede alcune ulteriori specificazioni del diritto di difesa, quali quello di essere informati dell'accusa, di usufruire di tempi e facilitazioni adeguati per la preparazione della difesa, il diritto all'autodifesa, all'assistenza difensiva e al gratuito patrocinio, del

13 Questo articolo fa riferimento separatamente alla dichiarazione di colpevolezza ed alla condanna, per tenere in considerazione la struttura bifasica del procedimento decisorio tipico dei paesi di *common law*. Gli Stati, in generale, dispongono di un ampio margine di apprezzamento circa la determinazione delle modalità di esercizio del diritto all'impugnazione ed alla definizione dei motivi per cui è chiesto il riesame della decisione di primo grado, ma i limiti eventualmente posti non ne devono pregiudicare la sostanza.

14 La violazione dell'equo processo viene valutata nel suo complesso dalla Corte di Strasburgo, cioè in merito all'incidenza della violazione nello svolgimento complessivo della vicenda processuale e quanto una contrazione delle garanzie in una fase possa essere compensata da eventuali fasi successive.

contraddittorio nella formazione della prova, nonché di partecipazione dell'imputato al procedimento penale¹⁵.

I par. 2 e 3 dell'art. 6 Cedu fanno riferimento entrambi all'accusato. La c.d. “accusa in materia penale”, è stata interpretata dalla Corte di Strasburgo in maniera avulsa dalle terminologie tecnico – giuridiche dei vari ordinamenti nazionali, per assicurare l'applicazione di uno *standard* minimo uniforme in tutti gli Stati parte alla Convenzione così da limitare la discrezionalità di ogni legislatore nazionale. Per definire la “materia penale”, la Corte ha utilizzato tre criteri alternativi: la classificazione dell'illecito nell'ordinamento nazionale, la natura dell'illecito e la severità della sanzione applicabile.

Dall'altro lato, l'accusa, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, non si identifica con l'atto mediante il quale il titolare dell'azione penale incrimina un soggetto davanti ad un giudice (concezione formale), ma può consistere in ogni notificazione ufficiale da parte dell'autorità competente di un atto che implica l'addebito, ovvero in generale nell'adozione di qualsiasi misura che possa avere ripercussioni importanti nella situazione del destinatario (concezione materiale)¹⁶: per questa ragione, accusato può essere sia l'indagato che il destinatario di atti o provvedimento delle indagini preliminari¹⁷.

L'art. 6.2, nel sancire la presunzione di innocenza, si trova a svolgere un ruolo di collegamento tra i contenuti essenziali dell'equo processo e la disciplina degli specifici diritti dell'accusato.

La presunzione di innocenza è uno degli elementi essenziali

¹⁵ L'art. 48 della Carta di Nizza sancisce unicamente la presunzione di innocenza e la garanzia dei diritti della difesa di ogni imputato. Questo, in realtà, è un generico richiamo all'art. 6.3 Cedu, essendo comunque riconosciuta l'identità del significato e della portata dei due strumenti normativi, osservando tra l'altro che alcune delle garanzie convenzionali sono esplicitamente previste dall'art. 47 della Carta di Nizza.

¹⁶ In tal senso Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014

¹⁷ Nell'art. 48 della Carta di Nizza le garanzie previste agli artt. 6.2 e 3 Cedu sono conferite espressamente all'imputato, inteso come soggetto accusato di un reato.

dell'equità processuale¹⁸, che viene in rilievo quale regola di giudizio: la colpevolezza dell'imputato deve essere provata «al di là di ogni ragionevole dubbio», e tale prova grava esclusivamente sull'accusa. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che tale articolo non vieta, in linea generale, l'introduzione di presunzioni *in malam partem*, ma esse devono essere circoscritte entro limiti ragionevoli, soprattutto preservando i diritti della difesa per consentire all'imputato di fornire la prova contraria¹⁹.

L'art. 6.3 Cedu prevede che «l'accusato deve essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico», per garantire l'efficace svolgimento dell'intera fase difensiva. Ciò non comporta che l'accusa deve rimanere statica durante l'intero svolgimento del processo, ma se essa muta ne deve essere data tempestiva informazione alla parte di modo che possa approntare un'adeguata difesa, nonché si aggiunge anche il diritto a conoscere l'intero fascicolo processuale, per rispettare il principio del contraddittorio e della “parità delle armi”. Le uniche limitazioni consentite sono quelle assolutamente necessarie per salvaguardare un interesse pubblico essenziale.

Recentemente la dir. 2012/13/UE è intervenuta in merito di «diritto all'informazione nei procedimenti penali», conferendo al diritto all'informazione una triplice valenza: informare sui diritti processuali, informare sull'accusa e consentire l'accesso alla documentazione delle indagini. Per quanto attiene al primo profilo, l'art. 3 della direttiva statuisce che le autorità nazionali devono fornire all'indagato e all'imputato le

¹⁸ In tal senso Kostoris, op. cit.

¹⁹ L'art. 6.2 Cedu si differenzia dall'art. 27.2 Cost., perché la prima parla di «presunzione di innocenza», valendo quindi sino al momento in cui la colpevolezza viene legalmente accertata anche in primo grado, mentre la seconda norma parla di «presunzione di non colpevolezza», durando sino alla pronuncia di condanna definitiva: in tal modo, vi è un effetto sospensivo delle impugnazioni nel nostro ordinamento contro le sentenze penali di condanna, mentre nell'ordinamento dell'Unione l'esecutività della sentenza anche in primo grado consente la proposizione del gravame.

informazioni essenziali, in merito ad un nucleo minimo di garanzie processuali tempestivamente, e cioè anteriormente al primo interrogatorio degli indagati o degli imputati da parte della polizia o di un'altra autorità competente; per quanto attiene, invece, al secondo profilo l'art. 6 della direttiva, pone a carico degli Stati membri l'obbligo di assicurare che le persone indagate o imputate siano informate sul reato di cui sono sospettate o accusate di aver commesso, e anche in questo caso l'informazione deve essere resa tempestivamente, con tutti i dettagli necessari per garantire l'equità del procedimento e l'esercizio del diritto di difesa; in merito al terzo profilo, gli Stati devono assicurare il diritto di accesso alla documentazione d'indagine in due diversi modi: se l'indagato o l'imputato sono in stato di arresto ovvero di detenzione, deve essere messo a disposizione del difensore il materiale probatorio per l'impugnazione del provvedimento, mentre la seconda modalità prevede una completa attività di *discovery*, nel tempo necessario a garantire la corretta predisposizione dell'attività difensiva.

La possibilità per l'accusato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa» garantita dall'art. 6.3 lett. *b* Cedu è strettamente collegata all'esercizio della difesa previsto dalla lett. *c* dello stesso articolo, ed è un fattore di bilanciamento necessario ad impedire l'exasperazione della celerità sottesa al principio del giusto processo. In tale disposizione, possono essere evidenziati due elementi per ottenere una effettiva difesa: le facilitazioni e il tempo, ma stabilire quest'ultimo elemento richiede, tuttavia, un approccio strettamente casistico potendo così risultare scarso quello standardizzato dalle norme per valutare se la norma convenzionale sia stata o meno rispettata.

Un'ulteriore rilievo viene dato da tale norma alla possibilità di difendersi personalmente, di essere assistito da un difensore scelto ovvero di un'assistenza legale gratuita.

Per individuare il momento in cui sorge il diritto all'assistenza di un legale rappresentate, la norma deve essere interpretata estensivamente, consentendo all'indagato di essere assistito da un legale rappresentate sin dalle prime fasi di investigazione della polizia. Le restrizioni sono applicabili solo in casi marginali, in presenza di ragioni imperative, e non devono in ogni caso pregiudicare i diritti dell'accusato tanto che, quando si trova in stato di privazione della libertà, l'imputato deve poter beneficiare dell'assistenza di un legale rappresentate indipendentemente dal fatto che sia o meno sottoposto ad interrogatorio.

Particolare attenzione dedica la Corte alla qualità della difesa. La Convenzione impone di garantire non solo la nomina, ma anche l'assistenza di un difensore, ma lo Stato non può farsi carico di ogni carenza addebitabile ad un difensore d'ufficio, tant'è che la tematica relativa al gratuito patrocinio in ambito europeo è meno garantistica rispetto all'ambito nazionale²⁰: l'art. 6.3 lett. c Cedu prevede unicamente che l'accusato ha diritto all'assistenza di un legale d'ufficio, solo se si trovi in ristrettezza economica e vi sia uno specifico interesse della giustizia²¹. Sotto il profilo soggettivo, il diritto di avvalersi di un difensore è attribuito ad indagati e imputati e a chi possa assumere tale posizione a seguito di un'autoincrimazione durante un interrogatorio, a partire dal momento in cui sono informati dalle autorità competenti di aver acquisito tale posizione e fino alla conclusione del procedimento, nonché viene garantito alle persone soggette ad un procedimento di esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Gli Stati, salvo che il diritto nazionale preveda l'assistenza obbligatoria del difensore, devono assicurarsi che qualsiasi

²⁰ La legge italiana impone la nomina di un difensore d'ufficio ogni qual volta l'imputato non abbia nominato un proprio difensore di fiducia, ovvero assicura a tutti coloro che si trovano in condizioni di disagio economico la possibilità di scegliere il proprio legale rappresentate. In questo modo è sempre garantita l'assistenza di un legale rappresentate ad ogni imputato.

²¹ Un'ulteriore restrizione è rinvenibile nella Carta di Nizza, laddove il ricorso a tale beneficio è previsto per assicurare un effettivo accesso alla giustizia.

rinuncia al diritto di accesso al difensore sia frutto di una libera scelta, cioè volontaria e consapevole. Sotto il profilo oggettivo, le garanzie prevedono il diritto ad avere informazioni generali che agevolino la nomina di un difensore, il diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva di quest'ultimo all'interrogatorio e agli atti di investigazione e probatori, il diritto di comunicare in regime di riservatezza con lo stesso. Le deroghe a tali principi, dovranno essere autorizzate caso per caso da un'autorità giudiziaria e devono essere improntate al principio di proporzionalità, di limitazione temporale e devono essere tali da non pregiudicare la complessiva equità del processo e suscettibili di controllo giurisdizionale. I diritti della difesa saranno irrimediabilmente pregiudicati, quando le dichiarazioni rese durante un interrogatorio della polizia, in assenza di un legale rappresentante, saranno usate per giungere ad una condanna.

Ogni accusato, così come previsto dall'art. 6.3 lett. *d* Cedu, ha il diritto ad «esaminare o far esaminare i testimoni a carico» e ad ottenere la «convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni di quelli a carico». Questo indica che la Cedu non privilegia nessun tipo di tecnica esaminatoria, e che la nozione di testimone è utilizzata in senso atecnico, essendo riferibile ad ogni persona che renda all'autorità procedente delle dichiarazioni che saranno utilizzate dall'organo giudicante per la decisione del caso: dunque, ricomprende la nozione di testimone in senso stretto, di coimputato, di imputato in un reato connesso, la parte civile, la vittima del reato, gli esperti. Per la qualifica di teste non è neppure necessario che il soggetto venga esaminato dinanzi al giudice, o che le sue dichiarazioni vengano lette in udienza, bastando che abbia reso una dichiarazione presa in considerazione per la valutazione della prova. Il principio che la Corte europea ha espressamente ricavato dalla formulazione di tale articolo, è che gli elementi di prova a carico dell'accusato devono essere prodotti in udienza pubblica ed in sua presenza

per garantire il contraddittorio, le uniche eccezioni ammesse sono quelle che tutelano comunque il diritto alla difesa, garantendo all'accusato di contestare in modo adeguato le testimonianze a suo carico, e di esaminare gli autori di esse al momento della deposizione. Da tale principio discende la c.d. “*sole or decisive rule*”, secondo la quale l'art. 6 sarebbe violato ogni qual volta in cui la condanna risulti basata in modo esclusivo o determinante su deposizioni rese da soggetti che l'imputato non ha mai avuto la possibilità di esaminare. Bisogna considerare, però, che la nozione di contraddittorio di cui si avvale la Corte, prescinde dal principio di separazione delle fasi processuali tipico del nostro ordinamento, e in ogni caso la regola sopra citata non assume un valore assoluto, rendendosi necessario procedere ad una valutazione della vicenda processuale nella sua interezza, per accertare se la mancanza di contraddittorio sia stata compensata da adeguate garanzie per la difesa, così da poter ritenere complessivamente rispettato il principio di equità processuale. Le prove a cui si riferisce la Corte sono quelle rese dai testimoni assenti, da quelli vulnerabili e da quelli anonimi: assenti sono quei soggetti che, dopo aver reso le dichiarazioni nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale per varie ragioni; anonimi sono quelli la cui reale identità anagrafica non viene resa conoscibile all'accusato e al suo difensore, ad es. per tutelare soggetti sotto copertura; vulnerabili sono quei soggetti il cui equilibrio psico – fisico potrebbe subire un rilevante pregiudizio dall'esperimento del processo dialettico.

L'imputato ha, inoltre, diritto di partecipare al processo, ma questo non comporta un'assoluta inammissibilità del processo *in absentia*, per le conseguenze che potrebbero derivare dal procedere in contumacia relativamente alla dispersione delle prove e alla prescrizione del reato. In particolare, si è ravvisata una violazione dell'equità processuale qualora l'imputato inizialmente assente, ma successivamente venuto a conoscenza

del procedimento o della condanna, sia stato privato della possibilità di un riesame in sua presenza, tranne che non abbia rinunciato al proprio diritto di comparire e difendersi ovvero abbia voluto sottrarsi alla giustizia. Il rimedio, in questo caso, sarebbe l'apertura di un nuovo grado di giudizio così che il soggetto possa essere posto in una condizione equivalente a quella a cui sarebbe stato sottoposto, se avesse esercitato il diritto alla partecipazione in giudizio. Una regolamentazione della materia è avvenuta in seno alla decisione quadro 2009/299 GAI, la quale in particolare richiede alternativamente che:

- l'interessato sia stato informato personalmente o ufficialmente della data e del luogo fissati per il processo, in tempo utile per consentirne la partecipazione;
- che l'interessato, conoscendo la data del processo, abbia conferito mandato ad un difensore;
- l'interessato, essendo stato informato del diritto ad un nuovo processo o ad un grado di impugnazione, non si avvalga di tale facoltà o vi rinunci espressamente.

Si mira, in questo modo, ad armonizzare gli *standard* minimi del processo contumaciale, in modo che si possa riconoscere l'esecuzione anche all'estero di tale procedimento.

Nella sent. Drassich c. Italia viene affrontato il problema della qualificazione giuridica del fatto contestato inerente alle garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione²². Adita la Corte di Strasburgo, il ricorrente

²² Il ricorrente era stato dichiarato, in primo grado, colpevole di un reato di falso e di cinque casi di corruzione, per questo condannato alla pena di tre anni di reclusione. La Corte d'appello lo aveva dichiarato colpevole di tre ulteriori casi di corruzione e lo aveva condannato per questo alla pena di tre anni ed otto mesi di reclusione. Con il ricorso per Cassazione il ricorrente aveva dedotto che, essendo state riconosciute delle circostanze attenuanti generiche, i reati di corruzione avrebbero dovuto essere dichiarati prescritti prima della sentenza di appello. Ma la Cassazione ha rigettato il ricorso, ritenendo necessario procedere alla riqualificazione dei fatti contestati integranti gli estremi del reato di corruzione, il quale non poteva ritenersi prescritto.

riteneva iniquo il procedimento penale svolto nei suoi confronti ad opera dei giudici nazionali, poiché la riqualificazione dei fatti in sede d'appello aveva portato all'individuazione di un reato diverso da quello che gli era stato contestato, e non era neppure stato messo nella possibilità di difendersi, essendo la nuova accusa emersa soltanto nella sentenza della Cassazione.

La Corte ha osservato che «una informazione precisa e completa delle accuse a carico di un imputato, e dunque la qualificazione giuridica che la giurisdizione potrebbe considerare nei suoi confronti, è una condizione fondamentale dell'equità del processo», tanto che l'imputato deve essere informato non solo dell'accusa, ma anche della eventuale riqualificazione giuridica dei fatti. La disposizione di cui all'art. 6 par. 3 lett. *a* Cedu, non impongono che l'imputato sia informato della natura e del motivo dell'accusa a lui rivolta, ma è necessario che venga tutelato attraverso l'articolazione di una difesa adeguata: proprio per questo, ha disposto la Corte di Strasburgo, i giudici nazionali devono assicurarsi che ogni imputato abbia avuto la possibilità di esercitare il diritto alla propria difesa in maniera effettiva e concreta, e per fare ciò è necessario che vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, ma anche della qualificazione giuridica dei fatti imputati in maniera dettagliata. Nel caso Drassich, in particolare, è stata ravvisata dalla Corte una violazione del diritto ad essere informato in maniera dettagliata della natura e dei motivi dell'accusa formulata nei suoi confronti, nonché del suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie alla preparazione della sua difesa²³, poiché, se il ricorrente avesse avuto la possibilità di contestare tali fatti addebitatigli successivamente, avrebbe sicuramente utilizzato mezzi diversi da quelli per la contestazione dei fatti

²³ In tal senso Beltrani, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *DPP Speciale Cedu e ordinamento interno*, 2014

principali (pur non potendo la Corte sindacare sui mezzi utilizzati per la difesa). Tuttavia, a seguito della pronuncia dei giudici di Strasburgo, non è stata adottata alcuna misura normativa interna. Una delle prime decisioni di legittimità successive a tale caso, ha ritenuto che la garanzia del contraddittorio, relativamente alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice, è assicurata nel momento in cui l'imputato abbia comunque potuto comunque interloquire sul tema in una precedente fase del procedimento. L'orientamento dominante, infatti, ritiene che non è configurabile nessuna violazione dell'art. 6 Cedu quando la riqualificazione del fatto contestato abbia avuto luogo consentendo all'imputato di interloquire in ordine al contenuto dell'imputazione, anche unicamente attraverso l'impugnazione²⁴. Se, dunque, l'imputato è posto nelle condizioni di contestare un'eventuale riqualificazione giuridica del fatto, operata dal giudice, anche attraverso l'esperimento di un mezzo di impugnazione e avendo avuto un tempo congruo per apprestare un'adeguata difesa, non potrà parlarsi di violazione dell'art. 6 Cedu, perché il diritto al contraddittorio non ha subito alcuna compressione. L'unica eccezione è rappresentata dalla possibilità di procedere, in sede di giudizio di legittimità, ad una riqualificazione *ex officio* del fatto senza ricorrere alla contestazione dell'imputato sul punto, qualora questa eventualità sia stata presa in considerazione espressamente per sostenere la diversità del fatto da quello contestato e la violazione dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico inquirente.

24 Cfr Beltrani, op. cit.

5. La ricerca e la formazione della prova.

La fase di ricerca e formazione della prova in ambito europeo sono degli strumenti di irrinunciabile cooperazione giudiziaria. A livello europeo non esiste una distinzione tra atti di indagine e prove, così come accade nei sistemi imperniati sulla separazione tra fase di indagine e di dibattimento, concentrando la raccolta delle prove proprio in questo secondo momento, e proprio per questo è apparso preferibile parlare di “ricerca e formazione della prova”²⁵ che si adatta a tutte le operazioni probatorie disciplinate a livello europeo: la ricerca riguarda le prove precostituite che esistono indipendentemente dal procedimento; la formazione concerne le prove assunte mediante appositi procedimenti.

In linea teorica, questa attività può essere disciplinata sulla base di alcuni modelli, in particolare quello della raccolta transnazionale delle prove²⁶, attraverso il quale si possono raccogliere prove che fisicamente si trovano in uno Stato, ma che devono essere acquisite nell'ambito di un processo penale instaurato in un altro Stato, mediante la cooperazione di organi giudiziari. I principi ispiratori di questo modello sono:

– il principio della mutua assistenza, il quale presuppone un basso livello di integrazione dei sistemi processuali degli Stati interessati nonché il rispetto delle regole probatorie dello Stato in cui la prova è reperibile: in tal caso, lo Stato interessato all'acquisizione di una prova rivolge apposita domanda allo Stato in cui la prova si trova, la quale verrà concessa soltanto dopo un controllo ad opera di organi politici e giudiziari dello Stato richiedente; se ammissibile, la richiesta verrà eseguita applicando le regole probatorie dello Stato in cui la prova stessa si trova

²⁵ Cfr Kostoris, op. cit.

²⁶ Un altro modello accreditato è quello dell'unificazione delle regole probatorie, tramite la previsione di regole comuni volte a disciplinare la raccolta di qualsiasi prova che si trova in uno Stato e che sia utilizzata in processi relativi a reati che colpiscono interessi di più Stati, affiancandosi alle regole probatorie nazionali.

(*lex loci*);

- il principio del mutuo riconoscimento, presuppone un più alto livello di integrazione tra gli Stati e comporta la diretta cooperazione tra le autorità giudiziarie: l'idea di fondo è la fiducia che ciascuno Stato nutre in merito alla validità delle regole di acquisizione probatoria di altri Stati, adottando lo schema dell'ordine: l'autorità giudiziaria interessata all'acquisizione di una prova rivolge l'ordine di raccogliercela all'autorità giudiziaria dello Stato in cui si trova la prova stessa senza necessità di previo controllo da parte dei poteri politici e in linea generale non può essere soggetta a rifiuto, e andrà eseguita applicando le regole probatorie dello Stato che lo ha emesso (*lex fori*).

Tuttavia, attualmente la ricerca e la formazione delle prove in ambito europeo è regolata da una pluralità di fonti normative, la cui applicabilità dipende dal recepimento delle legislazioni interne dei singoli Stati coinvolti, di volta in volta, nell'attività di acquisizione della prova.

In particolare, le prove dichiarative sono quegli elementi conoscitivi che consistono in asserzioni relative all'esistenza di fatti rilevanti per un processo penale, valutabili in termini di verità o falsità. Queste possono essere rese nel corso di un procedimento da persone che hanno assistito alla commissione dei fatti, anche dalle vittime del reato, da esperti qualora sia necessario per il giudice avvalersi della loro opera, nonché dallo stesso accusato. La formazione delle prove dichiarative, assume una forma europea quando vi è la necessità di acquisire dichiarazioni rilevanti di una persona che si trova in uno Stato quando il processo deve essere svolto in uno Stato differente.

Rilevano, innanzitutto, le regole generali di richiesta di audizione rivolta dallo Stato interessato allo Stato in cui si trova il dichiarante: essa si attua mediante l'invio al dichiarante di una citazione a comparire dinnanzi alle autorità giudiziarie competenti dello Stato a cui è rivolta la richiesta,

ovvero, in casi di particolare necessità, l'autorità giudiziaria interessata all'audizione può domandare la comparizione personale del dichiarante nello Stato richiedente. Una volta disposta l'audizione, si procede all'assunzione delle dichiarazioni. Il problema che ne sta alla base è costituito dal fatto che le prove dichiarative non preesistono indipendentemente dal processo, ma devono essere raccolte secondo specifiche regole dettate, in questi casi, dai vari ordinamenti europei²⁷. La Corte europea dei diritti dell'Uomo pone, in particolare, il necessario requisito del diritto al confronto fissando una duplice condizione, cioè che l'accusato abbia avuto un'«occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di esaminare l'autore, al momento della deposizione o in seguito», e che la condanna non può fondarsi «unicamente o in misura determinante» su dichiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare né durante le indagini preliminari né durante il dibattimento, ovvero siano dichiarazioni rese da testimoni anonimi.

La Convenzione del 2000 prevede la possibilità di assumere le prove dichiarative a distanza, attraverso collegamenti audiovisivi o sonori, per consentire l'audizione del dichiarante ad opera dell'autorità giudiziaria dello Stato interessato, secondo le modalità indicate dal diritto interno, senza necessità che l'interessato si sposti fisicamente. Presupposto fondamentale è che non risulti opportuno o possibile per il dichiarante comparire personalmente nello Stato che chiede l'audizione, considerando anche le situazioni di pericolo in cui potrebbe venire a trovarsi a causa dello spostamento. Disposizioni specifiche, inoltre, sono previste per

²⁷ In alcuni ordinamenti vi è una netta separazione tra la fase delle indagini e quella della formazione delle prove dichiarative, che si svolge per la maggior parte tramite l'esame incrociato, mentre in altri ordinamenti questa distinzione è meno marcata poiché le prove dichiarative vengono assunte anche prima del giudizio. Nel nostro ordinamento, ad esempio, il processo penale è suddiviso in tre diverse fasi: le indagini preliminari, il dibattimento e la fase ad esso successiva.

l'assunzione delle testimonianze rese dalle vittime del reato, per evitare la c.d. vittimizzazione secondaria, cioè i traumi psichici che spesso derivano dalla successiva rievocazione degli eventi ad opera della vittima, ed inoltre per preservare l'affidabilità delle dichiarazioni così da non pregiudicare le finalità cognitive del processo penale. In generale, ciascuno Stato deve garantire alle persone offese la possibilità di essere sentite durante il processo, per fornire le loro dichiarazioni, purché abbiano specifiche protezioni valutate in merito alle caratteristiche personali del medesimo soggetto e del tipo di reato.

Qualora si intenda derogare al contraddittorio, è necessario applicare tassativamente e in maniera circoscritta l'utilizzabilità delle letture, e in particolare la riforma del 1999 ha statuito che per irripetibilità del testimone deve intendersi un impedimento insuperabile della prova dialettica, da fondarsi su verifiche scrupolose perché la mancanza nel processo dell'accusatore, in particolare, impedisce di esplicitarsi pienamente e di assicurare una maggiore corrispondenza alla realtà. In tal modo, inoltre, viene a delinearsi una sorta di “scala di valori” all'interno del giusto processo, in cui il contraddittorio per la formazione della prova viene preposto alla difesa personale dell'accusato ovvero al contributo che può rendere il diretto interessato²⁸. Tuttavia è consentito rinunciare alla partecipazione dell'imputato nel processo qualora la sua deposizione non sia decisiva, ma in questa ipotesi vi sarebbe un conflitto tra la normativa interna e quella europea, perché in quest'ultimo non si fa distinzione tra la prova formata unilateralmente rispetto a quella ottenuta a mezzo del contraddittorio.

²⁸ In tal senso Angeloni, *Irripetibilità del testimone: accertamento e valutazione delle dichiarazioni rese senza contraddittorio*, in *GI* 2012

6. Dichiarazioni irripetibili alla luce dell'ordinamento europeo.

L'apertura del nostro ordinamento a quello europeo ha permesso al giudice di confrontarsi con ciò che prima era considerato solo su un piano astratto e teorico. Questo soprattutto per le dichiarazioni dei diritti dell'Uomo che erano considerate «qualcosa di troppo grande per finire dentro le aule di un tribunale e poi nelle pagine di una sentenza»²⁹, esempio lampante è costituito dal problema del rango della Cedu nel sistema delle fonti, risolto soltanto nel 1993 quando fu considerata una vera e propria fonte di rango costituzionale.

Tuttavia, risulta necessario sottolineare le differenze che intercorrono tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte Costituzionale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha un ruolo fondamentale nella tutela dei diritti riconosciuti nella relativa Convenzione, e svolge al tempo stesso il compito di assicurarne la corretta osservanza, rispondendo alle denunce dei soggetti di eventuali violazioni che vengono portate alla sua attenzione. Inoltre la Corte non può giudicare pretese violazioni, di fatto o di diritto, commesse dai singoli tribunali interni, così come non può giudicare sulla fondatezza delle decisioni giudiziarie, ovvero sulla qualificazione giuridica dei fatti in causa.

L'atteggiamento della nostra Corte Costituzionale, tuttavia, non può considerarsi di costante apertura, in quanto la stessa giurisprudenza ha assunto un atteggiamento di diffidenza nei confronti della Convenzione. Non possono però ignorarsi i punti di contatto, e le divergenze stesse, tra l'art. 6 della Convenzione e l'art. 111 Cost., da valutare come un maggiore approfondimento dei rapporti tra norme costituzionali e codicistiche.

²⁹ Cfr Balsamo - Lo Piparo *“Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un giusto equilibrio tra scrittura e oralità”*, DPP 2005, 485.

Esempio emblematico del diverso modo di operare tra il giudice italiano e quello europeo è la lettura dell'art. 512 c.p.p., e viene fornito nel caso *Bracci c. Italia*³⁰ in cui la Corte europea aveva affermato la contrarietà ai principi della convenzione, in particolare quelli all'equo processo e al diritto di difesa, di una sentenza basata unicamente sulla testimonianza resa dalla vittima prima del dibattimento. La decisione della Corte è stata basata sul fatto che la Convenzione garantisce ad ogni imputato il diritto al contraddittorio pieno, che deve esplicarsi anche e soprattutto nella fase dibattimentale. Un'attenuazione di questo principio, sarebbe possibile solo se la decisione non sia basata su un unico elemento e vi siano altri elementi probatori da assumere in giudizio.

I nostri giudici nazionali, dunque, non possono fermarsi a considerare unicamente l'art. 512 c.p.p., ma devono necessariamente coordinarlo con l'art. 111 Cost. che in particolare al quarto comma prevede i casi in cui è possibile non utilizzare il metodo dibattimentale, qualora sussista una “accertata impossibilità di natura oggettiva”.

In merito, la norma codicistica sembra avere dei margini più ampi rispetto al dettato costituzionale, e per tentare di circoscriverne il margine di applicazione, si è affermato che l'irripetibilità successiva alla formazione dell'atto può legittimarne l'acquisizione successiva solo se “accertata” e “di natura oggettiva”. In questo modo si è individuato il nocciolo del problema nell'accertamento delle ragioni dell'irripetibilità, asserendo che in tali casi si viene a creare un contraddittorio incidentale, che sanerebbe l'eventuale prova formata unilateralmente e ne consentirebbe l'acquisizione al fascicolo del dibattimento.

Al contrario, la Corte europea incentra il problema sulla garanzia concreta del diritto di prova, affermato che una decisione di condanna non

³⁰ In questo caso la condanna per rapina ed abusi sessuali era stata pronunciata sulla base delle dichiarazioni delle vittime, escusse nella fase istruttoria e non più sentite durante il dibattimento perché divenute irreperibili.

può essere giustificata su dichiarazioni di soggetti ai quali la difesa non abbia potuto proporre domande.

La pronuncia emessa dalla Corte nel caso Bracci è quindi fondamentale per una rilettura dell'art. 512 c.p.p., soprattutto a seguito delle evoluzioni normative, per cui è importante valutarla alla luce dei principi del giusto processo, e non solamente in relazione all'ambito dei soggetti che possono assumere gli atti suscettibili di essere inseriti nel fascicolo a causa di irripetibilità sopravvenuta (come accaduto con le riforme legislative).

Il compito di effettuare il contemperamento tra norme comunitarie e nazionali è interamente affidato al giudice nazionale, anche a seguito della sentenza emanata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee relativa al caso Pupino³¹, in cui ha assunto principi fondamentali per l'interpretazione delle norme processualpenalistiche. La giurisprudenza delle Corti europee assume in questo modo un ruolo fondamentale nell'armonizzazione dei principi processuali di ciascuno Stato, al fine di una più autentica protezione dei diritti fondamentali.

La norma codicistica che introduce una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, deve essere efficacemente coordinata con il principio di cui all'art. 111 comma 5 Cost., in quanto la dinamica del giusto processo e del contraddittorio in senso stretto coinvolgono anche il momento della valutazione della prova imperniato sul sistema del libero convincimento: il contraddittorio si rivela il metodo più efficace per consentire al giudice di formare il proprio convincimento e ricostruire nel miglior modo possibile i fatti portati alla sua cognizione. La

31 Relativa all'audizione di vittime particolarmente vulnerabili. In questo caso, il processo era stato iniziato contro una maestra elementare accusata di maltrattamenti vari e percosse nei confronti dei suoi alunni. Questa sentenza riveste un ruolo di particolare importanza, poiché sancisce l'efficacia diretta delle decisioni quadro dell'UE, consentendo di produrre effetti anche in un processo penale aggravando la posizione dell'imputata ad un atto emanato, ad un atto emanato all'interno di una cooperazione caratterizzata dai tratti dell'internazionalità.

sopravvenuta irripetibilità è un fatto eccezionale, un accidente, e proprio di questo dovrà tenere conto il giudice nella sua valutazione.

Seguendo, quindi, la strada di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 512 c.p.p., è possibile giungere alla stessa conclusione cui perviene la Corte europea dei diritti dell'Uomo in merito alla sentenza qui in esame.

L'utilizzo delle dichiarazioni rese dal teste che, durante le indagini, si sia reso volontariamente irripetibile deve essere intesa come una impossibilità oggettiva della sua escussione, non comprendendo anche i comportamenti umani volontari. Per tale ragione, non potrà essere data lettura delle dichiarazioni rese dal teste poi sottrattosi liberamente all'esame incrociato. *Conditio sine qua non* della lettura acquisitiva è la sopravvenuta impossibilità di ripetere l'atto, ponendo così l'accento sia sull'imprevedibilità dei fattori ostativi sopraggiunti, sia sulla distinzione tra irripetibilità originaria e sopravvenuta: qualora, infatti, essa sia volontaria rientrerebbe nei casi di impossibilità oggettiva *ex art. 111 comma 5 Cost.*, e legittimerebbe la deroga al contraddittorio in conformità al dettato Costituzionale e della Cedu.

Dunque, per sopravvenuta impossibilità di ripetizione deve intendersi una situazione al contempo imprevedibile al momento dell'assunzione delle dichiarazioni, e oggettiva cioè indipendente dalla volontà del teste. La mancata comparizione del teste regolarmente citato è qualificabile come sintomo di una scelta autonoma di sottrazione all'esame, e non consente l'attivazione del meccanismo di recupero previsto dall'art. 512 c.p.p.

7. Giusto processo e norme codicistiche.

L'art. 111 Cost., contenente i principi che comunemente vengono riassunti nell'espressione «giusto processo», così come innovati a seguito dell'apertura del nostro ordinamento alle norme comunitarie e internazionali, si colloca tra le norme al vertice delle nostre fonti del diritto. Uno dei punti focali di questo articolo è il principio del contraddittorio, in particolare la formazione dibattimentale della prova con espresso riferimento al processo penale.

Il comma 3 prevede la facoltà per ogni accusato di interrogare, o far interrogare, davanti al giudice le persone che rendono dichiarazioni nei loro confronti, ovvero di ottenere la convocazione e l'interrogatorio delle persone in loro difesa nelle stesse condizioni dell'accusa³².

Tuttavia è nell'incipit del quarto comma che è sancita espressamente tale regola: «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», quindi «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Le possibili deroghe sono riservate alla legge, e sono ammesse solo qualora siano fondate sul «consenso dell'imputato», su una «accertata impossibilità di natura oggettiva», su una mancata assunzione in contraddittorio dovuta a «provata condotta illecita».

Ciò che è espressamente identificato nel dettato costituzionale è l'impossibilità di realizzare il contraddittorio come modo di rinunciare alla formazione in dibattimento della prova. La scelta del legislatore in tal senso appare lacunosa, a causa dei principi vaghi e a volte ribaditi con insistenza. Le eccezioni ammesse sono in gran parte delimitate

³² La norma ha ripreso in toto la formulazione della norma comunitaria, la quale prevede il diritto dell'accusato alla "acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore".

dall'impossibilità di realizzare il contraddittorio: la nozione codicistica di «atti irripetibili» e di «sopravvenuta impossibilità di ripetizione», trova riconoscimento nella irrealizzabilità della prova in contraddittorio, divenendo parametro di legittimità per alcune possibili compressioni. L'art. 111 consente, infatti, di rinunciare al contraddittorio stesso quando vi sia un'impossibilità accertata e di natura oggettiva, pur mancando in esso espliciti riferimenti a tali caratteri³³. Dato che la norma costituzionale prevede solo una possibile eccezione al principio generale, devono considerarsi tacciabili di censura le disposizioni che ampliano l'ambito di tali eccezioni, verificando volta per volta se gli ulteriori parametri siano legati alla tutela del principio generale e non ad aggirare i limiti costituzionali.

Sembra invece più incerto il caso dell'imprevedibilità, cui è collegato l'art. 512 c.p.p. La previsione fondamentale attiene solo all'ipotesi della condotta illecita, ed è stata considerata dal legislatore come l'unica in grado di influenzare la credibilità e il relativo grado probatorio delle dichiarazioni raccolte nel corso del processo. Questo caso, pur non essendo costituzionalmente imposto, non è in conflitto con la disciplina fondamentale prevista dalle norme sul giusto processo, perché è volto unicamente a sollecitare le parti ad attivarsi in tempo per instaurare un regolare contraddittorio. Inoltre le ipotesi previste dai due articoli 111 Cost. e 512 c.p.p. potranno sovrapporsi soltanto in limitati casi, cioè quando la condotta illecita di una parte produca l'irripetibilità per chi l'ha causata: in questo caso l'art. 111 Cost. autorizzerebbe ad una norma di recuperare un atto sfuggito; l'art. 512 c.p.p. precluderebbe la lettura richiesta dalla “parte sleale”, la quale potrebbe anche non ottenerla se fosse nella capacità di prevedere ed evitare l'illecito.

³³ Non è questo a dover essere tacciato di carenza legislativa, bastando la semplice legittimità delle norme che lo prevedono. Ciò inoltre non preclude al legislatore di stabilire quali debbano essere le ulteriori precisazioni in merito.

I principi sul giusto processo, dunque, sono particolarmente influenti sulle norme codicistiche del processo penale, in particolare il comma 4 dell'art. 111 Cost., secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore», il quale va combinato con la clausola che ammette l'acquisizione di prove in assenza di contraddittorio qualora sussista una «accertata impossibilità di natura oggettiva». L'impossibilità oggettiva è qualificata come un fatto neutro sul piano probatorio, tale che non rientrerebbe tra le fattispecie di contraddittorio strategicamente non reso che la Costituzione può ammettere. La Costituzione, cioè, individua e disciplina separatamente queste due ipotesi: da un lato le operazioni non collaborative volontarie, nelle quali si vede ribadito il principio generale, e dall'altro le ipotesi di oggettiva impossibilità di realizzare il contraddittorio, che costituiscono ragioni legittime di sottrazione alla prova dialettica.

Dunque quella che la stessa Costituzione ammette è l'irripetibilità di natura oggettiva, e deve sempre essere tale per poter essere costituzionalmente legittima.

La prima parte del comma 4 art. 111 Cost. recita «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», cosicché la sua conseguenza immediata e diretta è la messa al bando delle dichiarazioni raccolte unilateralmente nell'indagine preliminare, le quali non potranno essere tenute in alcun modo in considerazione dal giudice nella pronuncia della sentenza. Proprio in tal senso è orientata la legge sul giusto processo, pur incontrando varie resistenze nel campo delle contestazioni durante l'esame testimoniale: il Senato aveva, infatti, inizialmente previsto che tutte le dichiarazioni raccolte dagli inquirenti fossero acquisite al fascicolo dibattimentale per il solo fatto della

«contestazione dell'esaminato», anche se in ultima battuta è prevalso l'orientamento secondo cui esse sarebbero rilevanti ai soli fini del controllo in merito all'attendibilità del teste che depone in dibattimento.

Il riconoscimento del valore probatorio delle dichiarazioni usate per le contestazioni è rinvenibile in un'interpretazione a contrario del comma in esame, laddove recita «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». La stessa deroga al contraddittorio per consenso dell'imputato è giustificata proprio perché essa opera anche e indipendentemente dalla volontà del dichiarante di sottrarsi autonomamente al controesame.

Tuttavia appare da escludere che si sia inteso vincolare il legislatore al rispetto del contraddittorio solo in rapporto alle dichiarazioni rese da chi rifiuta di rispondere in giudizio: la Costituzione, menzionando il contraddittorio nella formazione della prova, si riferisce ad un assetto processuale in cui, oltre alle eccezioni che essa stessa prevede, nessuna dichiarazione raccolta in segreto può essere utilizzata quale prova a fini decisionali.

Alla luce dell'art. 111 comma 4 Cost. va esaminato un caso particolare: l'irripetibilità sopravvenuta per irreperibilità del teste, cioè l'impossibilità di trovarlo e condurlo, anche coattivamente, in giudizio³⁴. Non è possibile esaminare in dibattimento il teste irreperibile, tuttavia le ragioni della irreperibilità vanno esaminate alla luce del dettato costituzionale, in base al quale è possibile considerare due differenti letture: il diritto di sottrazione all'esame dibattimentale determinato da scelte di natura normativa, per le quali il teste sia titolare di un diritto normativamente riconosciuto a sottrarsi all'esame dibattimentale; il sussistere di eventualità concrete, cioè tutti quei casi in cui il teste abbia

³⁴ Tale ipotesi è rinvenibile dal combinato disposto degli artt. 512 e 195 comma 3 c.p.p.

scelto di evitare l'escussione della difesa. Dato che secondo l'art. 198 comma 1 c.p.p. il teste «ha l'obbligo di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte», egli non potrà sottrarsi a tale dovere solo nelle ipotesi in cui la Costituzione consente di farlo, cioè nei casi di «diritto al silenzio».