

**IL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA ORALE
E I PRINCIPI DELLA C.E.D.U.:
UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO***

di Simone Lonati

SOMMARIO: 1. L'esigenza di adeguare il nostro sistema processuale penale ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. - 2 I *deficit* delle garanzie interne rispetto agli obblighi internazionali: in particolare le dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio. - 3. Una proposta *de iure condendo* per adeguare il nostro sistema ai principi dell'equo processo.

1. L'esigenza di adeguare il nostro sistema processuale penale ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti umani ha creato nel corso degli anni un patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso «diritto europeo delle libertà»¹. Si tratta, a ben vedere, di una serie di regole minime che devono essere concretamente osservate per assicurare uno «spazio vitale di libertà» in una «società democratica».

Questa esigenza di «effettività» del sistema europeo di protezione dei diritti, emerge chiaramente fin dal lontano caso *Irlanda c. Regno Unito*, in cui la Corte europea ebbe modo di precisare come le sue sentenze servano «non solo per decidere i casi portati dinanzi alla Corte», ma, più in generale, per «chiarire», «salvaguardare» e «sviluppare» le regole poste dalla Convenzione contribuendo così all'osservanza da parte degli Stati degli impegni da loro assunti in quanto Parti contraenti².

Proprio perché la Convenzione europea costituisce un «meccanismo unico di protezione»³ dei diritti dell'uomo, che contribuisce in maniera «determinante» al mantenimento della «sicurezza democratica» ed al rispetto del diritto nell'insieme dell'Europa, è «essenziale» che gli Stati «onorino» concretamente all'impegno formale che hanno preso di dare esecuzione alle sentenze dei giudici europei e, più in generale, di conformarsi ai principi della Convenzione stessa, così come interpretati nelle pronunce della Corte di Strasburgo.

¹ Corte Eur. Dir. Uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, serie A, n. 25, § 153.

² Ancora, Corte Eur. Dir. Uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., § 154.

³ Le parole che seguono, tra virgolette, sono tratte dalla Risoluzione 1226 (2000) nel testo adottato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 28 settembre 2000.

Nella stessa giurisprudenza europea, con particolare riferimento al diritto ad un equo processo, si è sottolineato infatti come quest'ultimo sarebbe «illusorio» se l'ordinamento di uno Stato contraente permettesse che «una decisione giudiziaria definitiva ed obbligatoria restasse inefficace a detrimento di una parte».

L'esecuzione di una decisione o di una sentenza degli organi di Strasburgo deve dunque essere considerata «parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6 Conv. eur.»⁴. Con ciò, naturalmente, la Corte europea non intende sostituirsi alle giurisdizioni nazionali, ma si limita a controllare il rispetto dei diritti dell'uomo, quali definiti dalla Convenzione e interpretati dalla Corte sulla base di un canone ermeneutico dinamico ed evolutivo⁵.

Il sistema di salvaguardia instaurato dalla Convenzione si fonda, infatti, sostanzialmente su due principi: il principio di «sussidiarietà» e il principio di «solidarietà».

Il primo, enunciato dalla Corte europea per la prima volta nel caso *Handyside c. Regno Unito*⁶, costituisce la pietra angolare del sistema giudiziario di protezione collettiva voluta dagli Stati firmatari della Convenzione. Più volte richiamato nelle sentenze dei giudici di Strasburgo, tale principio costituisce il fondamento della suddivisione di competenze tra il livello nazionale ed il livello internazionale per quel che riguarda la protezione dei diritti umani. In base ad esso, la responsabilità di garantire i diritti e le libertà enunciate nella Convenzione incombe innanzitutto alle autorità nazionali e la Corte è chiamata a decidere solo nel caso in cui queste non adempiano ai loro obblighi⁷⁸⁹.

⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, 19 febbraio 1997, *Hornsby c. Regno Unito*, serie A, 1997, n. 495, § 40.

⁵ Emblematica, in tal senso, Corte Eur. Dir. Uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, serie A, n. 24. Al § 48 della decisione, la Corte europea spiega che «[il] meccanismo di salvaguardia instaurato dalla Convenzione ha carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di garanzia dei diritti dell'uomo (...). La Convenzione affida essenzialmente a ciascuno degli Stati contraenti la funzione di assicurare il godimento dei diritti e delle libertà che essa sancisce. Dal canto loro, gli organi da essa istituiti vi contribuiscono, ma entrano in gioco solo per via contenziosa e dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne».

Sul carattere sussidiario del meccanismo di controllo instaurato dalla Convenzione v. Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*, ric. n. 29392/95, § 103; Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, 10 maggio 2001, *T.P. e K.M. c. Regno Unito*, ric. n. 28945/95; Corte Eur. Dir. Uomo, 28 novembre 1991, *Sadik c. Svizzera*, serie A, n. 261-C, § 30; Corte Eur. Dir. Uomo, 23 luglio 1968, *Linguistique belge c. Belgio*, serie A, n. 6, § 10.

⁶ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 48. In quest'ottica, più recentemente, v. Corte Eur. Dir. Uomo, 23 maggio 2001, *Denizci e altri c. Cipro*, ric. n. 27207/95, § 315; Corte Eur. Dir. Uomo, 10 aprile 2001, *Tanli c. Turchia*, ric. n. 26129/95, § 110; Corte Eur. Dir. Uomo, 22 marzo 2001, Grande Camera, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ric. n. 34044/96, § 51.

⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*, cit. Nel § 103 della decisione, il giudice europeo considera «fondamentale per il funzionamento del meccanismo di protezione istituito dalla Convenzione che gli stessi sistemi nazionali provvedano a riparare alla violazioni delle sue disposizioni e che la Corte eserciti il suo ruolo di supervisione».

⁸ V., in particolare, Corte Eur. Dir. Uomo, 17 luglio 2001, *I. Bilgin c. Turchia*, ric. n. 29862/96, § 123. Per un commento all'art. 13 Conv. eur. v. in dottrina A. PERTICI- R. ROMBOLI, sub *Art. 13*, in S. BERTOLEB.CONFORTI- G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 377.

⁹ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 4 maggio 2001, *Mc Kerry c. Regno Unito*, ric. n. 30054/96, § 117.

La Corte esercita, dunque, un ruolo di “supplenza”: gli ordinamenti interni degli Stati membri e gli organi nazionali devono svolgere un intervento prioritario per assicurare a ciascun individuo la tutela dei diritti previsti dalla Convenzione. Il diritto convenzionale e i giudici europei intervengono solo in un secondo momento per controllare il modo di applicazione dei diritti garantiti, indicando le eventuali lacune nelle disposizioni nazionali. Il giudice interno diventa, quindi, soggetto ad un controllo indiretto da parte del giudice europeo, il cui compito è quello di esaminare le decisioni giudiziarie nazionali nell’ottica della Convenzione¹⁰.

Secondo il principio di solidarietà, inoltre, la giurisprudenza della Corte europea è parte integrante della Convenzione, di modo che il carattere giuridicamente vincolante della Convenzione sia assicurato *erga omnes*. Ne consegue che gli Stati contraenti devono non solo eseguire le sentenze emanate dalla Corte nelle controversie in cui essi sono parti, ma parimenti tener conto dell’incidenza eventuale¹¹ che le sentenze pronunciate in altre controversie possono avere sui loro sistemi¹².

La conformità alla Convenzione europea dovrebbe essere assicurata quindi attraverso la previsione di disposizioni in astratto già in armonia con il dettato convenzionale, o, quando ciò non avvenisse, mediante una formulazione del diritto interno condotta tenendo conto anche delle disposizioni convenzionali nella loro esatta portata. Si impone, in altri termini, la necessità – per il legislatore, per il governo e per i giudici nazionali – di tenere sempre presenti, in sede di riforma o di pratica applicazione dei singoli istituti, le linee evolutive tracciate dagli organi di Strasburgo.

L’alto numero di sentenze di condanna pronunciate dalla Corte europea, anche nei confronti dell’Italia, sembra indicare, viceversa, che spesso i primi tutori non si attengono nel loro operato alle indicazioni provenienti dai giudici di Strasburgo.

Emblematico, da questo punto di vista, quanto sancito nel caso *Di Mauro c. Italia*¹³. In quell’occasione, infatti, stigmatizzando il carattere continuativo e diffuso delle violazioni e l’incapacità delle autorità italiane di garantire anche nel lungo periodo il rispetto delle norme convenzionali nello svolgimento dei processi, la Corte ha ribadito che la frequenza delle condanne dimostra come vi sia un «accumulazione di identiche violazioni» che sono «sufficientemente numerose» da non potersi

¹⁰Così, parafrasando, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 febbraio 1992, *Luberti c. Italia*, serie A, n. 275, § 27. Cfr. anche *Corte Eur. Dir. Uomo*, 19 febbraio 1997, *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, serie A, 1997, n. 120, § 42; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 24 novembre 1994, *Kemmache (n. 3) c. Francia*, serie A, n. 296-C, §§ 37 e 44; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, serie A, n. 27, § 45.

¹¹ Per un approccio tradizionale ai rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamenti nazionali cfr. B. CONFORTI - G. FRANCONI, *Enforcing International Human Right*, in AA. VV., *Domestic Courts*, L’Aja, 1997, p. 45 s.

¹² Cfr., tra le tante, la Risoluzione del Comitato dei Ministri n. 122 del 28 settembre 2000. L’efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte non deve essere confusa con le misure di carattere generale che, in esecuzione delle sentenze della Corte, il singolo Stato deve adottare nell’ipotesi in cui il suo ordinamento non sia in grado di reagire con le misure di carattere individuale. Cfr., in argomento, V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *I diritti dell’uomo – cronache e battaglie*, 2002, p. 17 s.

¹³ *Corte Eur. Dir. Uomo*, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Di Mauro c. Italia*, ric. n. 34256/96, § 23, da cui sono tratte anche le parole, tra virgolette, che seguono.

considerare soltanto «isolati incidenti». Tali violazioni riflettono – secondo i giudici europei – una perdurante situazione cui non è stato posto rimedio e rispetto alla quale le parti processuali non hanno alcun strumento interno per reagire. Questa «accumulazione di violazioni», pertanto, costituisce una pratica incompatibile con la Convenzione.

Ecco allora che – constatata l'inerzia degli ordinamenti nazionali a recepire i principi convenzionali in sede di formulazione e applicazione del diritto interno - il tema dell'esecuzione delle sentenze¹⁴ della Corte europea dei diritti dell'uomo e, più in generale, dell'adeguamento del nostro sistema ai principi sanciti dalla Convenzione europea, assumono un'importanza cruciale per assicurare l'effettività di un processo equo e, più in generale, della tutela prestata dalla Convenzione stessa.

2. I deficit delle garanzie interne rispetto agli obblighi internazionali: le dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio.

Una delle questioni - in tema di equo processo - in cui si registrano con maggior forza punti di frizione fra l'ordinamento processuale interno e i principi europei, è senz'altro rappresentata dalla disciplina, accolta nel nostro sistema, del principio del contraddittorio nella formazione della prova orale.

In particolare, il problema riguarda l'utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni accusatorie rese, nelle fasi preliminari del procedimento, in assenza di

¹⁴ Per un'analisi dei rimedi che gli Stati possono adottare in sede di esecuzione di sentenze della Corte europea che attestano la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si considerano fondamentali i contributi di S. ALLEGREZZA, *Violazioni della CEDU e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in R. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Torino, 2007; BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, spec. pp. 651-654; CONTE, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002; CRISAFULLI, *Interventi per eseguire le sentenze della CEDU senza annullare il lavoro di giudici e inquirenti*, in *Guida dir.*, 2007, n. 2, p. 8; A. DRZEMCZEWSKI-S. TAVERNIER, sub Art. 46, in S. BARTOLEB. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 685 s.; FELDMAN, *Remedies for violations of Convention Rights under the Human Rights Act*, in *European Human Review*, 1988, p. 691 s.; M. GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1845 s.; P.H. IMBERT, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle decisioni del Comitato dei Ministri*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 1-2, p. 234 s.; C. KLERK, *Supervision of the Execution of the Judgements of the European Court of Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1998, vol. XLV, pp. 65-86; E. MALAGONI, *I processi vanno più veloci ma l'Italia sarà di nuovo sotto esame a febbraio*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 3, pp. 18-21; F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 55; B. NASCIBENE, *Violazione «strutturale», violazione «grave» ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, p. 655; G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 424 s.; G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in *ID.*, *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 57 s.; *ID.*, [Diritti umani e mito del giudicato](#), in questa Rivista, 5 luglio 2012; F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, 18 aprile 2012. V., infine, S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico. (Studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Torino, 2008, p. 79 s.

contraddittorio. Del resto, già VASSALLI, osservava, sia pure con riferimento al codice abrogato, che «se vi è un settore del codice che esce addirittura sconvolto per effetto dell'art. 6 par. 3 lett. d) della Convenzione, esso è proprio quello delle letture permesse nel dibattimento: punto delicato e cruciale del procedimento probatorio e dell'intero giudizio». In particolare, sottolineava come le norme in tema di letture esigessero, alla luce della disciplina convenzionale, un radicale ridimensionamento della loro portata, mediante una «interpretazione intelligente e sistematica» ovvero, ove questa non fosse possibile, mediante «la parziale abrogazione delle disposizioni in questione»¹⁵.

In generale, la scelta in ordine all'ammissibilità o meno come prova delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio è rimessa ovviamente alla discrezionalità dei legislatori nazionali, secondo le opzioni di fondo del sistema processuale penale.

Ad esempio, per quanto riguarda l'ordinamento inglese, il Parlamento, accogliendo le raccomandazioni formulate dalla *Law Commission*¹⁶ ha introdotto una disciplina legislativa della «*rule against hearsay*» volta a mitigare la tassatività della regola stessa, rendendo ammissibili le dichiarazioni rese «*out-of-court*» nei casi in cui esse appaiano «necessarie», «convincenti» e «sicure»¹⁷. E' stata inoltre prevista la necessità di un «*leave*» del giudice, il quale, qualora venga chiesta l'ammissione di una prova *hearsay* in ragione dei timori adottati da un testimone, dovrà valutare tutte le circostanze rilevanti ed ammettere gli «*statements*» solo se ciò risulti nell'interesse della giustizia.

Parimenti, il principio di immediatezza inserito nel par. 250 del c.p.p. tedesco soffre di un certo numero di eccezioni, per le diverse ipotesi in cui il testimone che abbia già reso una dichiarazione in sede di indagini non possa successivamente comparire¹⁸. Secondo la giurisprudenza tedesca, inoltre, la sola «*hearsay evidence*» non è sufficiente a fondare una sentenza di condanna, ma deve essere corroborata da altri elementi sottoposti al contraddittorio delle parti.

Negli ordinamenti francese e belga, invece, l'assenza di un principio di immediatezza e la possibilità di utilizzare la «*hearsay evidence*» come prova, esponevano l'accusato al rischio di essere condannato sulla base delle sole dichiarazioni rese da testimoni che lo stesso non aveva mai avuto la facoltà di esaminare. Attualmente, tuttavia, sotto l'influenza della giurisprudenza della Corte europea - in particolare, dopo le sentenze *Delta c. Francia* del 1990¹⁹ e *Visser c. Francia* del 1993²⁰ - la situazione

¹⁵ G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 12. Cfr., anche, V. GREVI, *Spunti sull'art. 6 par. 3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in tema di citazione dei testimoni a discarico nella fase del giudizio)*, in *Indice pen.*, 1968, p. 403; R. E. KOSTORIS, *Il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni: Convenzione europea dei diritti dell'uomo e processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 806.

¹⁶ Law Commission, *Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*, Report 245, 1997.

¹⁷ Per approfondimenti sui contenuti del YJCEA 1999 si rinvia a L. ELLISON, *The adversarial process and the vulnerable witness*, Oxford, 2001.

¹⁸ Cfr. par. 250 e 251 c.p.p. tedesco.

¹⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*, serie A, n. 191-A.

sembra mutata: si è previsto, infatti, che a fronte alla richiesta della difesa di esaminare un testimone a carico, il giudice sia obbligato a citarlo, salvo ciò sia divenuto impossibile, o la difesa abbia già avuto la possibilità di confrontarsi con lui in una fase anteriore del procedimento²¹.

Per quanto concerne le garanzie previste dalla Convenzione europea, esse sono contenute nell'art. 6 Conv. eur. e, in particolare, al par. 3 lett. d) dello stesso che stabilisce, come è noto, il diritto dell'accusato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico».

Nell'interpretazione che di tali garanzie è offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, se è vero che l'art. 6 Conv. eur. richiede che i mezzi di prova siano di norma prodotti alla presenza dell'imputato in un pubblico processo al fine di consentire un esame in contraddittorio, altrettanto, si tratta di regola certo non assoluta.

La Corte europea, infatti, pur negando la legittimità di un mero contraddittorio "sulla prova" ovvero di un confronto su elementi di prova già acquisiti da una delle parti in assenza dell'altra o dal solo giudice nella fase preliminare, tuttavia non ritiene essenziale l'instaurazione di un contraddittorio diretto all'introduzione nel processo dell'elemento di prova. Tra un contraddittorio «debole» limitato agli aspetti argomentativi del fenomeno probatorio ed un contraddittorio «forte»²², esteso sino a comprendere necessariamente i profili attinenti al momento genetico dell'elemento gnoseologico, essa reputa sufficiente percorrere, ai fini di garanzia, una via intermedia. Se da un lato si esclude che una qualche forma di "sconto" possa abbattersi sul contraddittorio, dall'altro si cerca di «scandagliare» tale principio con il «metro del disincanto»²³. La Corte europea non si abbandona a soluzioni manichee, e neppure traslascia la ricerca della verità giudiziale. In maniera equilibrata, essa delinea, invece, un processo lontano dalle peculiarità inquisitorie senza peraltro del tutto omologarsi alle linee accusatorie: il processo è equo, se caratterizzato da un «contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova»²⁴.

²⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, 20 settembre 1993, *Visser c. Francia*, in serie A, n. 261. Circa l'effetto di queste pronunce sulla giurisprudenza francese v. G. STEFANI – G. LEVASSEUR – B. BOULOC, *Procédure pénale*, 15^a ed., Parigi, 1993, p. 64.

²¹ Cfr. art. 706-58 c.p.p. francese.

²² Attraverso questa terminologia, P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 55 definisce il contraddittorio «sulla» prova ed il contraddittorio «per» la prova; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Torino, 2000, p. 57, parla invece di «contraddittorio sull'elemento di prova» e di «contraddittorio per l'elemento di prova»; mentre E. MARZADURI, sub *Art. 1*, *Commento alla L. cost. 23-11-1999, n. 2 – Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost.*, in *Legisl. pen.*, 2000 p. 790, preferisce distinguere tra «contraddittorio minore» e «contraddittorio importante».

²³ S. BUZZELLI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il problema aperto della legislazione attuativa con particolare riguardo alle regole di formazione e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3180

²⁴ G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2102; ID., *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 37; ID., *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 265; ID., *Rilanciato il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 791, in cui l'A. sottolinea come né la Costituzione, né la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né il Patto internazionale sui diritti civili e politici, indichino una preferenza per il sistema accusatorio o quello inquisitorio, evitando di

Nell'insieme delle sue numerose decisioni in materia, invero, è evidente l'adozione del criterio secondo cui, nonostante sia in linea di massima auspicabile che le dichiarazioni destinate ad un impiego determinante ai fini decisori siano rese in un'udienza pubblica e in contraddittorio, sarebbero utilizzabili a tale scopo anche deposizioni compiute nella fase istruttoria anteriore al dibattimento, purché venga accordata all'accusato «un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogare l'autore»²⁵, al momento della deposizione o più tardi. Un'occasione – si badi bene – che la difesa non può lasciarsi sfuggire, rimanendo inerte, perché in tal caso l'inerzia finisce per gravare a suo danno.

Pertanto, dalla Corte europea è considerata ineludibile la garanzia che, prima di essere giudicato, l'imputato (o almeno il suo difensore) possa guardare negli occhi il testimone e possa contestargli le affermazioni rese in fase precedente.

Alla luce di queste premesse, se si vuole comprendere appieno il senso dell'impostazione accolta in sede europea, è necessario, preliminarmente, dare conto di una fondamentale distinzione di prospettive. Bisogna, cioè, tenere distinto il piano della ammissibilità del mezzo di prova da quello del valore probatorio del suo contenuto ai fini dell'accertamento sulla responsabilità dell'imputato²⁶.

Sotto il primo profilo, le dichiarazioni accusatorie precedentemente rese dal testimone costituiscono un tipico esempio di «*hearsay evidence*»²⁷, in quanto, sebbene rappresentino fatti di cui il dichiarante ha conoscenza diretta, esse sono introdotte nella cornice processuale attraverso un mezzo che non è quello della esposizione orale e della *cross-examination* dinanzi ad un giudice terzo. E' regola fondamentale del diritto probatorio anglosassone che tale tipo di prova non possa concorrere a formare il convincimento del giudicante, in quanto costituitasi al di fuori del contraddittorio orale, cui viene assegnata una fondamentale funzione epistemologica ai fini dell'accertamento processuale²⁸.

prendere posizione su un argomento che si situa sul crinale degli studi giuridici di carattere storico, comparatistico e dogmatico. Ciò che, invece, viene affermato in tali documenti fondamentali è l'esigenza imprescindibile che la disciplina processuale, non importa come classificata in dottrina, corrisponda ai requisiti di quello che viene denominato «giusto processo».

²⁵ Tra i precedenti più significanti, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, serie A, 1997, n. 691, § 50; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1993, *Saïdi c. Francia*, serie A, n. 261-C, § 43; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Francia*, serie A, n. 110, § 29.

²⁶ Tale distinzione è proposta da A. SACCUCCI, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti umani sulle regole di formazione e valutazione della prova*, in AA. VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2000, p. 308.

²⁷ Cfr. A. ASHWORTH-F. PATTNDEN, *Reliability, Hearsay Evidence and the English Criminal Trial*, in *The Quaterly Review*, 1986, p. 290; C. CROSS- C. TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, Butterworths, Londra, 1995; CROSS, *The "Periphery of Hearsay"*, in *Melbourn U. L. Review*, 1969, p. 7; GUEST, *The Scope of the Hearsay Rule*, in *The Law Quaterly Review*, 1985, p. 380; REIN, *The Scope of Hearsay*, in *The Law Quaterly Review*, 1994, p. 431 ss.; PARKER, *McCormick on Evidence and the Concept of Hearsay*, in *Minnesotha Law Review*, 1981, p. 420 s.

²⁸ V., comunque, le disposizioni in materia di *hearsay evidence* introdotte con il *Criminal Justice Act* del 2003. Particolarmente importante è la previsione contenuta nella *section 119*, secondo cui «se in un processo penale una persona dà prova oralmente e ammette di aver reso una precedente dichiarazione difforme», tale dichiarazione è ammissibile «come prova di qualsiasi circostanza di fatto riferita sulla quale sarebbe ammissibile la prova orale». Per un esame delle disposizioni del *Criminal Justice Act* del 2003 si rinvia a A.

L'*hearsay evidence* è, dunque, in linea di principio, una «non-prova»²⁹.

L'eventuale acquisizione agli atti del processo delle dichiarazioni extradibattimentali costituisce, quindi, una eccezione al principio del contraddittorio ed al divieto di *hearsay*. A tale eccezione non è tuttavia possibile attribuire isolatamente alcuna valenza, all'interno del sistema descritto nell'art. 6 par. 1° Conv. eur., in ordine all'osservanza del diritto di interrogare i testimoni a carico. Quest'ultimo aspetto attiene, invece, al secondo dei menzionati profili (quello del valore probatorio delle dichiarazioni unilateralmente acquisite), per il quale è necessaria una duplice indagine volta ad accertare, da un lato, l'effettiva incidenza che la singola dichiarazione a carico ha spiegato nella formazione del convincimento del giudice (in base alle regole generali interne di valutazione delle prove, nonché, in concreto, con riferimento al caso specifico), e, dall'altro, l'eventuale violazione del diritto dell'imputato di interrogare i testimoni a suo carico. Infatti, l'eventuale ammissione come prova di una dichiarazione testimoniale resa al di fuori del contraddittorio orale delle parti non implica necessariamente per l'imputato l'impossibilità di esercitare il suo diritto al controesame nei confronti del dichiarante.

In questi casi si potrà anche discutere dell'opportunità di consentire, nel contesto di un processo ispirato ai canoni dell'accusatorietà, la contaminazione degli elementi probatori attraverso il recupero dibattimentale di dichiarazioni rese precedentemente. Ma ciò non può certo indurre - secondo i parametri della giurisprudenza in esame - a ritenere automaticamente violato il diritto dell'imputato di contro esaminare le persone che hanno affermato fatti o circostanze a lui sfavorevoli³⁰.

Sottolineato questo aspetto di ordine sistematico, è evidente che l'indagine sulla portata delle norme della Convenzione europea relative alla formazione e valutazione delle prove non può prescindere da una visione congiunta dei due suddetti profili, giacché l'uno finisce inevitabilmente per condizionare l'altro e viceversa.

Come si è già avuto modo di sottolineare, la Convenzione europea, benché ispirata largamente alle tradizioni giuridiche di *common law*, non intende imporre un determinato modello processuale, sancendo regole uniformi di acquisizione delle prove. Essa, infatti, si limita a tutelare le garanzie della persona sottoposta a processo penale in una prospettiva soggettiva, attraverso l'attribuzione di determinati diritti, che sono soprattutto quelli legati all'esercizio del contraddittorio.

Nonostante, dunque, la Corte abbia mostrato di considerare con maggior favore un sistema processuale ispirato al principio del contraddittorio nella formazione della prova, il controllo da essa operato sul rispetto dell'art. 6 Conv. eur. si è limitato a sanzionare non già l'ammissione ed il successivo impiego, a qualunque livello, di

BALSAMO – A. LO PIPARO, *Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un "giusto" equilibrio tra scrittura e oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 485 s. Più in generale rimane, comunque, attuale V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo "adversary"*, Genova, 1988, p. 46 s.

²⁹ A. SACCUCCI, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 308.

³⁰ Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 2 ottobre 2002, S.N. c. *Svezia*, ric. n. 34896/97; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 19 febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, serie A, n. 94-A; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*, serie A, n. 203.

testimonianze assunte in violazione di tale principio, bensì soltanto la loro utilizzazione quale base «esclusiva» o «determinante» di una condanna.

In estrema sintesi, l'«equo processo» può ben tollerare il recupero di dichiarazioni rilasciate nelle fasi anteriori al dibattimento, anche al di fuori del contraddittorio, se risulta impossibile l'esame della fonte in giudizio e se l'imputato non ha potuto giovare di «un'occasione adeguata» di interrogare il testimone a carico. Tuttavia, le dichiarazioni così unilateralmente acquisite non potranno mai fondare «in maniera esclusiva o determinante» una sentenza di condanna.

Nell'apprezzare l'efficacia probatoria di una testimonianza, la Corte è chiamata ad effettuare un delicato ragionamento ipotetico: tra le varie prove utilizzate nelle decisioni nazionali, essa deve «sottrarre» le dichiarazioni del testimone o dei testimoni che il ricorrente non ha potuto esaminare. Ove, dopo tale operazione, la condanna risulti ancora supportata da «sufficienti elementi», la procedura sarà considerata «complessivamente equa»³¹, mentre opposte conclusioni si imporranno qualora a seguito della sottrazione l'affermazione di colpevolezza non possa più essere dichiarata³².

La casistica in materia è, ovviamente, molto estesa, e l'esistenza o meno di una violazione dipende dalla natura del materiale probatorio disponibile e dalle affermazioni che – secondo la prospettazione della difesa – il testimone potrebbe fare³³.

L'esercizio ermeneutico appena delineato non sempre risulta semplice e lineare, soprattutto nei casi in cui gli elementi residui appaiono scarsamente significativi. Sarà compito della Corte, allora, fornire un'interpretazione quanto più conforme possibile

³¹ Tali espressioni si ritrovano, tra le tante, in *Corte Eur. Dir. Uomo*, Grande Camera, 8 marzo 2001, *P.M. c. Italia*, ric. n. 43625/98 e in *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 30 novembre 2000, *Vella c. Italia*, ric. n. 48388/99.

³² Tale operazione ermeneutica è delineata da A. TAMIETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 510 e ID., *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 660. Lo stesso Autore, comunque, sembra successivamente aver cambiato opinione (ID., *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 par. 3 lett. d della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2006, p. 2994) riconoscendo che «la prassi della Corte europea ha dimostrato come la valutazione circa la decisività del restante materiale probatorio sia in realtà ampiamente discrezionale, tanto che l'operatività delle garanzie di cui all'art. 6 par. 3 lett. d) Conv. eur. è stata talvolta esclusa grazie ad una sopravvalutazione dell'importanza delle "altre prove", a prescindere dalla loro sufficienza a sondare un verdetto di condanna» e richiamando la massima secondo cui i giudici di Strasburgo ravvisano «altri elementi» a carico qualora il materiale probatorio assunto nel contraddittorio delle parti, letto congiuntamente alle dichiarazioni del testimone assente, sia parso ai giudici nazionali sufficiente a condannare. Dal che parrebbe potersi dedurre – secondo l'Autore – che il modello della Corte non è di espungere quanto detto dal testimone assente o rinunciante, ma di valutarlo nell'ambito del generale quadro probatorio emerso nel processo.

³³ V. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 maggio 2004, *Yavuz c. Austria*, ric. n. 46549/99, riguardante il rifiuto di sentire il ricorrente di persona; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 3 febbraio 2004, *Laukkanen e Manninen c. Finlandia*, ric. n. 50230/99; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 12 febbraio 2004, *Morel c. Francia (n. 2)*, ric. n. 54559/00; *Corte Eur. Dir. Uomo*, Grande Camera, 6 maggio 2003, *Perna c. Italia*, ric. n. 48898/99; nonché le decisioni *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 23 settembre 2003, *Makhfi c. Francia*, ric. n. 59335/00; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 12 dicembre 2002, *Selvanayagam c. Regno Unito*, ric. n. 57981/00.

allo spirito della Convenzione, che impone di garantire diritti «concreti» ed «effettivi»³⁴.

I casi più semplici si verificano quando la deposizione non sottoposta al vaglio delle domande difensive è stata la sola prova a carico. Così accadde, ad esempio, nelle sentenze *Lucà*³⁵, *A.M.*³⁶ e *Craxi*³⁷ tutte contro *Italia* (in quest'ultima, in particolare, vi erano ben quattro testimoni: tre si avvalsero della facoltà di non rispondere e un quarto – Cagliari – si suicidò in carcere prima del processo). Ma si potrebbero ricordare anche i casi *Saïdi c. Francia*³⁸ (procedura per traffico di stupefacenti) e *P.S. c. Germania*³⁹ (accuse di violenza sessuale su minore fondate esclusivamente sulle dichiarazioni rilasciate da quest'ultima alla polizia). In quest'ultimo caso, si esaminarono dei testimoni indiretti: ovvero la madre della bambina ed il poliziotto che l'aveva interrogata. Questi ultimi, tuttavia, altro non poterono fare se non riportare quanto detto da chi, solo, aveva una conoscenza diretta dei fatti. La versione della bambina era nota: quello che mancò alla difesa fu la possibilità di porle domande per dimostrarne l'inattendibilità. La Corte ritenne pertanto che la possibilità di contro-interrogare i testimoni *de relato* non facesse venire meno il fatto che «*the information given by the girl was the only direct evidence of the offense in question and the domestic courts based their finding of the applicant's guilt to a decisive extent on S.'s statements*».

Al tempo stesso, vi sono casi in cui è evidente la presenza, accanto alla dichiarazione non sottoposta a contraddittorio, di altre prove a carico: si può menzionare per tutti, il caso *Calabrò c. Italia e Germania*⁴⁰ nel quale non fu possibile interrogare l'agente infiltrato che aveva tratto in inganno il ricorrente quest'ultimo, però, era stato arrestato (e filmato) all'atto di consegnare la droga.

Di converso, vi sono state ipotesi in cui la presenza di altri, importanti elementi di prova non ha tolto "decisività" alle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio. Emblematico è il caso *Hulki Günes c. Turchia*⁴¹, in cui si trattò delle deposizioni unilateralmente assunte di due gendarmi che avevano identificato l'imputato per rogatoria. Vi era, tuttavia, anche un'altra prova della partecipazione del ricorrente ad un attacco armato: la confessione resa dal diretto interessato. A prima vista, si sarebbe potuto concludere per l'equità complessiva della procedura. Ma la Corte europea osservò che le condizioni della detenzione del ricorrente, durante la quale fu resa – senza assistenza del difensore – la confessione incriminata, erano inumane e

³⁴ Cfr., tra le molte altre, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 10 febbraio 1995, *Alenet de Ribemont c. Francia*, serie A, n. 308, § 16. Non è possibile entrare, in questa sede, nell'ampissima casistica che si può ipotizzare in materia. E' necessario comunque osservare che le dichiarazioni dovrebbero essere considerate "determinanti ai fini della condanna" in tutti quei casi in cui gli altri elementi a carico sono meri riscontri interni dell'attendibilità del dichiarante.

³⁵ *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, ric. n. 33354/96.

³⁶ *Corte Eur. Dir. Uomo*, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, ric. n. 37019/97.

³⁷ *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. II, 14 giugno 2001, *Craxi c. Italia (n.3)*, ric. n. 63226/00.

³⁸ *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 settembre 1993, *Saïdi c. Francia*, serie A, n. 216-C.

³⁹ *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 3 ottobre 2002, *P.S. c. Germania*, ric. n. 37568/97.

⁴⁰ *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. I, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia*, ric. n. 51151/99.

⁴¹ *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 12 gennaio 2006, *Hulki Günes c. Turchia*, ric. n. 42771/98.

degradanti, che il ricorrente aveva successivamente ritrattato e che più di un dubbio avrebbe potuto nascere quanto alla spontaneità delle dichiarazioni auto-incriminanti. Di conseguenza, la Corte concluse che la condanna era fondata in maniera determinante sulle deposizioni extra-dibattimentali dei gendarmi, mai interrogati dalla difesa, e che l'art. 6 par. 1° e 3 lett. d) Conv. eur. era stato violato.

Se si esamina la giurisprudenza della Corte, infine, non si può non rilevare come vi siano, indubbiamente, pericolose ed incerte zone grigie. Paradigmatico, in proposito, è il caso *Raniolo c. Italia*⁴², in cui il ricorrente fu accusato di un omicidio e di un tentato omicidio da un testimone che non si presentò a dibattimento. C'era, è vero, un elemento di riscontro: sui vestiti del ricorrente furono trovate due particelle di polvere da sparo compatibili con l'uso di una pistola, uso che il ricorrente non aveva saputo giustificare. La Corte europea rigettò il ricorso per manifesta infondatezza. Tuttavia, è legittimo chiedersi se, in assenza delle dichiarazioni predibattimentali, si sarebbe potuto, sulla sola base di tracce di polvere da sparo e non disponendo di altri elementi che dimostrassero connessioni tra imputato e vittima, condannare una persona per omicidio e soprattutto per *quel* determinato omicidio.

3. Una proposta *de iure condendo* per adeguare il nostro sistema ai principi dell'equo processo.

La Convenzione europea così come interpretata dalla Corte di Strasburgo esige, per certi versi, qualcosa in meno di quello che si chiede da parte della Costituzione e della legge processuale italiana, là dove giungono a proclamare l'inutilizzabilità di ogni dichiarazione non sottoposta al vaglio dibattimentale.

Innanzitutto, la stessa disciplina costituzionale – nell'accogliere una rigida enunciazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, accompagnata da una speciale clausola di inutilizzabilità *contra reum* – fissa uno *standard* di garanzie più elevato rispetto a quanto richiesto dalla Convenzione medesima.

Nella disciplina pattizia, infatti, non vi è alcun esplicito riferimento al metodo del contraddittorio nella formazione della prova, né a canoni di esclusione probatoria derivanti dalla sua inosservanza, né ad una previsione come quella del 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».

Questo livello di garanzie, più elevato rispetto a quanto imposto in ambito europeo, è stato ribadito anche nel sistema processuale interno, a livello di normativa ordinaria, laddove il legislatore italiano ha accolto in sede di disciplina della prova testimoniale l'assunto secondo cui il valore delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni è, di regola, rigidamente limitato alla critica sull'attendibilità del dichiarante: il 2° comma dell'art. 500 c.p.p. dispone, infatti, che «le dichiarazioni lette

⁴² Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. II, 11 gennaio 2001, *Raniolo c. Italia*, ric. n. 61692/00.

per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste». In linea generale, dunque, l'unico effetto delle dichiarazioni "contestate" può eventualmente essere quello di porre in dubbio il valore della deposizione dibattimentale del testimone.

Con ciò non si vuole, ovviamente, porre dei dubbi che la scelta politica legislativa operata nel codice di procedura penale sia, e rimanga, pienamente legittima. La piattaforma di diritti riconosciuti all'accusato in sede penale dettata dall'art. 6 Conv. eur., come interpretato dalla Corte europea, costituisce infatti un semplice *standard* minimo di tutela che gli ordinamenti degli Stati membri sono tenuti ad assicurare ai cittadini soggetti alla giurisdizione penale. Ciò non impedisce certo ad uno di tali Stati (e, nella specie, al nostro ordinamento) di ricercare e perseguire soluzioni processuali a carattere più marcatamente accusatorio.

Tale ricerca deve però comunque portare ad una soluzione processuale coerente dal punto di vista sistematico soprattutto rispettosa, in ogni suo aspetto, dei principi espressi dalla Convenzione europea dei diritti umani ed elaborati dalla Corte di Strasburgo. Non va dimenticato, infatti, che, anche dopo la modifica che ha introdotto nella nostra Costituzione (art. 111 Cost.) i principi del giusto processo, condanne da parte dei giudici di Strasburgo nei confronti dell'Italia ve ne sono state.

Questo perché il sistema italiano, se da un lato accoglie una rigida enunciazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, dall'altro, in sede di disciplina delle deroghe a tale principio, dà spazio al rischio di legittimare soluzioni normative che si pongono sotto quello livello minimo di garanzie che la Convenzione europea impone di rispettare.

Il riferimento è, naturalmente, non solo a quanto previsto dal 5° comma dell'art. 111 Cost., ma, altresì, alle previsioni contenute agli artt. 512⁴³ e 512-bis c.p.p.⁴⁴, laddove consentono un accertamento di responsabilità basato (anche in maniera esclusiva, o comunque, determinante) su dichiarazioni rese unilateralmente da persone che l'imputato non ha mai avuto modo di esaminare e acquisite in quanto divenute irripetibili. Si pensi, per esempio, alle dichiarazioni rese nella fase preliminare da chi

⁴³ L'art. 512 c.p.p. rappresenta una «mina vagante» secondo M. NOBILI, sub *Art. 512 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. V, Torino, 1991, p. 435; una «soluzione debole» per G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO-V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 3^a ed., Padova, 2006, p. 709; una «deviazione grave» rispetto al modello di processo orale per E. ZAPPALÀ, *La nuova «dimensione» del giudizio ordinario di primo grado*, in *Legisl. pen.*, 1990, p. 427. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., 8 luglio 2004, Kola, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3815 (con nota di P.P. PAULESU e di S. RENZETTI) che, pronunciandosi in tema di irreperibilità del testimone come fattore di operatività dell'art. 512 c.p.p., ha stabilito che la lettura è consentita quando l'impossibilità dell'esame dibattimentale del dichiarante sia dovuta a fatti o circostanze imprevedibili e di natura oggettiva, ove per oggettività si intende la non imputabilità degli stessi né alla parte richiedente, né tanto meno alla fonte testimoniale. Pertanto, non può darsi luogo a lettura quando l'escussione del dichiarante in dibattimento sia impraticabile a causa della sua libera scelta di sottrarsi all'esame, a meno che tale scelta sia il frutto di una condotta illecita proveniente da chi, o per conto di chi, sia controinteressato alla deposizione testimoniale. In senso sostanzialmente conforme, Cass., 16 aprile 2004, Bianchi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, p. 611; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21; Cass., 19 febbraio 2003, Pantini, *ivi*, 2003, p. 1123.

⁴⁴ L'art. 512-bis c.p.p. è giudicato «indecoroso» da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, VIII, 2006 p. 681.

successivamente, in sede di giudizio, non sia stato sottoposto a esame perché deceduto o divenuto infermo di mente. Così, ancora, alle dichiarazioni accusatorie rilasciate da stranieri o da cittadini residenti all'estero che abbiano depresso all'estero o in Italia senza che mai la difesa abbia avuto la possibilità di esaminarli.

Ma non si possono dimenticare altre disposizioni codicistiche, da cui discende l'inutilizzabilità, per la decisione, quale prova unica o determinante, di dichiarazioni raccolte e vagliate senza l'contraddittorio neppure differito. Ci si riferisce, per esempio, all'art. 195 c.p.p., relativamente alla testimonianza *de relato*, quando non è possibile esaminare la fonte diretta; oppure all'art. 238 comma 3° c.p.p., per quanto concerne l'utilizzazione di verbali di prove assunte in altro procedimento⁴⁵.

Rispetto ad una disciplina del genere, dobbiamo rilevare come essa risulti in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea, la quale, come abbiamo visto, - sulla scorta di un indirizzo risalente nel tempo e costantemente ribadito⁴⁶ - ha più volte precisato come la garanzia del contraddittorio («almeno differito») sulla fonte di prova sia da ritenersi imprescindibile per consentire l'uso determinante in sentenza delle dichiarazioni rese senza l'osservanza del metodo dialettico.

Si impone quindi una attenta riflessione sugli accorgimenti da adottare per predisporre una disciplina coerente con i principi dell'«equo processo» secondo il modello convenzionale, ma che, nel contempo, consenta al nostro processo di funzionare anche con garanzie maggiori rispetto a quelle che si esigono in ambito europeo.

Del resto, la necessità di sollecitare un serio confronto all'interno del nostro sistema sugli indispensabili aggiustamenti (normativi o, quanto meno, interpretativi) deriva dal rischio di nuove censure ad opera della Corte di Strasburgo⁴⁷, oltreché dalla

⁴⁵ Cfr. O. MAZZA, *La procedura penale*, nel numero *Speciale Europa di Dir. pen. proc.*, 2011, p. 35 s.

⁴⁶ V., per tutte, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 15 giugno 1992, *Ludi c. Svizzera*, serie A, n. 238, § 49; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 51.

⁴⁷ Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 2007, *Majadallah c. Italia*, ric. n. 62094/00 dove si ribadisce che viola l'art. 6 par. 1 e 3 lett. d) Conv. eur. la condanna fondata esclusivamente su dichiarazioni rese dalla polizia giudiziaria da una persona successivamente divenuta irreperibile e che l'imputato non abbia potuto esaminare o far esaminare in alcuna fase del procedimento. Nella fattispecie, il ricorrente - un cittadino marocchino - era stato condannato sulla base delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, nel corso delle indagini, da parte di due stranieri, i quali si erano poi resi irreperibili. La Corte ha ritenuto che la condanna fondata su dichiarazioni rese nel corso delle indagini da persone informate dei fatti che in udienza dibattimentale non sono state esaminate come testimoni dalla difesa rappresenta una violazione del diritto al giusto processo ex art. 6 par. 1 e 3 Conv. eur. Nella sentenza, la Corte, peraltro, sottolinea come la mancata presentazione dei due testi d'accusa non fosse dovuta a «circostanze eccezionali». Anzi, a parere dei giudici di Strasburgo, l'autorità giudiziaria italiana avrebbe dovuto ritenere prevedibile l'assenza in dibattimento delle persone informate dei fatti proprio in quanto stranieri e quindi avrebbe dovuto far ricorso ad altri strumenti, come l'incidente probatorio, in modo da consentire alla difesa di controinterrogare i testimoni. Per un commento alla sentenza v. B. PIATTOLI, *Quelle accuse senza contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 43, p. 94 s. Cfr., anche, *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 8 febbraio 2007, *Kollcaku c. Italia*, ric. n. 25701/03, in cui, invece, la Corte europea non ha ravvisato la violazione della Convenzione, in quanto le dichiarazioni della vittima (una prostituta albanese, che la difesa non aveva avuto la possibilità di interrogare in alcuna fase del procedimento) non costituivano il solo elemento di prova su cui il tribunale aveva fondato la condanna del ricorrente; ad esse si aggiungevano la

circostanza che i principi convenzionali risultano ormai essere parte integrante dell'ordinamento interno⁴⁸. Non solo infatti l'art. 111 Cost. riproduce "sostanzialmente" i contenuti dell'art. 6 Conv. eur. ma pure l'art. 117 comma 1° Cost., novellato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sottopone il legislatore ordinario all'osservanza dei «vincoli» derivanti dagli obblighi internazionali in generale - quindi anche da quelli convenzionali - ovviamente in quanto compatibili con i principi fondamentali della Carta costituzionale. Allo stesso modo non si possono dimenticare i numerosi altri impegni assunti a livello europeo dal nostro Stato con riferimento alle regole dell'«equo processo» convenzionale.

Senza considerare che il tema relativo alla possibile valutazione di incompatibilità tra l'art. 6 Conv. eur. e la disciplina codicistica delle letture dibattimentali prevista dagli artt. 512 e 512-*bis* c.p.p., è stato affrontato più volte anche dalla giurisprudenza di merito la quale, tuttavia, non è mai giunta a conclusioni del tutto convincenti.

La soluzione più razionale finora individuata è senz'altro quella illustrata in una recente sentenza della Sezioni Unite⁴⁹. Ponendosi nella prospettiva ermeneutica costantemente delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il Supremo Collegio ha ritenuto possibile un'interpretazione adeguatrice dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., escludendo ogni profilo di incompatibilità non solo tra quest'ultima ed il sistema convenzionale, ma anche tra la stessa norma esterna e i commi 4° e 5° dell'art. 111 Cost.

Ciò ha fatto, da un lato, osservando che la regola convenzionale, diversamente dalla norma costituzionale - che riguarda gli aspetti della formazione e dell'acquisizione della prova - pone un criterio di valutazione della prova dichiarativa ritualmente acquisita, e, dall'altro lato, facendo ricorso al tradizionale criterio ermeneutico della presunzione di conformità delle norme interne successive rispetto ai vincoli internazionali pattizi, ossia alla presunzione che il legislatore (di revisione

testimonianza dell'ispettore e gli elementi risultanti dall'indagine della polizia sullo scontro armato, che rivelavano l'esistenza di una guerra per il controllo della prostituzione, con il ricorrente a capo di una delle bande coinvolte, e avevano permesso di individuare gli appartamenti dove avevano avuto luogo gli abusi e la violenza sulla vittima. Letti in "congiunzione" con le affermazioni della vittima, questi elementi avevano condotto il tribunale a riconoscere la colpevolezza del ricorrente. In questa situazione, la Corte di Strasburgo ha ritenuto di non poter concludere che l'impossibilità di interrogare o fare interrogare la vittima avesse comportato una lesione dei diritti della difesa in misura tale da violare l'art. 6 par. 1 e 3 lett. d Conv. eur.

⁴⁸ In questo senso, v. Cass., Sez. II, 22 novembre 2007, Poltronieri, in *C.E.D.*, n. 238198, secondo cui è evidente che «l'art. 512 c.p.p., così come interpretato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte, anche alla luce dei principi costituzionali, può trovarsi in contrasto nella sua applicazione pratica con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo». La pronuncia costituisce la prima applicazione del principio che è stato affermato dalla Corte costituzionale con le sent. 22 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349, secondo le quali il giudice italiano deve interpretare la legge nazionale in modo conforme alla Convenzione europea così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010, D.F., in *Cass. pen.*, 2012, p. 858, da cui sono tratte le parole tra virgolette che seguono. Per un commento alla sentenza v. P. SILVESTRI, *Le Sezioni Unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, *ivi*, 2012, p. 872 s.

costituzionale ed ordinario) non abbia inteso sottrarsi all'obbligo internazionale assunto dallo Stato, non volendo incorrere nella conseguente responsabilità per inadempimento nei rapporti con gli altri Stati.

Si è osservato, in proposito, come sarebbe «incongruo» ritenere che il legislatore, proprio nel momento in cui operava una revisione dell'art. 111 Cost. al fine di introdurre i principi convenzionali sul giusto processo, abbia poi posto invece una norma incompatibile con quella convenzionale: «la differenza di formulazione rispetto alla norma CEDU non può, pertanto, essere intesa nel senso di una volontà del legislatore di impedire l'applicazione della regola convenzionale. La diversità di articolazione delle norme non esclude che esse costituiscono comunque applicazione di un identico o analogo principio generale inteso a porre un rigoroso criterio di valutazione delle dichiarazioni dei soggetti che la difesa non ha mai avuto la possibilità di esaminare e ad eliminare o limitare statuizioni di condanna fondate esclusivamente su tali dichiarazioni». Si deve allora ritenere conforme al sistema l'individuazione del seguente criterio di valutazione: in tutti i casi in cui, per qualsivoglia ragione, l'imputato non abbia mai avuto l'occasione di interrogare il dichiarante, deve essere quantomeno necessario esaminare le dichiarazioni rilasciate congiuntamente ad altri elementi di riscontro.

A tale soluzione che, in sostanza, permetterebbe al giudice di far discendere direttamente dalla Convenzione europea una regola di valutazione in modo tale da ampliare e integrare interpretativamente l'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p., sono state rivolte, tuttavia, le critiche di una parte della dottrina⁵⁰. In particolare, si è correttamente osservato come le regole di prova legale dettate dall'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p. siano, per un verso, eccezionali, e come tali non suscettibili di estensione analogica, per altro verso, non possano essere integrate mediante applicazione diretta della norma convenzionale. E' la stessa giurisprudenza costituzionale a ricordare che, a fronte di una discrasia non componibile ermeneuticamente, «il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della Convenzione europea (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di tale effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la Convenzione europea, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.»⁵¹.

Senza contare che la lettera dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. è oltremodo chiara: essa impedisce di formulare un giudizio di colpevolezza solo nel caso in cui si sia in presenza di dichiarazioni rese unilateralmente da parte di chi, per libera scelta, si sia sempre sottratto volontariamente al contraddittorio, cosicché «interpretare la norma in questione diversamente significherebbe svuotare il dato testuale della disposizione, qualunque sia la natura che ad essa si intenda riconoscere (regola di esclusione

⁵⁰ O. MAZZA, *La procedura penale*, cit., p. 35 s.

⁵¹ Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 e p. 3535, con commenti di S. CARTABIA, A. GUAZZAROTTI, SCIARABBA; Corte cost., 26 maggio 2010, n.196, *ivi*, 2010, p. 2308; Corte cost., 26 maggio 2010 n. 187, *ivi*, 2010, p. 2212; Corte cost., 15 aprile 2010 n. 138, *ivi*, 2010, p. 1604 s.

probatoria o criterio legale di valutazione»⁵².

Stando così le cose, forse converrebbe spostare il discorso sul piano dell'intervento legislativo, per quanto possa essere un compito difficile data la complessità della materia.

A tale proposito, ci si domanda se non sia il caso di riflettere sulla possibilità di introdurre anche nel nostro sistema alcune formule normative riferite a concetti da sempre presenti nelle decisioni della Corte europea: ad esempio, quello di condanna fondata «esclusivamente o in maniera determinante» su dichiarazioni formate unilateralmente⁵³. Del resto la riforma del «giusto processo» ha già inserito nell'art. 111 Cost. e nel nostro sistema processuale interno formule presenti nella Convenzione europea, sicché non dovrebbe essere difficile prendere confidenza anche con questi concetti frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

Si tratta, in altre parole, di enucleare dal sistema europeo di protezione dei diritti dell'imputato una regola di valutazione che impedisca al giudice, non tanto di utilizzare nella decisione tali elementi di prova, ma di fondare «in modo esclusivo o determinante» su di essi una sentenza di condanna.

A tale proposito, rileva l'art. 526 comma 1-bis c.p.p. che, riproducendo quasi alla lettera il secondo periodo dell'art. 111 comma 4 Cost., vieta l'uso *contra reum* delle dichiarazioni precedentemente rese da chi, volontariamente e per libera scelta, si sia sempre sottratto all'esame da parte dell'accusato⁵⁴.

Alla luce delle garanzie sancite dalla Convenzione europea, tale disposizione,

⁵² P. SILVESTRI, *Teste irreperibile e valutazione delle dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 284.

⁵³ Cfr. l'art. 706-62 c.p.p. francese, secondo cui nessuna condanna può essere pronunciata sulla base esclusiva o determinante di testimonianze anonime. Come si avrà modo di precisare più avanti, non ci si deve nascondere tuttavia che la regola della «misura esclusiva o determinate» implica un serio problema applicativo, in quanto presuppone la possibilità di quantificare gli esiti dell'accertamento dei fatti, di misurare, in altre parole, il «peso specifico» delle prove.

⁵⁴ «Norma di chiusura» che segna il confine estremo di tutela del contraddittorio: cfr. C. CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 593, secondo la quale la ratio della regola va valutata nel combinarsi degli artt. 526 e 514 c.p.p.; P. FERRUA, *Una garanzia "finale" a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-bis c.p.p.*, in AA. VV., *Giusto processo*, cit., p. 522. Sulla vocazione della norma a chiudere il sistema, v. altresì D. NEGRI, *Commento all'art. 19 l. 1° marzo 2001, n. 63 (attuazione dell'art. 111 Cost.)*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 324 s., che sottolinea tuttavia l'inadeguatezza della previsione allo scopo. Parla di «norma su cui probabilmente si misurerà l'effettiva tenuta del nuovo microsistema probatorio», P. P. PAULESU, *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo – tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., p. 117. In giurisprudenza, cfr. Corte Ass. Genova, ord. 17 gennaio 2002, Mango, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1123. In senso contrario v. tuttavia M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3986: «l'art. 526 comma 1-bis c.p.p., rispetto agli atti di indagine, non funge né da divieto, né da criterio interpretativo o valutativo»; E. VALENTINI, *Impossibilità dell'esame dibattimentale del teste: divieto d'acquisizione o semplice divieto di valutazione contra reum delle precedenti dichiarazioni?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1127, ove si esclude che l'art. 526 comma 1-bis c.p.p. enunci più di un principio comunque desumibile dalle diverse regole di esclusione contemplate nel codice di rito. Sui problemi derivanti dal trasferimento del precetto costituzionale nella sede codicistica v. M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001 p. 11.

tuttavia, così come formulata, non sembra sufficiente a salvaguardare l'assetto complessivo della disciplina delle deroghe alla formazione dialettica della prova.

Il divieto di utilizzare i risultati delle letture ai fini della prova della colpevolezza è circoscritto, infatti, al caso del testimone che per «libera scelta» si sia «sempre volontariamente» sottratto all'esame da parte della difesa dell'imputato, ma non è riferibile alle ipotesi di oggettiva irripetibilità della prova dichiarativa (e nemmeno a quelle di sottrazione all'esame a seguito di «provata condotta illecita»)⁵⁵. Anzi, proprio queste ipotesi, riconducibili alle deroghe costituzionalmente ammesse alla formazione della prova in contraddittorio, risultano escluse dalla sfera di operatività del divieto enunciato nell'art. 526 comma 1-bis c.p.p.

Sotto diverso profilo, tale divieto appare addirittura «sovrabbondante», poiché sembra imporre l'esclusione ai fini della pronuncia di colpevolezza delle dichiarazioni che la difesa non abbia avuto modo di verificare, a prescindere dall'impiego di tali dichiarazioni come elemento esclusivo o determinante del giudizio di responsabilità⁵⁶.

Per adeguare il sistema codicistico ai principi espressi dalla Convenzione europea si potrebbe pensare - *de iure condendo* - di ampliare, quindi, l'operatività dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p., estendendone i confini oltre l'eventualità del testimone che, «per libera scelta», si sia «sempre» sottratto «volontariamente» all'esame. Ma, nello stesso tempo, si tratterebbe di circoscrivere l'area del divieto alle sole ipotesi di un impiego delle dichiarazioni «in maniera esclusiva o determinante» a fondamento

⁵⁵ Cfr., in giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. I, 6 maggio 2010, Mzoughia, in *C.E.D.* 247618, secondo cui «la regola di cui all'art. 526, comma 1-bis c.p.p. impedisce al giudice di fondare la decisione su una prova dichiarativa acquisita mediante il meccanismo di recupero di cui all'art. 512 stesso codice: a) soltanto ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato; b) soltanto se il dichiarante si sia sottratto all'esame per libera scelta; c) soltanto nelle situazioni in cui detta prova costituisca il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza». Cfr. anche, Cass., Sez. IV, 13 aprile 2007, Gioviano e altri, in *Guida dir.*, 2007, n. 39, p. 78; Cass., Sez. I, 20 giugno 2006, Filippi, in *C.E.D.*, n. 234281; Cass., Sez. IV, 10 dicembre 2004, Alfieri e altro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1509; Cass., Sez. III, 8 luglio 2004, Kola, *ivi*, 2005, p. 3815 con nota di P.P. PAULESU; Cass., Sez. III, 9 marzo 2004, Tanfari, *ivi*, 2005, p. 1353; Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Arc. nuova proc. pen.*, 2003, p. 540 e in *Giur. it.*, 2004, c. 2153; Cass., Sez. I, 22 novembre 2002, Manazza, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1665; Cass., Sez. I, 9 ottobre 2002, Nuredini Bujar, *ivi*, 2004, p. 1666 e in *Giur. it.*, 2004, c. 837.

⁵⁶ Cfr. C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 1453, da cui è tratta anche l'espressione tra virgolette; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 728; P. FERRUA, *L'avvenire del contraddittorio*, cit., p. 21 s.; *contra*, ritenendo che la norma non vieti l'uso delle dichiarazioni del teste renitente come riscontri ad altre prove, Cass., 23 giugno 2000, Stillitano ed altri, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2148, con nota di S. BUZZELLI, *Il criterio di valutazione probatoria ex art. 192 comma 3 c.p.p. in rapporto al nuovo art. 111 comma 4 Cost.*; CASSIBBA, *Acquisizione e criteri di valutazione della chiamata di correo alla luce dell'art. 111 comma 4 Cost.*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 728 s. Giova ricordare che esiste un filone dottrinale che riconduce all'ambito di operatività dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p. anche le precedenti dichiarazioni che siano state acquisite al fascicolo sulla base di un accordo delle parti: così, G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 702; egualmente, seppure con riferimento ai lavori preparatori della legge di attuazione dell'art. 111 Cost., P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma della costituzione*, cit., p. 63. Favorevole alla derogabilità per consenso dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p., v., tra gli altri, C. CONTI, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003 p. 238; M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili*, cit., p. 3987, spec. nota 57.

della sentenza di condanna.

Tale operazione, tuttavia, potrebbe non essere nemmeno necessaria se si accogliesse un'interpretazione dell'art. 526 co. 1-*bis* c.p.p. orientata a ritenere ricompreso il senso della suddetta clausola restrittiva nella locuzione «sulla base di», già presente nel testo normativo. Quest'ultima locuzione, infatti, rimanda ad un'utilizzazione pregnante di quelle dichiarazioni, quale vero e proprio fondamento della motivazione sulla responsabilità dell'imputato. In altri termini, si vuole alludere ad un impiego di tali dichiarazioni tale per cui, se escluse dall'area di valutazione del giudice, crollerebbe la concatenazione dei dati conoscitivi che hanno concorso a fondare la sentenza di condanna e, dunque, verrebbe meno la possibilità di pronunciare un giudizio di colpevolezza «sulla base» dei restanti elementi.

La presenza nella locuzione in oggetto dell'avverbio temporale «sempre» sembra richiamare una concezione del diritto dell'accusato ad esaminare il proprio accusatore corrispondente a quella recepita dalla giurisprudenza europea, posto che anche per essa è determinante che la difesa non abbia «mai» avuto l'occasione di interrogare il suddetto dichiarante.

Se si volesse porre un argine invalicabile all'utilizzo in via esclusiva di dichiarazioni rese da chi non fosse mai stato esaminato dalla difesa dell'imputato - secondo le indicazioni provenienti da Strasburgo - occorrerebbe però dare applicazione generalizzata all'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p.: più precisamente non vi sarebbe motivo, in quest'ottica, per distinguere tra una sottrazione volontaria del testimone alla verifica difensiva e l'oggettiva impossibilità di escuterlo⁵⁷.

Una volta accertata l'assenza di qualunque concreta opportunità, per l'accusato, di esaminare il testimone a carico, dovrebbe essere automatico l'innalzarsi della barriera *ex* art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. contro l'uso esclusivo e determinante, per una sentenza di condanna, di dichiarazioni unilateralmente acquisite *contra reum*.

In tale prospettiva, le dichiarazioni non rese in contraddittorio ma acquisite nei modi appena descritti, sarebbero certamente elementi valutabili dal giudice ai fini del proprio convincimento. Tuttavia sarebbero dotati di un'efficacia probatoria ridotta. Per un verso esse non sarebbero utilizzabili, da sole, per fondare il giudizio di colpevolezza; per altro verso, però, potrebbero concorrere con altri elementi a corroborare un tale giudizio.

Questo modello cognitivo si iscriverebbe perfettamente nelle linee prospettate dalla Corte europea, traducendo in regola di valutazione l'insegnamento di fondo della relativa giurisprudenza.

Tale regola di valutazione, secondo cui la condanna non può fondarsi esclusivamente o principalmente su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto esaminare, sarebbe, inoltre, coerente con lo stesso dettato costituzionale.

In primo luogo, con l'eccezione contemplata dall'art. 111 comma 5 Cost. che non impone l'automatica utilizzabilità dei corrispondenti atti di indagine quando la prova

⁵⁷ Per un approfondimento di tale proposta di modifica legislativa, ci si permette di rinviare a S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, cit., p. 376.

non sia più formabile in contraddittorio per impossibilità oggettiva, ma si limita a stabilire che, stante tale situazione, la legge prevede la formazione della prova in deroga al contraddittorio. In altre parole, comunque venga intesa la locuzione «impossibilità di natura oggettiva», l'art. 111 comma 5 Cost. contempla la disciplina di tale ipotesi, ma non vincola il legislatore ordinario a consentire che questo tipo di dato conoscitivo sia in sé e per sé utilizzabile dal giudice senza alcun limite⁵⁸.

In secondo luogo, la regola di valutazione prospettata risulterebbe coerente con l'art. 111 comma 3 Cost. che recepisce quasi letteralmente il disposto dell'art. 6 par. 3 lett. d) Conv. eur. Anzi, a ben vedere, la previsione costituzionale sancisce, più rigorosamente di quella convenzionale, che il diritto dell'accusato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» deve poter essere esercitato «davanti al giudice», inteso quale giudice dibattimentale chiamato a emettere la decisione sul merito dell'imputazione⁵⁹.

Infine, risulterebbe compatibile anche con il 4° comma dell'art. 111 Cost.: del resto, se si considera il rapporto tra il principio generale del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale posto dalla prima parte del comma in esame e la regola posta dalla seconda parte del medesimo comma, si deve convenire che questa regola va intesa non già come eccezione, bensì come svolgimento ed attuazione del principio generale. Essa pertanto non può essere considerata come eccezionale, sicché identica o analoga regola di valutazione probatoria può essere prevista legittimamente per ipotesi ulteriori.

Sarebbe quindi costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di introdurre (modificando la lettera dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. nei modi sopra accennati) una regola di valutazione dell'elemento di prova formato fuori dal contraddittorio, e acquisito nei casi dell'art. 111 comma 5 Cost., in linea con la giurisprudenza europea.

Qualora si ritenesse difficile, data la complessità della materia, ipotizzare una riforma legislativa, l'unica alternativa praticabile sarebbe quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p. - nella parte in cui impedisce di formulare un giudizio di colpevolezza sulla base di dichiarazioni unilateralmente assunte *solo* da parte di chi si sia sottratto all'esame *per libera scelta* - alla luce dell'art. 117 comma 1 Cost., utilizzando la norma interposta rappresentata dall'art. 6 par. 3 lett. d) Conv. eur.

La Corte costituzionale potrebbe pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto chiarendo, una volta per tutte, come, anche per la nostra Carta fondamentale, la condanna non possa mai trovare l'unica giustificazione in dichiarazioni assunte senza che l'imputato abbia potuto esaminare chi lo accusa. E ciò senza dover distinguere tra una sottrazione volontaria del testimone alla verifica difensiva e l'oggettiva impossibilità di escuterlo.

⁵⁸ Contra, P. GAETA, [Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale](#), in *Arch. pen.*, 2012, p. 35 s. e in questa *Rivista*, 9 luglio 2012.

⁵⁹ Così, anche per O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale precostituito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1539.

Come è stato efficacemente dimostrato in dottrina⁶⁰, infatti, la regola di valutazione secondo cui la condanna non può fondarsi «esclusivamente o in maniera determinante» su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto interrogare, potrebbe essere già direttamente desumibile dall'art. 111 comma 3 Cost. che recepisce quasi letteralmente il disposto dell'art. 6 par. 3 lett. d) Conv. eur.

La perfetta sovrapposibilità delle disposizioni in esame conduce all'agevole conclusione che, così come dall'art. 6 par. 3 lett. d) Conv. eur. la giurisprudenza europea ricava la regola di valutazione, altrettanto potrebbe fare la giurisprudenza interna, a tutti i livelli, interpretando l'art. 111 comma 3 Cost.

Questa osservazione dovrebbe poi consentire di superare gli orientamenti giurisprudenziali restrittivi, che invocano l'art. 111 comma 5 Cost. per giustificare l'impiego probatorio determinante di atti di indagine assunti unilateralmente dall'accusa⁶¹: l'eccezione contemplata dalla norma costituzionale, infatti, si limita a stabilire che «la legge regola i casi» in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio, ma non pregiudica la questione del valore probatorio del dato conoscitivo così legittimamente acquisito.

⁶⁰ O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale preconstituito*, cit., p. 1539.

⁶¹ Cfr., per esempio, Cass., Sez. V, 16 marzo 2010, n. 16269, Benea, in *C.E.D.* 247258; Cass., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27582, Rotaru, *ivi*, 248052.