

RIMODULAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA SUI TESTIMONI ASSENTI (WORKING PAPER)

*Nota a C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2011,
Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*

di Francesco Zacchè

SOMMARIO: 1. L'*hearsay rule* tra Corte europea dei diritti dell'uomo e *Supreme Court* britannica. - 2. Le vicende poste all'attenzione della grande camera. - 3. La risposta della grande camera: morte e minacce al teste. - 5. *Segue*: la regola della prova "sola o determinante". - 5. *Segue*: l'esistenza di forti garanzie procedurali. - 6. La soluzione dei due casi. - 7. I riflessi della sentenza *Al-Khawaja e Tahery* nel nostro ordinamento.

1. L'*hearsay rule* tra Corte europea dei diritti dell'uomo e *Supreme Court* britannica.

Non è la prima volta che le corti britanniche fanno breccia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, abbassando lo *standard* di garanzie poste a presidio dell'equità processuale: è accaduto nel passato (cfr. C. eur. dir. uomo, grande camera, 29 giugno 2007, O'Halloran e Francis c. Regno Unito) in tema di *nemo tenetur se detegere*, principio che si colloca al cuore del giusto processo; si ripete oggi in materia di contraddittorio, per effetto della sentenza *Al-Khawaja e Tahery*, con la quale la grande camera ha in parte riformato la condanna contro il Regno Unito, pronunciata il 20 gennaio 2009 dalla sezione IV della Corte di Strasburgo.

L'odierna sentenza era molto attesa, specialmente nel mondo politico e giuridico anglosassone: la pronuncia poteva aprire un conflitto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la *Supreme Court* del Regno Unito - istituita dal *Constitutional Act* del 2005, allo scopo d'assorbire le competenze giurisdizionali in precedenza esercitate dalla *House of Lords* - in ordine alle deroghe introdotte, rispettivamente, dal *Criminal Justice Act* del 1988 e del 2003 al tradizionale divieto di matrice anglosassone della *hearsay rule*.

Con la sentenza del 19 gennaio 2009, la Corte europea aveva accertato in capo al Regno Unito la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo, perché i giudici nazionali avevano fondato la condanna di due ricorrenti solo o in misura determinante sulle dichiarazioni di testimoni assenti al dibattimento.

Poco dopo, per una vicenda analoga, la *Supreme Court* rispondeva che l'obbligo di considerare la giurisprudenza della Corte europea opera unicamente con

riferimento ai principi da essa chiaramente stabiliti; né si può escludere che vi siano delle situazioni, dovute anche alle peculiarità del processo inglese, in cui i giudici britannici siano esentati dal tenerne conto (cfr. *R. v. Horncastle* [2009] UKSC 14): è questo il caso della regola sulla prova “unica o determinante”, la cui portata andrebbe intesa eventualmente in modo flessibile.

2. Le vicende poste all’attenzione della grande camera.

Ma vediamo, in sintesi, le due vicende affrontate dalla grande camera.

Nel caso *Al-Khawaja*, il ricorrente era un medico accusato d’aver commesso degli abusi sessuali su due pazienti sotto ipnosi. Senonché la prima donna, dopo aver raccontato a due amici e alla polizia la dinamica dell’accaduto, si era suicidata. Nel corso del dibattimento, venivano sentiti i due testimoni *de relato* e letti i verbali delle sommarie informazioni. Quanto al secondo episodio, veniva escussa la vittima e appurato che le due donne non si conoscevano. Alla fine, il ricorrente veniva condannato per entrambi i capi d’imputazione da una giuria che aveva ricevuto istruzioni sulla necessità di valutare con estrema cautela le dichiarazioni per sentito dire.

Il caso *Tahery* riguardava, invece, una persona accusata d’aver accoltellato alle spalle un altro individuo durante una lite, in cui erano coinvolti più soggetti. Nelle prime battute dell’inchiesta, la persona offesa e gli altri testimoni avevano dichiarato di non aver visto l’agente. Durante le indagini, però, uno dei presenti all’accaduto aveva cambiato versione, dichiarando alla polizia che il responsabile dell’aggressione era il ricorrente. Nel dibattimento, dopo l’infruttuoso esame della vittima, il giudice aveva disposto su richiesta del pubblico ministero la lettura delle dichiarazioni assunte dalla polizia. L’acquisizione delle prove raccolte senza contraddittorio era giustificata dalla paura del testimone di deporre nel dibattimento, avendo egli ricevuto delle minacce anonime. In conclusione, pure il secondo ricorrente veniva dichiarato colpevole dalla giuria debitamente istruita sul modo di valutare le dichiarazioni provenienti da un soggetto che non era stato visto, né ascoltato, né sottoposto al controesame.

3. La risposta della grande camera: morte e minacce al teste.

Nella richiesta di rinvio alla grande camera, sulla scorta del caso *Horncastle*, il Governo britannico ha asserito che il *test* della prova “sola o determinante” mancherebbe di chiarezza sotto vari aspetti: tale regola, si sostiene, non avrebbe senso nei sistemi di *common law*; lo stesso concetto di prova “sola o determinante” sarebbe sfuggente; né, si aggiunge, terrebbe adeguatamente conto delle garanzie procedurali che l’ordinamento britannico prevede al fine di controbilanciare l’uso del sentito dire.

Con specifico riguardo a tali critiche, anzitutto, la grande camera ha ribadito che serve una giustificazione seria perché il testimone non venga sentito in un’udienza

pubblica. Per non incorrere in una violazione dell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, a tale proposito, sulle autorità nazionali grava l'obbligo d'adottare tutte le misure idonee ad assicurare la presenza del testimone al processo, accertando le ragioni d'una sua eventuale assenza.

Così, solo in caso di morte, l'unico modo per assicurare al giudizio le dichiarazioni testimoniali è la loro lettura.

Quando la fonte di prova fosse intimorita, invece, la questione è più articolata: la paura potrebbe essere provocata da minacce o da altre azioni perpetrate dall'accusato anche per interposta persona; oppure potrebbe essere determinata da una più generale apprensione per le conseguenze derivanti dal deporre nel processo.

Nella prima eventualità, a parere della grande camera, risulta sempre legittima la lettura delle dichiarazioni assunte senza contraddittorio: non si può permettere all'imputato - o a chi agisce per suo conto o con la sua approvazione - di trarre profitto da azioni incompatibili con i diritti della vittima e dei testimoni; chi tiene tali condotte, invero, rinuncia al proprio diritto d'interrogare il testimone, ai sensi dell'art. 6 comma 3 lett. *d* Cedu.

Diversamente, se la paura deriva dalla notorietà dell'imputato o del suo sodalizio criminale, non basta un timore soggettivo del teste. Prima di disporre la lettura, in tale ipotesi, le corti nazionali devono condurre un'indagine accurata per accertare se le preoccupazioni abbiano un fondamento oggettivo.

4. Segue: la regola della prova "sola o determinante".

Quanto alla regola della prova "sola o determinante", la Corte europea non ha dubbi che essa valga anche per il Regno Unito, perlomeno dopo le riforme, operate dal *Criminal Justice Act* del 1988 e del 2003, in tema di *hearsay rule*.

Né la regola della prova "sola o determinante", prosegue la Corte, risulta imprecisa, anzi: se "sola" significa esclusiva, il termine "determinante" va inteso in senso stretto, come relativo a una prova la cui importanza è tale da comportare la soluzione del caso; più specificamente, se la deposizione d'un teste assente è supportata da altre prove, l'apprezzamento del suo carattere determinante dipenderà dalla forza probante di quelle altre prove: più queste sono significative, meno la deposizione del testimone assente sarà suscettibile d'essere considerata come determinante.

5. Segue: l'esistenza di forti garanzie procedurali.

A questo punto, tuttavia, la Corte ha precisato che la regola della "prova sola o determinante" non va interpretata in maniera assoluta. La giurisprudenza sull'art. 6 comma 1 Cedu insegna che, quando si prende in considerazione l'equità complessiva del procedimento, occorre tenere presente il modo in cui le garanzie legali sono state applicate, l'estensione delle possibilità procedurali offerte alla difesa per compensare

gli ostacoli con i quali essa si deve confrontare e la maniera in cui il giudice ha condotto il procedimento. Ciò, appunto, varrebbe anche con riguardo alla regola della prova “sola o determinante”. Pertanto, qualora una condanna si fondasse, in tutto o in parte, sulle dichiarazioni d’un teste assente, andrebbe esclusa comunque una violazione dell’equità processuale, quando esistessero delle forti garanzie procedurali idonee a controbilanciare la prova “sola o determinante”.

Alla luce di queste premesse, la Corte europea ha, prima, valutato positivamente l’adeguatezza delle garanzie procedurali di cui il sistema inglese dispone per compensare l’acquisizione mediante lettura delle dichiarazioni rese da un testimone deceduto o intimorito a causa delle pressioni d’un accusato; quindi, è entrata nel merito delle due vicende sottoposte al suo scrutinio.

6. La soluzione dei due casi.

Quanto alla vicenda *Al-Khawaja*, ha rilevato che era impossibile escutere in contraddittorio il teste per una causa oggettiva; le dichiarazioni lette di fronte alla giuria erano determinanti ai fini della condanna; le prove così acquisite erano bilanciate dalle garanzie procedurali previste dall’ordinamento nazionale e dagli altri fattori presenti nel caso di specie.

A questo proposito, secondo la grande camera, era interesse della giustizia ammettere le dichiarazioni della vittima deceduta; le dichiarazioni erano state documentate, con tutti i crismi, dalla polizia; la credibilità della dichiarante era supportata da due concordi testimonianze *de relato*; esistevano delle forti somiglianze sulle modalità degli abusi nel racconto della prima vittima e nella testimonianza della seconda persona offesa; non vi era alcuna prova che tra le due donne vi fosse stata una collusione; negli episodi di violenza sessuale, in cui sono presenti solo vittima e agente, è difficile avere prove maggiormente persuasive, specialmente quando ciascuno degli altri testimoni è chiamato a deporre al processo e la sua credibilità vagliata dalla *cross-examination*. In conclusione, si è esclusa la violazione dell’art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo.

Diverso è l’esito del caso *Tahery*. Qui, per la Corte, l’indagine svolta dal giudice per accertare i timori lamentati dal testimone è stata appropriata; di conseguenza, era giustificata la scelta di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte senza contraddittorio, nonostante fossero determinanti ai fini della condanna; l’impiego delle dichiarazioni così acquisite, però, non è stato controbilanciato da sufficienti garanzie.

A tale riguardo, osserva il giudice di Strasburgo, il ricorrente non è stato messo nelle condizioni di vagliare la veridicità e la credibilità delle dichiarazioni del testimone assente attraverso l’esame incrociato, nonostante questi fosse l’unica persona disposta o in grado di dire cosa avesse visto; la difesa, del resto, non ha potuto nemmeno citare nessun altro testimone per contrastare le dichiarazioni lette; la stessa vittima ha dichiarato nel dibattimento di non sapere chi fosse l’assalitore e il suo racconto solo in pochi punti, tra l’altro indirettamente, supportava le affermazioni del

teste assente. La Corte europea, pertanto, ha ravvisato la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo.

7. I riflessi della sentenza *Al-Khawaja e Tahery* nel nostro ordinamento.

La sentenza in esame, dunque, scongiura un conflitto sul tema dei testimoni assenti con la *Supreme Court* britannica, in forza di un'interpretazione elastica della regola della prova "sola o determinante", sancendo, a certe condizioni, la compatibilità della *hearsay rule* con l'art. 6 commi 1 e 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo.

Non si può tacere, peraltro, come l'interesse per questa pronuncia vada ampiamente al di là dello specifico caso inglese e del vivace dibattito sorto nel Regno Unito sulla crisi d'un principio cardine del processo accusatorio, quale il divieto del sentito dire.

Se è vero, infatti, che la Corte europea è anzitutto un giudice che decide secondo una logica *flo*, è altrettanto risaputo come l'effetto delle sue sentenze di condanna si spinga oltre i confini dello Stato cui volta a volta queste si riferiscono, ai sensi dell'art. 32 comma 1 Conv. eur. dir. uomo. Ne deriva che alle pronunce della Corte dovrebbe conformarsi non solo lo Stato convenuto, ma pure tutti gli altri Paesi internazionalmente obbligati dalle norme pattizie.

A questo riguardo, è indubbio che l'odierna sentenza offra spunti di riflessione su uno dei punti più delicati per il nostro diritto delle prove, ossia la disciplina di cui agli art. 238 comma 3, 512, 512-*bis*, 513 comma 2 secondo periodo e 195 comma 3 c.p.p., laddove permette di fondare una condanna, in maniera esclusiva o determinante, su elementi di prova ottenuti in assenza dell'accusato, perché la loro assunzione nel contraddittorio risulterebbe oggettivamente impossibile per morte, irreperibilità, inabilità a deporre della fonte di prova. In siffatte circostanze, invero, la Corte europea ha riscontrato, in una molteplicità di occasioni, la violazione del dettato convenzionale da parte del nostro Stato (tra le molte, cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. I, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia; C. eur. dir. uomo, sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia).

Ma se il giudice europeo manterrà le linee tracciate dalla grande camera nella vicenda *Al-Khawaja e Tahery* è prevedibile una drastica riduzione del contenzioso con l'Europa. Prima del parziale *overruling* in questione, la Corte europea pareva impedire che le dichiarazioni unilateralmente assunte - se sole o determinanti - fossero idonee a fondare la ricostruzione giudiziale del fatto, essendone consentito al massimo un uso indiretto. Oggi, il giudice europeo pare accontentarsi di molto meno, accettando l'uso esclusivo o determinante di prove assunte senza contraddittorio, quando le stesse siano controbilanciate da forti garanzie procedurali. Di conseguenza, allorché una condanna si fondasse su dichiarazioni unilaterali decisive, sembrerebbe ora plausibile sostenere che l'equità processuale sarebbe salva tutte le volte in cui la loro affidabilità venisse riscontrata da altri dati conoscitivi acquisiti al processo (non sfugga che nel caso *Al-Khawaja*, il riscontro alle dichiarazioni è compiuto, tra l'altro, attraverso due

testimonianze *de relato*, portatrici quindi del medesimo vizio d'origine: la carenza di dialetticità).