

**LE CONTESTAZIONI NELL'ESAME TESTIMONIALE.
UN'ANALISI CRITICA DELLA DISCIPLINA ITALIANA IN PROSPETTIVA
INTERDISCIPLINARE E NELL'OTTICA DEL DIRITTO COMPARATO***

di Stefano Ruggeri

(Professore associato di diritto processuale penale, Università di Messina)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La riforma sul giusto processo e la sua incidenza sulla disciplina italiana in tema di contestazioni probatorie. – 2.1. La sentenza 361/1998 della Corte costituzionale, la riforma costituzionale sul giusto processo e le sue potenzialità sul piano delle contestazioni probatorie. – 2.2. La riforma della disciplina sulle contestazioni testimoniali a seguito dell'attuazione legislativa della riforma costituzionale del 1999. – 2.2.1. Le modifiche apportate alle regole in tema di contestazione nell'esame testimoniale. – 2.2.2. L'ampliamento della portata applicativa delle contestazioni testimoniali. – 3. La necessità di una riflessione critica sulla normativa italiana sulle contestazioni testimoniali mediante un approccio interdisciplinare e integrato. – 4. La prospettiva del diritto costituzionale. Le regole codicistiche sulle contestazioni probatorie nel complessivo sistema dei valori costituzionali. – 5. La prospettiva dell'*international human rights law*. Le regole sulle contestazioni testimoniali a confronto con l'approccio flessibile della giurisprudenza europea al diritto delle prove penali. – 6. La prospettiva del diritto UE: le sfide della giustizia penale transnazionale e il rafforzamento delle garanzie difensive da parte della recente normativa dell'Unione. – 7. Le contestazioni probatorie nella prospettiva del diritto comparato. Le previsioni italiane sulle contestazioni testimoniali a confronto con la *rule against narrative* nell'esperienza dell'Inghilterra e del Galles. – 8. Considerazioni conclusive alla luce dell'analisi interdisciplinare e proposte di riforma della materia.

1. Delle “contestazioni” il codice di procedura penale parla in due diverse accezioni. In una prima accezione, la contestazione discende dalla modifica dell'accusa sotto un profilo fattuale e si realizza mediante la formale imputazione alla persona accusata dell'addebito modificato integrato o rinnovato. In questo senso il codice disciplina le “nuove contestazioni”, fenomeno in cui s'inverna dunque un intervento chirurgico sull'addebito nei casi ed entro i limiti tracciati dalla legge. Non si tratta di un fenomeno esclusivo del dibattimento, poiché il codice disciplina la modifica dell'addebito anche in udienza preliminare, sebbene in termini non del tutto coincidenti con quelli valevoli per il dibattimento, e in quest'ambito inoltre esclude di regola la possibilità di interventi modificativi sull'imputazione nell'ambito del giudizio abbreviato. Esclusive del dibattimento sono invece le contestazioni

* L'articolo riprende e rielabora parte dei contenuti del mio contributo *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, destinato al Libro su *Il giudizio ordinario di primo grado* (a cura di E. Marzaduri), all'interno del *Trattato teorico pratico di diritto processuale penale*, ideato da V. Grevi e diretto da G. Illuminati e Livia Giuliani, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.

probatorie, che mettono in luce un meccanismo processuale affatto diverso. Qui l'intervento chirurgico, per rimanere in metafora, non è sull'addebito ma sulla prova e in ciò si realizza il fenomeno – da tempo ampiamente scandagliato dalla riflessione teorico-generale – della c.d. “prova della prova”¹.

Le contestazioni probatorie costituiscono una fra le problematiche più delicate del sistema di giustizia penale costruito nel 1988. In particolare, la nuova normativa sulle contestazioni nell'esame testimoniale codificava quella che a buon diritto poteva considerarsi la “regola d'oro”, come Paolo Ferrua efficacemente l'ha definita², del nuovo sistema processuale, una regola che, nel rideterminare i termini del contrasto tra la prova assunta fuori dal giudizio e la prova assunta in dibattimento dalla stessa fonte, aspirava a reggere le fondamenta di un modello dichiaratamente ispirato alla tradizione accusatoria dei Paesi di *common law*. Da quella regola discendeva a grappolo, con ben poche differenze di fondo, il regime delle contestazioni nell'esame di altri dichiaranti: consulenti, periti e perfino delle parti. Analizzare questa complessa disciplina equivale certamente a ricostruire un palinsesto³ e dunque a ricostruire il percorso intrapreso – con le sue aspirazioni e contraddizioni, i suoi flussi e riflussi – dalla giustizia penale italiana per allontanarsi dalla propria storia e costruirne una nuova, modellata su schemi e culture ad essa estranee.

Il presente studio esamina l'evoluzione di questa complessa materia avvenuta negli ultimi tre lustri a partire dalla riforma costituzionale sul “giusto processo” del 1999, un'epoca caratterizzata da una sempre crescente incidenza della giurisprudenza di Strasburgo e, più di recente, del diritto dell'Unione europea sul sistema italiano di giustizia penale. L'analisi sarà quindi condotta in prospettiva interdisciplinare al fine di verificare se e in che misura l'evoluzione della disciplina interna sulle contestazioni probatorie soddisfi appieno le esigenze poste dal diritto costituzionale nonché dall'*international human rights law* e dal diritto dell'Unione. L'importanza sistematica delle regole sulle contestazioni pone peraltro per il diritto delle prove penali complesse sfide che trascendono il piano dei procedimenti nazionali e si estendono all'ambito della cooperazioni internazionale. A quest'ambito, sul versante dell'area di libertà sicurezza e giustizia, è rivolta in ultima analisi la recente opera di armonizzazione normativa avviata dalle istituzioni UE⁴. Anche in considerazione di ciò, ho ritenuto opportuno rivisitare la disciplina italiana sulle contestazioni testimoniali pure nella prospettiva del diritto comparato. Data l'origine della normativa sulle contestazioni probatorie, il confronto sarà condotto con l'evoluzione della *rule against narrative* nel sistema di giustizia penale in Inghilterra e Galles. L'obiettivo ultimo di questa ricerca è sottoporre a riflessione critica la disciplina italiana alla luce delle indicazioni che emergeranno da questo complesso quadro e tracciare alcune proposte di riforma dell'assetto esistente.

¹ In proposito F. Gascón Inchausti, *El control de la fiabilidad probatoria*, Valencia 1999.

² P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*³, Bologna 2012, 142 ss.

³ F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 701 ss.

⁴ Art. 82 § 2 TrFUE.

2. È noto che a sei anni di distanza dalla stagione del 1992 la Corte costituzionale provvede, con la sentenza 361/1998, a dilatare enormemente l'ambito applicativo dell'assetto costruito dal legislatore. L'analisi della portata di questa fondamentale pronuncia rispetto al sistema delle contestazioni esula dall'ambito del presente studio. Basterebbe qui rilevare che l'estensione dell'assetto disegnato dai co. 2-bis e 4 dell'art. 500 Cpp nella versione dell'epoca alle dichiarazioni rese dall'ora teste in altri procedimenti risultava inevitabile, per quanto non sempre fosse realisticamente esigibile un confronto con l'accusatore nel procedimento nel quale era stata assunta l'informazione oggetto della contestazione. Meno scontata e certamente più problematica si rivelava l'estensione delle soluzioni legislative del 1992 all'esame del coimputato che dichiarasse sul fatto altrui, stante la normativa del tempo applicabile all'esame di tali soggetti processuali. Di certo, differenze considerevoli separavano la posizione del testimone da quella del coimputato rispetto al destinatario delle dichiarazioni oggetto della contestazione. In effetti, sebbene la mancata deposizione *in toto* o su specifiche circostanze non provasse in sé la volontà di sottrarsi al confronto con l'imputato, difficilmente si poteva negare che la sola presenza fisica del teste, quando questi fosse stato costretto con la forza o la minaccia di una sanzione penale a sottoporsi all'esame dibattimentale, potesse soddisfare i requisiti qualitativi di un autentico confronto. Discorso ben diverso valeva per il coimputato, del quale ai sensi dell'art. 210 Cpp era coercibile la sola presenza fisica, non la parola, che né la forza né alcuna sanzione penale poteva estrarre dal dichiarante.

Questa semplice differenza non venne tenuta nel dovuto conto dalla sentenza 361/1998 che, dando luogo a un'evidente finzione giuridica, non esitò a considerare sufficientemente tutelato il diritto al contraddittorio dell'accusato per il fatto di avere ottenuto un confronto meramente fisico e visivo col proprio accusatore. Era tuttavia chiaro che proprio il silenzio del coimputato non poteva essere valutato alla stessa stregua di quello del teste sul piano della volontà d'instaurare un autentico confronto con l'accusatore. Il che avrebbe dovuto portare a un'attenta riflessione sulla ragionevolezza di un simile trapianto della disciplina del 1992 dalla sede in cui era stata concepita, una sede nella quale essa, come è noto, aveva già dimostrato ampia forza espansiva.

Nel 1999 il Parlamento reagì all'assetto costituito dal giudice delle leggi con una celerità del tutto insolita nel panorama delle riforme costituzionali italiane⁵, portando alla definizione di un modello costituzionale di giusto processo fortemente imperniato sul ruolo partecipativo dei soggetti processuali nella formazione della prova. Nella prospettiva del presente studio, si tratta di verificare se e in che misura tale riforma costituzionale potesse incidere sulla materia delle contestazioni e quale implementazione ne abbia dato il legislatore ordinario.

La risposta al primo quesito è tutt'altro che agevole. La principale difficoltà per il legislatore ordinario discendeva dalla complessità del modello costituzionale di processo *fair*, complessità dovuta in particolare alla diversa matrice culturale delle

⁵ E. Marzaduri, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in LP 2000, 755.

norme inserite nel tessuto costituzionale. Il nitido riconoscimento del contraddittorio nella formazione della prova penale rifletteva la scelta, già risalente ai lavori della Commissione bicamerale⁶, di costituzionalizzare un principio ampiamente sedimentato nella riflessione teorica della dottrina processualpenalistica e al quale già i redattori del codice del 1988 avevano orientato il nuovo sistema di giustizia penale⁷. La formulazione di questo principio rivelava un approccio prevalentemente oggettivistico al contraddittorio come garanzia metodologica di un corretto esercizio della giurisdizione e dunque di un accertamento penale *fair*.⁸ Ciò non significava tuttavia che il principio del contraddittorio nella formazione della prova non costituisse anche e soprattutto un diritto delle parti e precipuamente una garanzia per la difesa, quantunque certamente il modo in cui la previsione costituzionale era stata costruita evitava letture esasperatamente unilaterali di un modello partecipativo di formazione della prova penale.

Dell'esattezza di tale inquadramento dava conferma una lettura sistematica del complessivo modello costituzionale di processo equo, al cui interno almeno due tra le ipotesi derogatorie previste dall'art. 111 co. 5 Cost. assumevano certamente una particolare rilevanza nell'ambito delle contestazioni probatorie in considerazione dell'assetto normativo in vigore al tempo in cui intervenne la riforma costituzionale del giusto processo. Anche all'indomani della sentenza 361/1998, il consenso del destinatario delle dichiarazioni accusatorie rese nelle indagini preliminari o in altri procedimenti (così come, *a fortiori*, l'accordo tra le parti) rendeva per definizione superflua la verifica di elementi di riscontro, autorizzando l'uso in dibattimento della prova letta o contestata. E lo stesso risultato si otteneva, già dopo la ristrutturazione legislativa del 1992, nell'ipotesi in cui constasse l'esistenza di un fattore inquinante, intervenuto fra la deposizione predibattimentale e l'esame dibattimentale, e tale da minare la genuinità del contraddittorio.

Non c'è dubbio che ambedue le ipotesi derogatorie rivelavano la necessità di un approccio al contraddittorio orientato anzitutto alla garanzia della persona. A ben guardare, entrambe le eccezioni non solo non erano dettate dalla necessità di garantire la correttezza dell'accertamento penale ma potevano persino pregiudicare l'affidabilità della cognizione penale. Così il consenso dell'imputato è sempre dettato da una scelta strategica e prescinde dall'attendibilità dell'informazione investigativa da acquisire. Analoghe considerazioni valgono per la prova di una condotta illecita commessa nei confronti del teste, prova che, anche laddove compiutamente raggiunta, non dimostra l'affidabilità delle dichiarazioni predibattimentali, né la rende più attendibile. In entrambi i casi, la previsione costituzionale consentiva l'assunzione della prova formata fuori del giudizio a prescindere dalla sua intrinseca attendibilità e persino laddove essa fosse stata smentita dalle restanti informazioni probatorie.

In realtà, ambedue le ipotesi evidenziavano la prospettiva soggettivistica che, al pari di quella metodologico-oggettivistica, innervava il contraddittorio nel modello

⁶ E. Marzaduri, *sub art. 1 legge costituzionale 2/1999*, in *LP* 2000, 766.

⁷ E. Marzaduri, *op. ult. cit.*, 787 s.

⁸ C. Conti, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *ED*, V Agg., 2001, 633.

costituzionale. Ciò non significava tuttavia che il legislatore ordinario potesse costruire fattispecie processuali che consentissero l'uso incondizionato della prova formata senza contraddittorio al ricorrere delle due situazioni, che imponevano al contrario delicati bilanciamenti tra interessi confliggenti. In altre parole, il riconoscimento della valenza soggettivamente garantistica del contraddittorio nella formazione della prova non autorizzava ad adottare soluzioni attuative che esaltassero la prospettiva e gli interessi di una sola parte processuale, segnatamente l'imputato, a discapito dei legittimi interessi di altri soggetti privati e dell'interesse pubblico a un accertamento del fatto affidabile e *fair*⁹.

Di non minore rilievo, ai fini di una ridefinizione della materia delle contestazioni probatorie alla luce dei nuovi principi costituzionali, erano poi altre previsioni introdotte dalla riforma costituzionale del 1999, previsioni che avevano una matrice diversa da quella del contraddittorio nella formazione della prova. In particolare, il riconoscimento del diritto dell'accusato a confrontarsi col proprio accusatore innestò in Costituzione una garanzia dichiaratamente ricavata dalla Convenzione europea: condizione necessaria – almeno nel modello del 1988 – affinché potesse attivarsi il meccanismo della contestazione del precedente difforme, quale che ne fosse la finalità. A tale garanzia si legava la previsione che faceva divieto di decidere sulla colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi ha sempre volontariamente rifiutato ogni confronto con l'imputato stesso. Guardando le cose retrospettivamente, si tratta probabilmente della norma più polemica e reattiva, rispetto alle posizioni della Corte costituzionale, e, a un tempo, tra le più problematiche dell'assetto costituzionale forgiato nel 1999, in quanto foriera di pericolosi effetti elusivi dei principi reggenti il nuovo diritto delle prove penali. In particolar modo, essa poneva il delicato problema del mantenimento della regola di valutazione probatoria inserita nel co. 4 dell'art. 500 Cpp dal legislatore del 1992, un problema la cui risoluzione in grande misura dipendeva dal modo in cui si sarebbe dovuto interpretare il divieto costituzionale di “basare” la prova della colpevolezza sulle dichiarazioni dell'accusatore che si fosse volontariamente sottratto al contraddittorio con l'accusato¹⁰.

Ulteriori difficoltà per il legislatore ordinario discendevano dalla circostanza che la riforma costituzionale del 1999 lasciò, nella formulazione dell'una come dell'altra garanzia, abbastanza indefiniti i tratti del diritto al confronto. Discostandosi dal riferimento testuale al solo testimone da parte della Convenzione europea e

⁹ Sui requisiti di *fairness* e affidabilità dell'accertamento penale, nella prospettiva dell'assunzione della prova transnazionale, insiste S. Gleß, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Baden-Baden 2006, 267 ss.

¹⁰ Non si tratta peraltro di una problematica sorta solo in Italia. Così, in Brasile, la recente legge 11.690/2008 ha profondamente riformato la materia della prova dibattimentale, ancorando la decisione sulla colpevolezza, di regola, alle sole prove acquisite in dibattimento. Tale approccio lascia pericolosamente aperta la possibilità di decisioni basate su prove formate nella fase investigativa preliminare demandata alla polizia giudiziaria (*inquérito policial*), nella misura in cui l'art. 155 Cpp (Brasile) vieta di basare la decisione dibattimentale “esclusivamente” su prove diverse da quelle formate in udienza. Per una serrata critica cfr. A. Lopes Jr., *Direito Processual Penal*¹⁴, São Paulo 2017, 163 s.

allineandosi piuttosto all'interpretazione estensiva della giurisprudenza di Strasburgo¹¹, i redattori dell'art. 111 Cost. hanno riconosciuto all'accusato il diritto a interrogare e fare interrogare «le persone che rendono dichiarazioni a suo carico»¹². Ed è fatto divieto di provare la colpevolezza sulla base delle dichiarazioni di «chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Eppure, come si è notato, diversa è la condizione di chi, pur costretto a comparire, può scegliere se e quanto parlare e di chi non ha una simile libertà e deve soppesare i rischi di ogni domanda.

Non meno vaghe erano le indicazioni che dal nuovo scenario costituzionale si ricavavano quanto sia ai modi che al contesto in cui il diritto al confronto avrebbe dovuto esercitarsi. Così, la previsione costituzionale del nuovo co. 3 dell'art. 111 Cost. non specificava se il confronto avrebbe potuto realizzarsi anche successivamente al rilascio delle dichiarazioni accusatorie, autorizzando così interpretazioni flessibili in linea con la giurisprudenza europea¹³. A differenza di quanto previsto dalla Convenzione europea, peraltro, il confronto sarebbe dovuto avvenire «davanti al giudice». Il che rendeva difficile conferire alla nuova previsione costituzionale un'apertura quale quella riconosciuta all'analoga garanzia da parte della giurisprudenza di Strasburgo, che ha tradizionalmente interpretato il diritto «*to examine or have examined witnesses*» in modo a tal punto ampio da dare copertura convenzionale a quei sistemi che prevedono un confronto gestito dal giudice istruttore¹⁴. In effetti, anche senza volere riconoscere valore determinante al riferimento all'accusato e al proprio difensore, la formula costituzionale garantiva all'accusato il diritto a ottenere un confronto col proprio accusatore davanti al giudice, non condotto dal giudice. Certo, la previsione costituzionale non specificava se ciò riguardasse il solo giudice dibattimentale o potesse anche realizzarsi davanti all'autorità giurisdizionale competente per le fasi preprocessuali. Il riferimento all'autorità giurisdizionale rendeva comunque problematico il mantenimento di soluzioni, quali quelle contenute nell'art. 503 co. 4 e 5 Cpp che, sul presupposto dell'appartenenza del pubblico ministero alla magistratura, equiparava situazioni eterogenee, accomunate solo dalla circostanza che l'imputato, alla presenza del difensore, fosse stato interrogato dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria su delega della stessa.

Ancor meno chiare erano le implicazioni del principio del contraddittorio nella formazione della prova sul piano della prova della colpevolezza. Di certo, la regola che vietava di condannare l'imputato sulla base delle dichiarazioni di chi si è sempre volontariamente sottratto al confronto con l'imputato non autorizzava a ritenere incondizionatamente utilizzabile la prova assunta dalla stessa fonte prima del dibattimento, sol che questa si fosse sottoposta all'esame¹⁵. Tuttavia, ipotizzare che il principio del contraddittorio contenesse un implicito divieto di uso della prova

¹¹ S. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2005, 300 ss.

¹² E. Marzaduri, sub art. 1, cit., 783.

¹³ E. Marzaduri, *op. ult. cit.*, 784.

¹⁴ Diversamente E. Marzaduri, sub art. 1, cit., 784.

¹⁵ In tal senso, invece, V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale giusto*, Milano 2000, XVII s.

formata senza la partecipazione della difesa¹⁶ significava vanificare il senso della seconda previsione dell'art. 111 co. 4 Cost., dato che, quale che fossero le ragioni che avessero determinato il rifiuto di confrontarsi con l'accusato, la colpevolezza non avrebbe comunque potuto essere provata sulla base delle dichiarazioni assunte senza contraddittorio.

Del resto, lo stesso principio del contraddittorio nella formazione della prova ben poteva dare adito a interpretazioni e soluzioni attuative molto diverse persino con riferimento alla situazione in cui il confronto con l'accusato comunque si fosse realizzato, pur dando luogo a risultati divergenti rispetto ai dati acquisiti nelle fasi predibattimentali o in altri procedimenti. Come è noto, secondo una parte della letteratura processualistica, la realizzazione del confronto dibattimentale sarebbe bastata a soddisfare i requisiti costituzionali, consentendo, sia pur con specifiche limitazioni, una prova complessa dei fatti, derivante dalla combinazione tra il precedente difforme e l'informazione ottenuta in dibattimento¹⁷. Tale impostazione, non unanimemente condivisa dalla dottrina italiana¹⁸, rispecchiava una visione del contraddittorio significativamente dissonante da quella che avrebbe adottato, negli anni a venire, la dottrina di altri Paesi, anche non europei, in riferimento ad analoga problematica¹⁹.

In effetti, il confronto volontario con l'accusato, lungi dal consentire incondizionatamente l'uso congiunto della prova predibattimentale e della dichiarazione dibattimentale, imponeva la ricerca di ulteriori interessi dotati di rango costituzionali, idonei a giustificare la compressione del diritto al contraddittorio. In questa prospettiva, anche le deroghe al contraddittorio costituzionalizzate nell'art. 111 co. 5 Cost. imponevano certamente una riforma dell'assetto delle contestazioni probatorie: in particolare, la formulazione dell'art. 500 Cpp, successiva alla riforma del 1992, non poteva dirsi in grado di soddisfare l'esigente *standard* probatorio della condotta illecita. Al contempo, le eccezioni al contraddittorio nella formazione della prova, pur riflettendo valori d'indubbio rilievo costituzionale, andavano interpretate congiuntamente al complesso dei valori in gioco nel processo penale, onde evitare la disattivazione della regola-base in ragione d'interessi espressivi soltanto di alcuni soggetti processuali. Così, il consenso del solo imputato non poteva autorizzare l'acquisizione e soprattutto l'uso indifferenziato delle dichiarazioni predibattimentali contestate al teste senza un'attenta considerazione delle ripercussioni che da questa

¹⁶ P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 132. Dubbioso sulla costituzionalizzazione di una regola d'inutilizzabilità della prova assunta senza contraddittorio, che prescindendo dal successivo contegno del dichiarante, V. Grevi, *Alla ricerca*, cit., XVII s.

¹⁷ Per tutti, C. Conti, *Giusto processo*, cit., 637.

¹⁸ Una severa critica alla teoria della prova complessa proviene in particolare da P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 139 ss.

¹⁹ Così, in Brasile, è significativo che, nonostante le breccie lasciate aperte dalla riforma della legge 11.690/2008 e pur in assenza di limiti legali all'uso del precedente difforme, la dottrina abbia escluso la possibilità di condannare l'imputato sulla base di prove contraddette da informazioni assunte prima del dibattimento. Cfr. F. Tourinho Filho, *Código de processo penal comentado*, I, São Paulo 2010, 522 s.

sarebbero discese sul piano dell'accertamento penale e degli interessi di altri soggetti processuali.

Ma soprattutto questi principi costituzionali imponevano al legislatore ordinario il compito di definire un nuovo e sostenibile assetto nel rapporto fra letture e contestazioni, riconducendo queste ultime a un ambito applicativo caratterizzato dall'insorgere di un contrasto fra due o più informazioni probatorie ottenute in tempi e modalità diverse dalla stessa fonte, sul presupposto tuttavia che all'imputato fosse garantita un'occasione di confronto *fair* col proprio accusatore davanti a un organo imparziale. In altri termini, quand'anche si fosse inteso dare alle previsioni costituzionali un'attuazione flessibile tale da consentire il soddisfacimento del diritto al confronto anche successivamente al rilascio delle dichiarazioni accusatorie, certamente non avrebbero potuto trovare spazio soluzioni idonee a permettere che, per il tramite delle contestazioni, si ottenesse un risultato *tout court* acquisitivo, laddove non si fossero realizzate le condizioni di un effettivo confronto. Non si trattava di riprodurre, senza mezzi termini, le soluzioni originarie del codice del 1988. Così, proprio la costituzionalizzazione della deroga della provata condotta illecita consentiva di ridefinire anche la materia delle contestazioni in considerazione di un'ipotesi che, coinvolgendo la genuinità della prova, poteva far venir meno lo stesso presupposto della deposizione testimoniale. Si trattava di un compito di estrema delicatezza, preliminare anzi alla determinazione della disciplina applicabile alle stesse contestazioni e dal quale discendevano scelte valoriali molto diverse sul piano dell'attuazione dei canoni costituzionali del contraddittorio. Così è chiaro che la teorica della prova complessa, fosse o meno condivisibile, presupponeva che la contestazione si basasse su un confronto effettivamente realizzatosi col teste, non essendo sicuramente sostenibile nelle ipotesi in cui il confronto si riducesse alla sola presenza fisica del dichiarante, specie nelle ipotesi in cui essa fosse ottenuta in modo coattivo.

2.2.1. L'attuazione legislativa di questo complesso normativo tracciato dalla riforma costituzionale si realizzò precipuamente in due direzioni nella prospettiva del presente studio, ossia mediante *a)* l'adattamento delle regole in tema di contestazioni al nuovo assetto costituzionale e *b)* l'ampliamento dello spettro applicativo delle contestazioni testimoniali.

Quanto al primo intervento, è noto che i redattori della l. 1°3.2001 n. 63 dichiaratamente mirarono a restaurare l'originario assetto codicistico sotto due fondamentali profili. In primo luogo, il meccanismo delle contestazioni venne ricondotto, come regola generale, alla sola ipotesi in cui emergesse una difformità tra la deposizione dibattimentale del teste e la dichiarazione da questi rilasciata prima del dibattimento o in altro procedimento. In secondo luogo, il legislatore ripristinò la regola sull'uso euristico della contestazione testimoniale, eliminando ogni traccia della previsione che consentiva l'acquisizione della dichiarazione contestata al teste, subordinandone l'utilizzabilità all'esistenza di riscontri. Ciò tuttavia non condusse alla reintroduzione della regola, inserita dal codice del 1988, che vietava l'uso della dichiarazione contestata ai fini della prova del fatto. Così la norma che ne finalizzava l'uso alla verifica della credibilità del teste, che l'intervento demolitore del 1992 lasciò

in piedi, rimase priva di ulteriori specificazioni persino dopo la riforma del 2001. Nonostante l'identità della formula legislativa, il contesto normativo era però radicalmente cambiato, non lasciando spazio ad interpretazioni volte a recuperare soluzioni analoghe a quelle codificate nel 1992. In effetti, proprio l'eliminazione della previsione che consentiva di utilizzare il precedente difforme ai fini della prova del fatto faceva sì che la norma sull'uso euristico riacquistasse la sua originaria portata e con ciò anche il suo originario ruolo di regola-base del sistema delle contestazioni testimoniali. Del resto, le caratteristiche del sistema chiuso definito dagli artt. 514 e 526 Cpp rendevano impossibile utilizzare una prova che non fosse stata acquisita secondo i canali stabiliti dalla legge processuale.

Insomma, il legislatore del 2001 si prefisse quale obiettivo un'attuazione rigorosa delle garanzie stabilite dal nuovo modello costituzionale, non lasciando di regola alcuno spazio all'uso della dichiarazione predibattimentale contestata al teste ai fini della prova dell'imputazione; e questo mentre la stessa novella al contempo restaurò l'originaria portata della contestazione, che presupponeva che il dichiarante non solo fosse comparso ma avesse anche accettato il confronto verbale, rispondendo alle domande delle parti. Tale riforma legislativa esasperò anzi a tal punto questo presupposto dall'introdurre un'inedita ipotesi d'inutilizzabilità soggettiva della dichiarazione nei confronti della parte alle cui domande il teste abbia rifiutato di rispondere. L'ipotesi è stata severamente criticata per il fatto che essa stravolgerebbe il senso stesso del confronto, che si realizza comunque mediante l'esame, a prescindere dalla circostanza che singole domande di una parte siano rimaste senza risposta²⁰. L'obiezione è in buona misura condivisibile e, a prescindere da evidenti aporie derivanti dall'impossibilità di applicare indistintamente quest'inutilizzabilità alle parti private e alla parte pubblica, la norma appare inoltre un pesce fuor d'acqua rispetto al contesto in cui è stata inserita, dato che qui non viene per definizione in considerazione un problema di difformità tra prova predibattimentale e informazione acquisita in dibattimento. Verosimilmente, la ragion d'essere di tale previsione pare risiedere nell'adozione di una concezione esasperata del diritto al confronto, che porterebbe a rendere utilizzabile nei riguardi della singola parte solamente ciò che il teste abbia dichiarato non tanto alla sua presenza quanto in risposta alle sue domande. Ma non sembra ci siano elementi per sostenere che la Costituzione favorisca o addirittura imponga una simile visione del diritto al confronto.

Un'attenta analisi della riforma del 2001 porterebbe peraltro a dubitare che l'obiettivo perseguito dal legislatore fosse ripristinare l'assetto normativo originario. L'irrigidimento della portata del diritto al confronto non fu accompagnato dal recupero delle sole due eccezioni che autorizzavano, nel modello del 1988, l'acquisizione del precedente contestato ma alla regola della contestazione euristica fu affiancato un ben più copioso novero di deroghe. Significativamente, un novero ancora più copioso di quello che aveva introdotto il legislatore del 1992.

Tale risultato non doveva tuttavia essere necessariamente visto come il segno di un nuovo affievolimento della regola della contestazione euristica. In effetti, anche lì

²⁰ F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 712 ss.

dove alcune fra le soluzioni del 1992 furono confermate, la l. 63/2001, a ben vedere, intese rimediare ad alcuni difetti in parte dovuti alla loro imprecisa formulazione legislativa, in parte derivanti dalle loro attuazioni giurisprudenziali. Così il legislatore irrobustì le condizioni al ricorrere delle quali le dichiarazioni contestate potevano essere ammesse e utilizzate come prova dei fatti laddove il teste sia stato sottoposto a una pressione psicologica tale da indurlo a non testimoniare o a cambiare versione. In effetti, tale previsione, che significativamente codificava un'eccezione sedimentata nei Paesi di *common law* almeno per la parte concernente l'intimidazione del teste²¹, prestava il fianco a serie obiezioni da una prospettiva orientata ai diritti della persona. In particolare, la vaga formula utilizzata diede presto adito a interpretazioni giurisprudenziali estremamente accomodanti quanto alla prova del fattore inquinante idoneo a legittimare l'uso *contra reum* delle dichiarazioni predibattimentali del teste. In nome nuovamente del libero convincimento, qualunque situazione, anche desumibile dalle modalità della deposizione e dal contegno del teste, avrebbe potuto attestare la presunta pressione psicologica nei suoi confronti, una pressione peraltro non necessariamente proveniente dall'imputato²². Di certo, tale approccio non poteva essere mantenuto all'indomani della riforma costituzionale, che imponeva un puntuale livello di prova della condotta illecita. L'intento restrittivo del legislatore del 2001 è chiaramente espresso dal riferimento alla circostanza che la pressione sul teste sia attestata da «elementi concreti»²³. Tale circostanza dà luogo a un vero e proprio procedimento probatorio incidentale, nel quale le parti sono chiamate a svolgere un ruolo proattivo, potendo «fornire gli elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità»²⁴.

Nonostante la nuova formula legislativa, il requisito costituzionale di una *provata* condotta illecita sembra ancora lontano da trovare piena attuazione specie nell'ambito di procedimenti relativi a criminalità organizzata di tipo mafioso²⁵. Senza contare che le attuali previsioni legislative sul contraddittorio inquinato non hanno colmato un'altra lacuna dell'assetto del 1992, che non specificava se e quale fosse stato il contributo dell'imputato destinatario delle dichiarazioni eteroaccusatorie nella realizzazione della condotta illecita. Il risultato è che ancor oggi il singolo imputato può essere penalizzato dall'acquisizione al fascicolo dibattimentale di informazioni assunte fuori dal giudizio senza che sia minimamente provato che da lui o financo da soggetti appartenenti al suo contesto familiare sociale sia provenuta

²¹ Ve ne è chiara traccia, in Inghilterra e Galles, nella Sezione 116(2)(e) del *Criminal Justice Act* del 2003 (di séguito, CJA 2003). Cfr. J.R. Spencer, *Hearsay evidence in criminal proceedings*², Oxford and Portland 2014, 141 ss.

²² Cass. 18.6.1993, Mezzapelle, in *ANPP* 1994, 260.

²³ Art. 500 co. 4 Cpp.

²⁴ Art. 500 co. 5 Cpp.

²⁵ P.G. Morosini, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*. in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino 2009, 402 ss.

la pressione che condusse il dichiarante a cambiare versione dei fatti o a decidere di non deporre alcunché in dibattimento²⁶.

Certamente più definiti risultarono poi nel 2001 i presupposti idonei a consentire l'utilizzabilità della dichiarazione assunta in udienza preliminare rispetto a quanto previsto dal legislatore del 1992, che aveva autorizzato l'acquisizione delle stesse dichiarazioni senza ulteriori condizioni che quella di essere state contestate al teste. In effetti, tale soluzione, autorizzando l'utilizzo della dichiarazione contestata indistintamente nei confronti di tutte le parti private, non teneva in conto l'eventualità di una non perfetta coincidenza soggettiva tra le parti costituite in udienza preliminare e quelle legittimate a partecipare al controesame del teste in dibattimento: circostanza che ben poteva realizzarsi quale effetto della riunificazione tra procedimenti avvenuta successivamente all'assunzione della prova testimoniale nella fase intermedia *ex art. 422 Cpp*. Se a ciò si aggiunge che la disciplina dell'epoca consentiva il ricorso alla contestazione a prescindere da un contrasto con la deposizione dibattimentale, il risultato complessivo era che la dichiarazione predibattimentale del teste A, assunta in un'udienza preliminare cui l'imputato B non aveva per definizione potuto partecipare, avrebbe potuto essere utilizzata nei suoi confronti quand'anche il contraddittorio dibattimentale si fosse limitato a un semplice confronto visivo col teste. Nel ricondurre la contestazione alla sua originaria sfera di operatività, la l. 63/2001 confermò l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rilasciate in udienza preliminare, legittimandone tuttavia l'uso solo «nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione». Rispetto alle parti con le quali il contraddittorio non si fosse potuto realizzare in udienza preliminare, il precedente difforme avrebbe potuto invece essere utilizzato alle condizioni ordinarie²⁷.

Insomma, sarebbe riduttivo e in buona misura erroneo attribuire alla riforma del 2001 un esclusivo intento ripristinatorio delle iniziali soluzioni legislative. Piuttosto, il legislatore del 2001 intese definire un nuovo modello di contestazioni testimoniali, le cui caratteristiche avrebbero dovuto soddisfare il complessivo assetto costituzionale anche (ma non solo) alla luce della riforma del 1999 sul giusto processo.

2.2.2. Il secondo ambito d'intervento che ha caratterizzato la riforma del 2001, come si è anticipato, comportò l'ampliamento dell'ambito soggettivo delle regole sulle contestazioni testimoniali. La novità più significativa sotto questo riguardo fu probabilmente l'estensione della disciplina in parola al coimputato chiamato a deporre sulla responsabilità altrui, una disciplina fino ad allora direttamente applicabile al testimone e alla persona offesa non costituita parte civile. È noto che il

²⁶ In proposito cfr. D. Carcano - D. Manzione, *Il giusto processo. Commento alla legge 1 marzo 2001, n. 63*, Milano 2001, 57. In senso contrario cfr. tuttavia G. Uberti, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*³, Torino 2013, 159, il quale esclude che possa legittimamente consentirsi l'uso della prova testimoniale assunta fuori dal giudizio nei confronti di tutti gli imputati, se solo uno fra essi o un soggetto terzo ha messo in atto la condotta illecita che ha inciso sulla genuinità della deposizione dibattimentale.

²⁷ Art. 500 co. 6 Cpp.

legislatore processuale sfruttò la congiuntura attuativa della riforma costituzionale sul giusto processo per ridurre l'area dell'incompatibilità a testimoniare delle persone in un procedimento connesso o collegato mediante l'introduzione di un istituto proveniente dalla tradizione franco-tedesca: la testimonianza assistita. La costituzione di questa nuova figura soggettiva – del tutto inedita nella sistema di giustizia penale italiana – ha consentito di non intaccare, nel nucleo duro, la disciplina sull'esame del coimputato, che prevedeva (e prevede) la contraddittoria coesistenza dell'obbligo per il coimputato, passibile di coercizione, di sottoporsi all'esame e dell'indiscriminata facoltà di non rispondere su qualsivoglia circostanza oggetto dell'esame. Il teste assistito, per quanto pressoché sempre affiancato da un legale²⁸, è stato gravato degli ordinari obblighi testimoniali, dovendo quindi rispondere, in linea di principio, su qualsivoglia circostanza ricada al di fuori dell'area del *privilege against self-incrimination* di cui all'art. 198 co. 2 Cpp. Peraltro, a differenza del testimone comune, il teste assistito gode nelle ipotesi di cui all'art. 197-bis co. 2 Cpp della facoltà di non deporre «su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti»²⁹. E vertendo il suo esame testimoniale per definizione su fatti concernenti la posizione altrui, l'unica situazione nella quale si realizza tale garanzia è quella in cui il coimputato sia chiamato a rispondere su fatti inscindibili³⁰.

Tale assetto pone delicati problemi anche nell'ottica delle contestazioni testimoniali. Palesemente, il più ampio spazio di operatività del diritto al silenzio, rispetto a quello riservato al teste comune, è finalizzato a facilitare la deposizione del coimputato su fatti vertenti esclusivamente sulla posizione di altri soggetti. Sennonché, proprio nel perseguire quest'obiettivo, la previsione finisce per incentivare la delazione in cambio di un ampio ombrello protettivo rivolto ad evitare rischi per il dichiarante. A ben guardare, l'istituto della testimonianza assistita comporta seri rischi anche per il coimputato accusatore nelle ipotesi di connessione teleologica e collegamento probatorio, alterando l'ordinaria dinamica delle contestazioni testimoniali. In effetti, al di fuori delle situazioni poc'anzi considerate, ossia quando il coimputato non sia chiamato a deporre sul fatto proprio o su fatti inscindibili ma solo sui fatti concernenti la responsabilità altrui, il teste ha l'obbligo di rispondere compiutamente e secondo verità alle domande formulategli e sarà chiamato a confrontarsi con le proprie precedenti dichiarazioni rese agli inquirenti e spiegare eventuali contraddizioni.

²⁸ A cinque anni dalla riforma, la Corte costituzionale introdusse un'importante eccezione alla regola dell'assistenza difensiva del coimputato esaminato in veste di testimone assistito, eccezione riguardante l'ipotesi in cui il dichiarante sia stato assolto per non avere commesso il fatto con sentenza definitiva. Cfr. sent. 81/2006. Recentemente, la Corte costituzionale ha inoltre dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 197-bis co. 3 Cpp nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 dello stesso articolo, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste divenuta irrevocabile.

²⁹ Art. 197-bis co. 2 secondo periodo Cpp.

³⁰ C. Conti, *Giusto processo*, cit., 644.

Nonostante l'apparente chiarezza dell'avviso dell'art. 64 co. 3 lett. c Cpp, l'assunzione del nuovo *status* processuale può non essere affatto il frutto di una scelta pienamente riconducibile al coimputato dichiarante e specie di una scelta pienamente consapevole dello stesso. A ben vedere, la legge non condiziona il cambio di veste processuale alla verifica della volontarietà della decisione del coimputato, e soprattutto della piena consapevolezza di tutte le conseguenze del regime giuridico che ne discendono, né il legislatore richiede all'autorità competente di delucidare all'imputato le conseguenze della nuova veste processuale. L'applicazione della disciplina dell'art. 197-bis Cpp dipende dall'amorfa circostanza che siano state rese dichiarazioni sul fatto altrui, nozione per definizione referenziale, costituendo l'oggetto della valutazione dell'autorità che raccoglie le dichiarazioni. Né il mutamento di regime giuridico presuppone che un procedimento penale sia stato avviato nei confronti del coimputato destinatario delle dichiarazioni. Tutto ciò attesta l'enorme margine di discrezionalità che la legge rilascia all'autorità competente nel giudicare se e su quali profili l'imputato abbia depresso su fatti concernenti altri soggetti ed entro questi limiti possa in futuro essere chiamato a deporre conformemente all'art. 197-bis Cpp³¹.

La dottrina processualistica ha ampiamente denunciato i rischi derivanti dall'esercizio di tale potere discrezionale, rischi che aumentano esponenzialmente laddove la prima sede in cui vengano raccolte le dichiarazioni del coimputato siano le sommarie informazioni richieste dagli organi inquirenti durante le indagini preliminari³². Il confronto con le autorità inquirenti, per quanto temperato dalla presenza di un legale, avviene in un contesto nel quale la difesa è generalmente tenuta pressoché all'oscuro dei risultati delle investigazioni in corso. Inoltre, il fatto che il coimputato sia avvisato sul possibile cambio della veste processuale prima di essere interrogato³³ fa sì che questi si trovi a decidere praticamente al buio – e perdipiù senza la garanzia di una autorità indipendente, quale l'autorità giurisdizionale³⁴ – se rispondere alle domande su profili che potranno poi essere considerati concernenti la posizione di altri soggetti. In questo contesto, il rischio di essere esposto a una sanzione penale di non lieve entità per false informazioni al pubblico ministero *ex art. 371-bis Cp* può portare la persona interrogata a perdere una chiara rappresentazione di ciò che dovrà dichiarare all'autorità requirente e di quanto potrà omettere di dichiarare invocando il proprio diritto al silenzio³⁵. La possibilità per il coimputato di operare una libera valutazione sul se e quanto deporre diminuisce ulteriormente in situazioni di particolare vulnerabilità. Tale è per

³¹ C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova 2003, 229 ss.

³² P. Gaeta, *Le modifiche alla disciplina delle informazioni assunte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova 2001, 442.

³³ M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *DPP* 2001, 6.

³⁴ P. Tonini, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *DPP* 2001, 272.

³⁵ E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *CP* 2001, 3596.

definizione quella in cui versa la persona arrestata o fermata, la quale, pur avendo garantito l'accesso alla giurisdizione nell'udienza di convalida, può ancora oggi essere sentita dal pubblico ministero prima che dal giudice.

3. In una visione della giustizia penale orientata ai diritti della persona³⁶, la sostenibilità di tale assetto normativo non può essere valutata esclusivamente attraverso un confronto tra i principi costituzionalizzati nell'art. 111 Cost. e la disciplina attuativa contenuta nell'art. 500 Cpp. Tale prospettiva appare estremamente riduttiva e non tiene nel dovuto conto almeno due fattori di considerevole rilevanza. Il primo è dato dalla necessità di una considerazione complessiva del modello costituzionale di tutela dei diritti individuali, che non può essere ridotto ai soli principi riconosciuti da una singola, seppur fondamentale, previsione costituzionale. Il secondo è dato dalla necessità di consentire al sistema italiano di giustizia penale di convivere e adeguatamente funzionare, pur nel rispetto delle sue peculiarità "domestiche", all'interno del contesto culturale e giuridico europeo nel quale è inserito.

Alla luce di ciò, un'analisi critica della disciplina interna dall'angolo visuale del solo diritto processuale penale sembra anche offrire una prospettiva limitativa. La complessità della materia impone un approccio integrato e interdisciplinare, a cominciare proprio dal diritto costituzionale, al fine di evitare una visione atomistica delle garanzie riconosciute dalla Carta costituzionale e di apprezzare il complessivo modello di tutela dei diritti fondamentali – con le sue tensioni e i suoi bilanciamenti interni – in un'ottica sistematica.

Senonché neppure il sistema costituzionale di tutela dei diritti individuali può essere oggi più apprezzato in una prospettiva interna e autoreferenziale. Anche nello specifico ambito tematico oggetto del presente studio, il confronto specie con la Convenzione europea e la giurisprudenza di Strasburgo si rivela imprescindibile. Non si tratta peraltro di adottare un punto di vista esterno. Esso risponde appunto anzitutto a una necessità interna dell'ordinamento nazionale, ossia all'esigenza di un puntuale inquadramento del modello costituzionale di giusto processo che, come non può essere compreso adeguatamente mediante la focalizzazione esclusiva di singoli principi (pur essi fondamentali, quale il principio del contraddittorio), così deve essere apprezzato anche alla luce degli obblighi cui soggiace il nostro Paese nei confronti della comunità internazionale. Di ciò ebbe già lucida intuizione la Corte costituzionale, significativamente, nello stesso anno in cui venne emanata la riforma costituzionale del giusto processo. Nella sentenza 388/1999, pur negando il rango costituzionale delle norme pattizie e pur movendo dalla premessa che i diritti umani ivi garantiti «trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione», i giudici costituzionali riconobbero che, «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi

³⁶ Sulla tutela penale orientata ai diritti della persona cfr., da diverse prospettive, i contributi raccolti nel volume *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (a cura di A. Gropp et. al.), München 2005.

reciprocamente nella interpretazione»³⁷. Quest'affermazione, con la quale il giudice delle leggi spostò la propria argomentazione da una prospettiva astratto-formale al piano assiologico dell'interpretazione³⁸, rimane ancora di estrema attualità. Sebbene la Corte costituzionale non abbia da allora seguito un'impostazione del tutto lineare e sia ancora in buona misura alla ricerca di un approccio coerente ai rapporti interordinamentali tra diritto interno e *international human rights law*, le conclusioni raggiunte allora dalla Corte confermano la necessità di un confronto critico tra le soluzioni attuative della riforma costituzionale sul giusto processo e l'esperienza giurisprudenziale di Strasburgo.

Altrettanto indispensabile si rivela un approccio critico alla disciplina delle contestazioni alla luce del diritto dell'Unione europea. In effetti, specie nell'attuale momento storico, caratterizzato, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, da un più avanzato livello di armonizzazione legislativa in materia penale, non sembra che ci si possa esimere dall'esaminare le soluzioni provenienti dalla più recente normativa UE in materia di garanzie difensive nel processo penale. Di certo, l'appartenenza a un'area accomunata dall'obiettivo di assicurare libertà, sicurezza e giustizia pone difficili sfide e richiede la ricerca di delicati bilanciamenti tra interessi confliggenti. Si tratta di obiettivi che ogni sistema di giustizia penale *fair* non può rifiutarsi di perseguire, invocando orgogliosamente un'identità nazionale che rischia di creare pericolose nicchie d'impunità specie per forme di criminalità organizzata operanti su base transnazionale.

Un ultimo, ma non meno importante, approccio critico proviene poi dal diritto comparato. Ancora una volta, non si tratta di adottare genericamente un punto esterno di osservazione. Certo tale metodologia d'analisi può avere una ragione storica e speculativa: specie il confronto con l'esperienza di ordinamenti di *common law* giova a comprendere compiutamente le soluzioni adottate nel 1988 e ad apprezzarne le evoluzioni successive fino al modello vigente. Altrettanto rilevante è tuttavia una ragione legata all'esigenza di giustificazione della disciplina nazionale proprio all'interno dello spazio giuridico europeo nel quale essa si colloca. Così, l'esigenza di una fruttuosa cooperazione internazionale in materia penale, specie in ambito probatorio, non può più accontentarsi del rispetto della *lex loci*, legittimando pericolosi abbassamenti di tutela su base nazionale in forza della necessità, essenzialmente pragmatica, di non ostacolare l'assistenza mutua. Non c'è dubbio che il principio del mutuo riconoscimento – in uno spazio comune fondato non tanto sul rispetto quanto sulla costante promozione dei diritti fondamentali – non possa più basarsi sull'indifferenza verso il diritto straniero, che aveva portato, nella prima stagione dell'integrazione europea in materia penale, a considerare direttamente eseguibile il provvedimento emesso dall'autorità estera in forza della più rigorosa logica dell'*order model*, a prescindere dalle forme con cui esso fosse stato emanato.

³⁷ Ambedue le citazioni sono tratte dalla sent. 388/1999, *considerato in diritto*, § 2.1.

³⁸ A. Ruggeri, "Dialogue" between European and national courts, in the pursuit of the strongest protection of fundamental rights (with specific regard to criminal and procedural law), in S. Ruggeri (ed.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di S. Ruggeri, Heidelberg 2015, 12 ss.

Proprio la delicata materia delle indagini e della prova transnazionale richiede oggi come non mai integrate forme di tutela, che non possono non passare attraverso una considerazione globale degli interessi in gioco, così come diversamente composti dal diritto dei Paesi interessati.

Questa necessità è probabilmente destinata a rafforzarsi a séguito dell'emanazione, dopo un lungo periodo di gestazione, della Direttiva sull'*European investigation order*³⁹, che fa della combinazione tra forme procedimentali nazionali, pur sulla base dell'applicazione della *lex loci*, il metodo privilegiato di assunzione della prova all'estero⁴⁰. L'attuazione pratica di tale metodologia d'azione non potrà certo proficuamente realizzarsi mediante ordini di esecuzione e applicazione di regole processuali estranee alla cultura investigativa e giudiziaria degli Stati Membri. Essa piuttosto richiede un costruttivo dialogo tra le autorità nazionali chiamate a collaborare, un dialogo fondato, se non sulla condivisione di obiettivi omogenei di politica criminale e processuale penale, quantomeno su un'adeguata conoscenza del diritto processuale straniero.

4. Il primo confronto della disciplina vigente sulle contestazioni testimoniali va fatto col diritto costituzionale. È noto che la disciplina dell'art. 500 Cpp, risultante dalla novella del 2001, fu presto oggetto di un nuovo vaglio da parte della Corte costituzionale, che peraltro la considerò sin dalle sue prime pronunce in linea con la Costituzione⁴¹. Ciò nonostante, si può dubitare che la normativa attuativa della riforma costituzionale del 1999 abbia fornito le uniche soluzioni compatibili col quadro costituzionale. Ancor più a fondo, sembra si possa dubitare che la disciplina vigente sia in grado di soddisfare i requisiti di un modello processuale che, per definirsi propriamente *fair*, esige delicati bilanciamenti tra interessi di diversa natura.

Di certo, lo stretto legame intercorrente tra il principio del contraddittorio e il divieto di uso delle dichiarazioni rilasciate fuori dal dibattimento da chi si è sempre per libera scelta volontariamente sottratto al confronto con l'imputato non lascia spazio a interpretazioni volte a consentire l'uso incondizionato delle dichiarazioni di chi ha invece accettato il confronto, situazione che per definizione si realizza ogniqualevolta il teste risponda alle domande, sebbene in modo difforme da quanto dichiarato in altra sede. Il confronto successivo in sede dibattimentale con l'imputato non muta la natura della previa deposizione difforme, che è e resta formata senza contraddittorio. Ciò non significa tuttavia che il modello costituzionale di giusto

³⁹ Per un'analisi di questo strumento normativo cfr., da diverse prospettive nazionali, M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.11.2014; M. Böse, *Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2014 (2), 152 ss. Di recente cfr. inoltre il volume *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Lupária e L. Marafioti, Torino 2016.

⁴⁰ Per qualche considerazione critica al riguardo v., volendo, S. Ruggeri, *Transnational Prosecutions, Methods of Obtaining Overseas Evidence, Human Rights Protection in Europe*, in Id. (ed.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, cit., 166 s.

⁴¹ C. cost. sentt. 32/2002 e 36/2002.

processo consenta la prova della colpevolezza solo sulla base dell'informazione ottenuta in giudizio, nonostante la sua attendibilità (oltre che l'affidabilità del teste) sia stata minata dal confronto con le dichiarazioni rilasciate fuori dal dibattimento dalla stessa persona. Del resto è discutibile che dallo stesso principio del contraddittorio nella formazione della prova (*taking of evidence*) discenda un generale divieto d'uso delle informazioni ottenute fuori dal dibattimento ai fini della prova del fatto (*proof of guilt*), salve le eccezioni espressamente previste dalla Costituzione. La polisemia del termine "prova" nella lingua italiana probabilmente contribuisce ad alimentare questa confusione.

A ben guardare, la contestazione di dichiarazioni rese fuori dal dibattimento dal teste non giova solo alla verifica dell'attendibilità del dichiarante rispetto alla circostanza in questione, consentendo all'imputato un migliore confronto col proprio accusatore, ma fornisce anche e soprattutto alla persona esaminata una preziosa occasione di confronto con se stessa, un'occasione di cui il dichiarante può giovare per spiegare le ragioni della contraddizione e per rettificare o puntualizzare la deposizione dibattimentale. Ed è proprio quando la contraddizione permane senza che la divergenza di versioni sia stata appianata – dopo che il dichiarante abbia avuto l'opportunità di confrontarsi, potrebbe dirsi, col proprio passato – che il rigido divieto d'uso delle dichiarazioni rese fuori udienza rivela una soluzione poco ragionevole.

Le aporie dell'attuale regime normativo si accentuano tenendo in conto le caratteristiche del sistema processuale italiano, che impone all'autorità giudiziaria di motivare le proprie decisioni rese in sentenza, obbligo motivazionale, come è noto, riconosciuto dai Padri fondatori e significativamente mantenuto nei termini originari dalla riforma costituzionale del 1999. Di certo, la sentenza può essere invalidata se non rende conto delle ragioni per le quali si è basata sulla deposizione dibattimentale, nonostante la sua attendibilità sia stata sconfessata dal confronto con la prova resa fuori dal giudizio contestata. Sorprendentemente, invece, il giudice dibattimentale non è obbligato a rendere conto dei motivi per i quali ha disposto l'acquisizione della dichiarazione predibattimentale in caso di contraddittorio inquinato, a dispetto del fatto che, come si è osservato, la prova della condotta illecita non dimostri alcunché quanto all'attendibilità della prova assunta senza contraddittorio. Né è previsto che i giudici debbano spiegare se la prova resa fuori dal dibattimento e utilizzata per le contestazioni sia o meno dotata di attendibilità, laddove non rientri in nessuna delle eccezioni previste dall'art. 500 Cpp. Il sistema del doppio fascicolo esime da ogni obbligo motivazionale su informazioni probatorie usate per le contestazioni solo a scopo euristico. Così, l'uso euristico sembra sollevare il giudice da questa verifica persino lì dove la contestazione ai fini di attendibilità del dichiarante riesca a radicalmente erodere il valore probatorio dell'informazione dibattimentale, lasciandola un *corpus mortuum* nel fascicolo dibattimentale e incidendo in maniera determinante sugli esiti del giudizio sulla colpevolezza. Insomma, l'attuale regime legale finisce col relegare nel fascicolo delle parti un'informazione probatoria che potrebbe essere intrinsecamente coerente e perfettamente amalgamata col complessivo quadro probatorio.

Questo risultato appare ancor più ingiustificato se si considera che il legislatore del 2001 non solo ha sottoposto al medesimo regime generale delle contestazioni testimoniali (analogamente a quanto aveva fatto, seppur in termini sensibilmente diversi, il legislatore del 1992) la disciplina concernente le contestazioni nell'esame di soggetti assai diversi, quale l'imputato, ma ha anche considerevolmente ampliato, come si è notato, l'ambito applicativo delle contestazioni testimoniali, che ben possono oggi realizzarsi nell'ipotesi di testimonianza assistita. D'altro canto, la riforma del 2001 lasciò inalterata la disciplina dell'esame dibattimentale (così come la disciplina delle sommarie informazioni predibattimentali) della persona offesa che non si sia costituita, o non abbia avuto diritto a costituirsi, parte civile. Ne consegue che già solo la normativa concernente le contestazioni testimoniali trova oggi applicazione a situazioni differenti e soprattutto a soggetti che, anche nel modello costituzionale di *fair trial*, sono portatori di diversi interessi nel processo penale.

È vero che tutte queste situazioni sono accomunate dal fatto che il destinatario delle dichiarazioni da contestare non ha avuto la possibilità di partecipare alla loro assunzione. Ma ben diverse rimangono, come si è osservato, le garanzie per il dichiarante nella fase predibattimentale, e soprattutto il contesto e le generali condizioni che caratterizzarono la sua deposizione nella fase investigativa, incidendo in maniera determinante sulla sua attendibilità. Certo, si potrebbe sostenere che il diritto al confronto costituisca nell'ordinamento italiano un "*dignitarian right*"⁴², come sempre più si sta caratterizzando nella giurisprudenza nordamericana che, a partire dal noto caso *Crawford v. Washington* del 2004, ha drasticamente ridotto lo spazio per l'ammissione a giudizio di *untested evidence*⁴³. È peraltro significativo che persino negli Stati Uniti l'esplicita rilevanza del *right to confrontation* nel VI Emendamento della Costituzione federale non ha portato ad assolutizzare il valore di questa fondamentale garanzia a discapito di altri interessi costituzionalmente rilevanti⁴⁴. A ben guardare, sembra questo il principale difetto dell'attuale assetto normativo italiano che, pur allontanatosi dalla pericolosa deriva degli anni novanta, pare avere esaltato a tal punto il diritto al contraddittorio del singolo imputato destinatario delle dichiarazioni oggetto della contestazione da avere considerevolmente trascurato la necessità di tutelare i legittimi interessi di altri soggetti processuali coinvolti dall'accertamento penale.

5. In buona misura, tali conclusioni espongono l'ordinamento italiano a censure anche sul piano della Convenzione europea. Già nel 2008, era stato avanzato il dubbio che la disciplina dell'art. 500 Cpp innalzasse gli *standard* di tutela rispetto a

⁴² A. Ashworth-M. Redmayne, *The Criminal Process*⁴, Oxford 2010, 365.

⁴³ US Supreme Court, 541 U.S. 36 (2004).

⁴⁴ È significativo che tale linea giurisprudenziale sia stata adottata con riguardo a casi di testimoni irreperibili o che comunque rifiutano di deporre a giudizio, dove un problema d'incoerenza con precedenti dichiarazioni per definizione non esiste. Va inoltre considerato che la Corte Suprema nordamericana ha circoscritto quest'approccio ai soli casi di *testimonial evidence* resa prima del dibattimento, ossia a dichiarazioni rilasciate ai fini di un procedimento penale. Così, in *Davis v. Washington* la Corte suprema ha considerato le chiamate d'urgenza fatte alla polizia in ogni caso ammissibili a giudizio. Cfr. US Supreme Court, 547 U.S. 813 (2006).

quelli previsti dall'art. 6 Cedu⁴⁵. In effetti, in una visione del giusto processo che contemperi i diritti partecipativi dell'imputato con l'esigenza, ampiamente sottolineata dalla giurisprudenza di Strasburgo, di tutelare interessi altrettanto degni di protezione pattizia di altri soggetti processuali, quali le vittime e i testimoni, la normativa interna appare marcatamente orientata alla tutela dell'imputato destinatario delle dichiarazioni eteroaccusatorie. Ed è significativo che proprio nella celebre decisione *Doorson c. Paesi Bassi*, nella quale la giurisprudenza europea pose le premesse per la costituzione di uno statuto dei diritti della vittima e del testimone⁴⁶, la Corte fornì un'importante indicazione metodologica⁴⁷, escludendo che si possa decidere in astratto se «*evidence given by a witness in open court and on oath should always be relied on in preference to other statements made by the same witness in the course of criminal proceedings, not even when the two are in conflict*»⁴⁸. A quasi quattro anni di distanza, la Corte europea confermò quest'approccio con riferimento a un altro sistema di giustizia penale, aggiungendo una significativa precisazione. In *Camilleri c. Malta*, i giudici di Strasburgo osservarono che l'opportunità per il ricorrente di controesaminare davanti alla *Court of Magistrates* il teste sulle ragioni che lo avevano condotto, prima del dibattimento, a formulare dichiarazioni accusatorie nei suoi confronti gli aveva consentito di «*undermine the probative value of that statement*», il che aveva compensato ampiamente «*any alleged disadvantage which may have resulted from the fact that the statement was made in circumstances in which he was unable to challenge its veracity*»⁴⁹.

Certo si potrebbe argomentare che queste conclusioni, che portarono la Corte a escludere che il diritto di difesa fosse stato violato a giudizio, fossero il prodotto della peculiare, estremamente flessibile visione del diritto al confronto da parte della giurisprudenza di Strasburgo, per la quale, purché all'imputato sia assicurata una congrua occasione di confronto col proprio accusatore, il contraddittorio ben potrebbe realizzarsi contestualmente o anche successivamente al momento in cui le dichiarazioni siano state raccolte, nonostante la difesa non abbia potuto partecipare all'assunzione delle stesse. Ma una simile conclusione sarebbe probabilmente fuorviante. A ben vedere, le suindicate pronunce forniscono indicazioni metodologiche di grande rilievo per un corretto inquadramento della problematica. In particolare, la Corte enfatizza la necessità di una considerazione non astratta del fenomeno dei testi incoerenti, spostando soprattutto l'accento dalla sorte delle dichiarazioni predibattimentali difformi alla circostanza che al teste sia stata assicurata un'occasione *fair* di *undermine the probative value of that statement*.

⁴⁵ A. Balsamo - A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Torino 2008, 362 s.

⁴⁶ M. Chiavario, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea*, cit., 21.

⁴⁷ Per un'opportuna sottolineatura di tale profilo cfr. J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 53 s.

⁴⁸ C. eur., 26.3.1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 78.

⁴⁹ C. eur., dec. 16.3.2000, *Camilleri c. Malta*.

Comparata a quest'assetto, la riforma costituzionale del 1999 sembrerebbe avere a primo acchito irrobustito la garanzia del confronto, prevedendo che esso si realizzi davanti al giudice. Tuttavia questa garanzia abbisogna di un'interpretazione sistematica, onde ridurre il rischio che pressoché ogni rottura del principio d'immediatezza si riverberi in un'inevitabile violazione costituzionale⁵⁰. Da ciò discende che il testo costituzionale legittima una fisiologica frattura tra il momento in cui il confronto si realizza con l'accusatore e la decisione sulla colpevolezza. A ben guardare, la condizione della presenza di un giudice al confronto nulla dice sulla sorte delle dichiarazioni accusatorie ottenute fuori del dibattimento, né dalla garanzia giurisdizionale sembra si possa ricavare una generale ipotesi d'utilizzabilità di ogni dichiarazione rilasciata in precedenza dall'accusatore.

D'altra parte, preoccupati della garanzia strutturale della presenza del giudice, i redattori della riforma costituzionale del 1999 non precisarono quali condizioni sostanziali fossero necessarie per assicurare il rispetto del diritto di difesa nel confronto con l'accusatore, così come invece richiesto dalla Corte europea. In effetti, la previsione costituzionale, nel riprodurre pedissequamente la formula pattizia sul diritto al confronto con la sola aggiunta data dal riferimento al contesto giurisdizionale, non specifica quali requisiti qualitativi debbano sussistere per garantire all'imputato il pieno esercizio delle proprie facoltà difensive in modo da avere un'effettiva *chance* di esaminare il proprio accusatore. In particolare, dalla norma costituzionale, letta congiuntamente al divieto di condannare l'accusato sulla base delle dichiarazioni di chi si è volontariamente sottratto al confronto, non sembra possano ricavarsi indicazioni cogenti per il legislatore quanto alle garanzie tanto della difesa tecnica quanto dell'autodifesa. Così, il riferimento all'esame da parte dell'accusato non è stato ritenuto idoneo a vincolare il legislatore ordinario a introdurre una nuova disciplina atta a legittimare l'imputato a condurre la *cross-examination* personalmente⁵¹; risultato pur compatibile con la Convenzione europea. La giurisprudenza di legittimità ha esasperato quest'impostazione in materia di prova transnazionale⁵², avallando l'uso di dichiarazioni assunte all'estero attraverso un esame condotto dalla sola autorità giurisdizionale⁵³. Già prima della riforma del 1999, la Corte di cassazione aveva inoltre considerato utilizzabile la prova dichiarativa assunta all'estero alla presenza del solo legale dell'imputato, nonostante quest'ultimo avesse espressamente richiesto di essere presente⁵⁴. Significativamente, tale impostazione è stata riprodotta anche in séguito alla costituzionalizzazione del diritto al confronto senza un'adeguata ponderazione dell'importanza del contributo difensivo dell'imputato presente, quand'anche questi non sia legittimato a esaminare

⁵⁰ Sul principio d'immediatezza, in prospettiva comparatistica, cfr. i contributi raccolti nella *Zeitschrift für di gesamte Strafrechtswissenschaft* 2014 (1), 126.

⁵¹ E. Marzaduri, sub *art. 1*, cit., 784 s.

⁵² Per un'accurata analisi della problematica cfr. F. Caprioli, *Report on Italy*, in S. Ruggeri (ed.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg 2013, 445 ss., da cui sono tratti anche i riferimenti giurisprudenziali delle note che seguono.

⁵³ Cass. 28.4.2009, Russo, in *CEDCass*, m. 243938.

⁵⁴ Cass. 13.7.1999, Pafumi, in *CEDCass*, m. 214338.

direttamente il proprio accusatore⁵⁵. Né il riferimento al divieto di fondare il giudizio di colpevolezza sulle dichiarazioni assunte da chi ha rifiutato il confronto con l'imputato o col «suo difensore» ha condotto a una riflessione sul contributo, se non del difensore d'ufficio, comunque del legale immediatamente reperibile, spesso non in grado, anche per motivi di tempo, di prepararsi all'esame e adeguatamente curare gli interessi dell'imputato nel confronto col suo accusatore.

Eppure, la riforma costituzionale, fedele anche in ciò alla Convenzione europea, ha garantito all'accusato il diritto sia a essere informato sulla natura e sui motivi dell'addebito elevato a suo carico sia a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa. Senza dubbio tali garanzie non possono non avere precise implicazioni sul piano dell'effettività del diritto al confronto. In quest'ottica, persino la nuova procedura *in absentia*, introdotta dalla l. 28.4.2014 n 67, comporta il rischio di nuove violazioni convenzionali non solo sotto il versante del diritto all'informazione sull'accusa e del diritto al processo⁵⁶ bensì pure nella prospettiva del diritto al confronto con l'accusatore. Difatti, nonostante i meriti della riforma, è oggi divenuto possibile quel che fino al 2014 era l'eccezione, che cioè il processo penale venga avviato contro un imputato del quale è certa o altamente probabile l'ignoranza del procedimento⁵⁷, purché questi sia stato reso edotto in precedenza dello svolgimento di indagini nei suoi confronti. Ne discende che in una simile ipotesi l'imputato, pur rappresentato in giudizio da un legale, viene per definizione privato della possibilità di partecipare – tanto personalmente quanto, avendone i mezzi e l'interesse, mediante il proprio difensore di fiducia – all'esame dell'accusatore e conseguentemente della possibilità di coglierne le contraddizioni e sollecitare il confronto con dichiarazioni assunte dalla stessa fonte in altro contesto procedimentale, ad esempio, dagli inquirenti.

Se queste condizioni minime di effettività del confronto con l'accusatore fossero assicurate, accanto alla garanzia strutturale del contesto giurisdizionale, si potrebbe forse riflettere sulla praticabilità, nell'attuale situazione della giustizia penale italiana, di soluzioni meno astratte rispetto alla radicale inutilizzabilità della dichiarazione predibattimentale ai fini della prova del fatto, così come indicato metodologicamente dalla giurisprudenza europea.

6. La disciplina sulle contestazioni testimoniali si espone inoltre a riflessioni critiche nella prospettiva del diritto dell'Unione europea. Si è osservato che l'appartenenza all'area comune di libertà, sicurezza e giustizia pone difficili sfide nella prospettiva sia della tutela dei diritti della persona che di un efficiente perseguimento di reati aventi una dimensione transfrontaliera. In quest'ottica, il mantenimento dell'attuale assetto normativo italiano non solo può rivelarsi problematico in uno scenario europeo in cui persino gli ordinamenti di *common law*,

⁵⁵ Cass. 1.12.2010, De Falco, in *CEDCass*, m. 248963.

⁵⁶ S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *DPenCont* 2014 (2), 97 ss. e 105 s.

⁵⁷ F. Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*⁷, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova 2014, 664.

come vedremo, hanno progressivamente abbandonato un approccio fatto di rigide regole di esclusione probatoria a favore di più flessibili meccanismi di valutazione delle informazioni probatorie non assunte in giudizio. Esso rischia di dare luogo a pericolosi flussi criminosi verso l'Italia, assicurando una tutela all'imputato contro l'uso di dichiarazioni assunte senza il suo contributo a condizioni che in altri ordinamenti potrebbero condurre, sia pur con certe limitazioni, alla declaratoria della sua responsabilità penale⁵⁸. Ai fini di una proficua cooperazione internazionale e di un effettivo contrasto specie a forme di criminalità organizzata operanti su base transnazionale nello spazio UE, il mantenimento di rigide *exclusionary rules* e di un complesso di eccezioni all'uso euristico dell'*inconsistent evidence* non sempre fondate sulla verifica della (in)attendibilità della prova formata fuori dal dibattimento andrebbe sottoposto a un'attenta riflessione critica.

La prospettiva dischiusa dalla Corte europea – spostando il baricentro della problematica dall'astratta questione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali ai requisiti qualitativi che devono assistere il confronto con l'accusatore – pone poi in luce ulteriori profili problematici della normativa interna nell'ottica della recente normativa dell'Unione concernente procedimenti penali nazionali. In particolare, la Direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore⁵⁹ (di seguito, DirAD) stabilisce che in ogni caso l'indagato o imputato ha diritto all'assistenza difensiva, tra l'altro, fin da quando deve essere interrogato dalla polizia o dall'autorità giudiziaria⁶⁰. A primo acchito, la formulazione sembrerebbe accontentarsi di un'assistenza legale purchessia. Sennonché la Direttiva specifica che il diritto ad essere assistiti da un difensore comporta, tra l'altro, che gli Stati Membri, pur nel rispetto della propria legislazione, devono garantire all'indagato o imputato la presenza e partecipazione difensiva del loro difensore⁶¹.

Tali indicazioni mettono in luce un'ulteriore deficienza della regolamentazione italiana con riguardo all'ipotesi in cui la contestazione abbia ad oggetto dichiarazioni previamente rilasciate dal coimputato che abbia poi assunto la veste di testimone assistito. La disciplina codicistica non sembra mostrare adeguata attenzione ai requisiti qualitativi di un'assistenza difensiva effettiva del coimputato al momento in cui la deposizione predibattimentale è stata raccolta, accontentandosi di una garanzia abbastanza indefinita, ossia dell'assistenza di un difensore – cioè del legale di fiducia, ovvero di un difensore nominato d'ufficio – all'interrogatorio da parte del pubblico ministero o del giudice. Questa sola garanzia basta a sorreggere

⁵⁸ In tal direzione si muoveva lucidamente il pensiero di V. Grevi, *Italia "ventre molle" della giustizia. Così importiamo criminalità*, in *Corriere della Sera*, 29.4.2008, ripreso da A. Balsamo - A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio*, cit., 363. Quali che siano le conclusioni cui si perviene nell'analisi critica di questa materia, certamente si tratta di un'indicazione metodologica imprescindibile.

⁵⁹ In proposito, per un'analisi critica, si rinvia a L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. Ruggeri (ed.), *Human Rights*, cit., 111 ss.; C. Amalfitano, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *LP* 2014, 21 ss.

⁶⁰ Art. 3 § 2 lett. a DirAD.

⁶¹ Art. 3 § 3 lett. b DirAD.

l'acquisizione delle dichiarazioni contestate nel fascicolo dibattimentale, senza alcuna considerazione dei presupposti della nomina e soprattutto delle facoltà che il legale avesse concretamente all'epoca potuto esercitare. La recente attuazione della Direttiva in parola da parte del legislatore italiano sembra tuttavia dato luogo a interventi minimi di riforma dell'attuale assetto normativo senza un'adeguata considerazione sistematica delle implicazioni di un'assistenza difensiva carente di requisiti qualitativi⁶².

Del resto, frizioni tra la normativa interna e la recente disciplina UE possono riguardare anche le contestazioni probatorie laddove la persona da esaminare sia un normale teste o la persona offesa. Qui la legge italiana sembra preoccuparsi pressoché esclusivamente del problema del valore da assegnare alla dichiarazione contestata, trascurando le condizioni qualitative che devono accompagnare l'assistenza difensiva nel confronto tra accusato e accusatore. Peraltro, le considerazioni poc'anzi svolte a proposito delle garanzie che secondo la normativa dell'Unione devono essere assicurate al (co)imputato nel suo esame o interrogatorio interessano in buona misura pure la disciplina delle contestazioni testimoniali. A ben guardare, la Direttiva sovranazionale del 2013 sul diritto di accesso al difensore sembra fornire utili indicazioni anche quanto alle garanzie che devono accompagnare l'assistenza difensiva dell'imputato in atti diversi dal proprio esame. Per la verità, la Direttiva non garantisce l'assistenza difensiva in relazione ad ogni atto investigativo o di acquisizione probatoria⁶³ ma, come minimo, solo laddove si debba procedere a una ricognizione, a un confronto o a una ricostruzione della scena del crimine⁶⁴. Ma, per l'appunto, si tratta di un'elencazione minima e non tassativa, né si può ritenere che la previsione si riferisca ad atti che coinvolgono direttamente l'imputato solo come fonte di prova, dato che la stessa Direttiva subordina la garanzia dell'assistenza difensiva alla circostanza che il diritto nazionale richieda o consenta la presenza dell'indagato o dell'imputato all'atto di acquisizione probatoria, ciò che chiaramente implica che la fonte dell'informazione probatoria sia diversa dall'imputato chiamato a partecipare alla sua assunzione. A questo riguardo, assai utile sembra il riferimento al «confronto». Sebbene i redattori della Direttiva intendessero riferirsi alla sola attività in cui «un indagato o imputato è posto di fronte a uno o più testimoni o vittime qualora vi sia una divergenza tra loro in merito a fatti o questioni importanti»⁶⁵, il termine «confronto» appare sufficientemente ampio da comprendere anche il confronto tra accusato e accusatore, nel cui contesto il primo può sfidare il secondo a chiarire divergenze emerse rispetto a dichiarazioni da questi previamente rilasciate. Se così non fosse, l'imputato potrebbe vedersi privato dell'indispensabile assistenza del proprio legale proprio nel delicatissimo

⁶² Per un'analisi critica del d. lgs. 15.9.2016 n. 184 cfr. S. Quattrocchio, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in <http://rivista.eurojus.it/>

⁶³ A questo riguardo, la formulazione del testo ufficiale italiano sembra equivoca, nella misura in cui si riferisce all'attività di «raccolta» anziché di acquisizione delle prove, come invece in altre versioni linguistiche (*obtención de pruebas, evidence-gathering, Beweiserhebung*).

⁶⁴ Art. 3 § 2 lett. b, in rapporto al § 3 lett. c DirAD.

⁶⁵ *Considerando* n. 26.

momento in cui si trova a dovere affrontare l'accusatore, conclusione che violerebbe l'impegno, richiesto dalla stessa Direttiva agli Stati Membri, di applicare le nuove disposizioni alla luce della Convenzione europea e della giurisprudenza di Strasburgo⁶⁶.

7. *Last but not least*, l'evoluzione della disciplina interna sulle contestazioni probatorie si espone a qualche considerazione critica nella prospettiva del diritto comparato. Si tratta di una prospettiva di estremo interesse per un corretto inquadramento della problematica anzitutto da un punto di vista storico. Si è osservato che la regola della contestazione euristica e il generale assetto delle contestazioni probatorie – così come concepito dalle proposte di riforma degli anni sessanta e come fu recepito, sia pur in termini non del tutto coincidenti, dai codificatori del 1988 – furono dichiaratamente ispirati all'esperienza dei Paesi di *common law*, nei quali la c.d. *rule against narrative* vanta un'antica tradizione, spesso riferita alla *rule against hearsay evidence* o considerata di questa addirittura una derivazione⁶⁷. A ben vedere, la tematica delle contestazioni probatorie corrisponde solo in parte alla *rule against narrative* il cui ampio ambito applicativo copre essenzialmente due distinte problematiche: la *rule against previous consistent statements* e la *rule against out-of-court inconsistent statements*. Né può dirsi certa la discendenza dalla *rule against hearsay evidence*, che presuppone che il dichiarante non si sia sottoposto al confronto con l'accusato, cosa che qui per definizione avviene⁶⁸.

Quale che sia il rapporto col divieto di *hearsay evidence*, certo è che la *rule against narrative* era da oltre due secoli riconosciuta dalla giurisprudenza di diversi Paesi di *common law*, quando iniziarono le prime discussioni in Italia sul valore delle dichiarazioni testimoniali difformi, e dalla seconda metà del diciannovesimo secolo la *rule against out-of-court inconsistent statements* si trova codificata a livello di diritto scritto. Un chiaro esempio è costituito dal *Criminal Procedure Act* inglese del 1865 (di séguito, CPA 1865), che consentiva di regola l'uso del precedente difforme solo al fine di verificare l'attendibilità del dichiarante⁶⁹. Non si possono peraltro sottovalutare le generali caratteristiche del sistema britannico di giustizia penale, nel quale tale regola si trovava ad operare. In effetti, un sistema connotato dal modello del *jury trial* imponeva storicamente una procedura fortemente accusatoria anche per ragioni essenzialmente pratiche, dovute alla frequente mancanza d'istruzione dei giurati⁷⁰. Ciò richiedeva la concentrazione della prova del fatto attorno alle

⁶⁶ Considerando n. 53.

⁶⁷ Per riferimenti bibliografici cfr. J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 222.

⁶⁸ J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 223.

⁶⁹ S. 3-5 CPA 1865.

⁷⁰ R. Vogler, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts*, in S. Ruggeri (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Springer 2014, 186. Tale argomento è stato tuttavia contestato per il fatto che originariamente il *jury service* non era universale ma solo le persone appartenenti alla classe media potevano accedervi. Cfr. J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit.,

informazioni acquisite *in court* e il massimo contenimento delle letture di prove assunte *out-of-court*, il cui uso era nella fattispecie rivolto non a smentire la deposizione dibattimentale in quanto tale bensì a screditare il dichiarante davanti ai giurati quali *fact-finders* in un sistema caratterizzato da una decisione a verdetto immotivato. Senza considerare che il limitato uso dell'*inconsistent statement* secondo il modello britannico del 1865 valeva indistintamente per ogni dichiarazione assunta fuori del dibattimento, ovvero sia per dichiarazioni assunte nel corso delle indagini di polizia sia per dichiarazioni assunte fuori da ogni ambito procedimentale.

Ben diverso il contesto culturale nel quale s'intese trapiantare la *rule against out-of-court inconsistent statements* in Italia nel 1988, un contesto caratterizzato per un verso da indagini preprocessuali addirittura potenziate dalla nuova codificazione e, per un altro, da una fase intermedia dotata di una dimensione ben più consistente di quella sia pur contraddittoriamente prefigurata dal legislatore delegante. Né va trascurato che la regola che confinava il valore della prova contestata a una finalità meramente euristica era destinata a operare rispetto alle informazioni «contenute nel fascicolo del pubblico ministero». Ciò consentiva il ricorso al meccanismo delle contestazioni probatorie con riguardo non ad ogni dichiarazione difforme assunta fuori del giudizio ma alle sole deposizioni raccolte dagli organi inquirenti nel rispetto di specifiche forme. Ma soprattutto è degno di nota il fatto che – per quanto i codificatori, seguendo il modello di *common law*, avessero riferito l'uso di tali dichiarazioni alla verifica della credibilità del dichiarante – la finalità della contestazione non era tanto quella di screditare la persona esaminata quanto di minare la rilevanza probatoria dell'informazione ottenuta davanti a un giudice chiamato, come si è notato, a precisi obblighi motivazionali.

Non si può quindi dare torto a coloro che, guardando retrospettivamente al sistema infranto dalla stagione del 1992, hanno osservato che il modello del 1988 soffriva probabilmente di un vizio d'origine. La tenuta della rigida *exclusionary rule* dell'art. 500 Cpp presupponeva infatti condizioni che difficilmente potevano darsi nel sistema di giustizia penale italiano dell'epoca (e di quello che sarebbe venuto) anche e soprattutto per ragioni organizzative: prima fra tutte, la possibilità di una fase investigativa il più possibile rapida e concentrata, volta ad assicurare l'instaurazione del dibattimento e, con esso, l'assunzione delle prove utilizzabili per la decisione a una distanza temporale non eccessiva rispetto al fatto⁷¹. Del resto, la soluzione legislativa elaborata nel 1992, per quanto certamente dettata da esigenze emergenziali contingenti e interne alla lotta alla criminalità di stampo mafioso, intervenne in un momento storico caratterizzato da un processo – già in atto in diversi Paesi di *common law* – di grande riflessione sul mantenimento della tradizionale *rule against narrative*, intesa come rigida *exclusionary rule*. Significativamente, proprio in Inghilterra e Galles, già nel 1972 il *Criminal Law Revision Committee* aveva proposto nel suo rapporto, tra l'altro, l'abolizione della *rule against narrative*⁷². La proposta non venne accolta all'epoca e, sebbene criticata oltre

2.

⁷¹ P.P. Rivello, sub art. 7 d.l. 306/1992, in LP 1993, 100.

⁷² *Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report (Evidence) General*, Londra 1972. In proposito

vent'anni dopo dalla *Law Commission* in un suo rapporto sulla prova penale⁷³, fu in larga misura recepita dal CJA 2003, che convertì l'antica regola di esclusione probatoria del precedente difforme in una ben più flessibile regola di valutazione dell'informazione ottenuta, ora utilizzabile per la prova del fatto⁷⁴. Più precisamente, a condizione che il dichiarante ammetta di avere rilasciato la dichiarazione precedente o la sua esistenza sia provata conformemente al meccanismo tracciato dal *Criminal Procedure Act* del 1865, la dichiarazione contestata può essere usata come «*evidence of any matter stated of which oral evidence by him would be admissible*»⁷⁵.

Peraltro, la maggiore rilevanza assegnata al precedente difforme dall'attuale disciplina inglese presuppone che risulti un'incongruenza tra la deposizione dibattimentale e la previa dichiarazione della stessa fonte e che essa permanga dopo la contestazione. Ne discende l'inapplicabilità della s. 119 CJA 2003 tanto nel caso in cui il dichiarante ritratti la propria versione, incorporandosi quindi la precedente nell'attuale deposizione, quanto nell'ipotesi in cui il teste rifiuti, nonostante la contestazione, di rispondere alcunché⁷⁶. Non resta dunque alcuno spazio per soluzioni acquisitive quale quella prodotta in Italia dalla previsione contenuta nel co. 2-bis introdotto nel 1992, salvo che siano soddisfatti i requisiti di altre previsioni idonee a consentire l'acquisizione dell'informazione predibattimentale.

Un ulteriore problema, rilevante ai fini della comparazione con l'assetto normativo italiano, concerne la sorte del precedente difforme laddove a contraddirsi in giudizio sia un coimputato, esaminato dalle altre parti. Tradizionalmente, nel diritto inglese, la dichiarazione resa fuori dal giudizio dal coimputato A che coinvolga anche B e C, laddove possa essere acquisita in dibattimento, non pregiudica comunque questi ultimi. A primo acchito, il nuovo assetto frutto della riforma del 2003 sembrerebbe avere travolto queste distinzioni soggettive, consentendo di usare come «*evidence of any matter stated*» la dichiarazione resa dal coimputato A che prima del dibattimento, oltre a confessare la propria responsabilità penale, chiami in causa anche B e C, laddove tale dichiarazione possa essere acquisita ai sensi della s. 119 CJA 2003. Sebbene la giurisprudenza britannica si sia espressa in questi termini⁷⁷, tale risultato è tuttavia discutibile almeno nelle ipotesi in cui il precedente difforme sia da considerare alla stregua di una confessione. In effetti, la riforma del 2003 ha fatto salve, tra l'altro, le regole di *common law* sulle confessioni, sottoponendone peraltro l'ammissibilità in giudizio alle condizioni stabilite dal *Police and Criminal Evidence Act* del 1984 (di séguito, PACE 1984)⁷⁸. Il che, pur consentendo l'uso a favore di altri coaccusati, sembra militare contro l'utilizzabilità *contra alios*

cfr. J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 14.

⁷³ *Law Commission, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (Report n. 245, Cm 3670), 1997, § 10.12. Al riguardo J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 224.

⁷⁴ J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 237 ss.

⁷⁵ S. 119 CJA 2003.

⁷⁶ J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 239 s.

⁷⁷ Court of Appeal, *Ali* (2006), EWCA Crim 3084.

⁷⁸ S. 76A, inserito nel PACE 1984 dalla s. 128 CJA 2003.

della dichiarazione precedente del coimputato che abbia allora confessato (anche) la propria partecipazione nell'attività criminosa⁷⁹.

Una corretta analisi comparatistica non può infine trascurare le caratteristiche generali del sistema di giustizia penale inglese e il contesto culturale nel quale queste norme sono state inserite, un contesto caratterizzato da un'ampia discrezionalità assegnata alla *trial court* che, come può condurre ad ammettere la *hearsay evidence* non altrimenti acquisibile a giudizio se ritenuto necessario «*in the interests of justice*»⁸⁰, così può escludere dichiarazioni predibattimentali, se considerate, tra l'altro, «*unfair evidence*»⁸¹. Questi generali poteri discrezionali fungono da fattori di compensazione della rilevanza probatoria assegnata al precedente difforme a séguito della contestazione, come riconosciuto dalla giurisprudenza inglese con riferimento al caso in cui il teste, messo a confronto con le proprie previe dichiarazioni, alleggi l'impossibilità di ricordare i fatti oggetto dell'esame in giudizio⁸². Si tratta di strumenti che valorizzano quindi la funzione dell'autorità giudiziaria quale garante della generale *fairness* del procedimento, e in questa prospettiva sembra che, prima di acquisire il precedente difforme ai sensi della s. 119 CJA 2003, la *trial court* debba sempre verificare se proprio gli interessi legati a una corretta amministrazione della giustizia non impongano di escludere la prova testimoniale ai sensi delle clausole in questione, onde evitare violazioni della Convenzione europea⁸³. D'altra parte, la più recente giurisprudenza inglese appare in linea con l'approccio della Corte di Strasburgo, non considerando generalmente coinvolto il diritto al confronto riconosciuto dall'art. 6 Cedu ogniqualevolta il dichiarante si sottoponga all'esame da parte dell'accusato⁸⁴.

8. La materia delle contestazioni nell'esame testimoniale mette in luce problematiche che toccano al cuore alcune tra le scelte di politica giudiziaria più delicate nel sistema processuale italiano. L'ambizione coltivata dai redattori del codice del 1988 nell'importare la *rule against narrative* dell'esperienza dei Paesi di *common law* scontava le obiettive difficoltà di trapiantare nell'ordinamento italiano regole, prima ancora che codificate, sedimentate da prassi maturate in un contesto culturale ben diverso.

La turbolenta evoluzione del sistema delle contestazioni nell'esame testimoniale fino alla disciplina vigente mostra, al di là delle esigenze contingenti, il chiaro tentativo di trovare proprio una composizione culturale accettabile e duratura. Le scelte operate dalla riforma costituzionale del 1999 e le soluzioni attuative degli anni successivi sembrerebbero a primo acchito avere raggiunto un equilibrio sostenibile. A ben guardare, c'è da dubitare che l'attuale assetto normativo e le sue attuazioni giurisprudenziali rispecchino soluzioni costituzionalmente adeguate alla luce di una

⁷⁹ J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 242.

⁸⁰ S. 114 § 1 lett. d CJA 2003.

⁸¹ S. 126 CJA 2003 e s. 78 PACE 1984.

⁸² Court of Appeal, *Bennett and Turner* (2008), EWCA Crim 248. Al riguardo v. J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, 240.

⁸³ J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 242.

⁸⁴ J.R. Spencer, *Hearsay evidence*, cit., 54 s.

considerazione complessiva del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali e soprattutto che esprimano un modello esente da censure non solo nella prospettiva del diritto comparato ma, ancor più, nel confronto col diritto dell'Unione europea e la giurisprudenza di Strasburgo.

Tale analisi interdisciplinare non sembra comunque fornire solo considerazioni critiche della disciplina italiana ma anche alcune indicazioni metodologiche per una riforma della materia in questione. In effetti, in una visione del diritto probatorio nella quale l'ammissione delle prove non discende tanto dalla rilevanza astratta dei dati conoscitivi acquisiti bensì dal loro valore dimostrativo⁸⁵, non appare irragionevole che chi contesti la coerenza della deposizione dibattimentale – ed esponga il dichiarante al confronto, spesso difficile, con dichiarazioni assunte a grande distanza di tempo e magari sotto la pressione psicologica prodotta dall'interrogatorio degli inquirenti – abbia non tanto la possibilità (come affermato dalla Corte di Strasburgo) quanto l'onere di «minare il valore probatorio» della versione dibattimentale. Questo è il prezzo che sembra corretto imporre alla parte che chieda la contestazione per ottenere la lettura delle informazioni ottenute fuori dal dibattimento, in un quadro complessivo di valori fondamentali – quali riconosciuti dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea – che non può accontentarsi di una prospettiva *accused-centred* ma deve guardare anche alla posizione e soprattutto alle ripercussioni della contestazione, impiantata su un sistema caratterizzato dalla *cross-examination*, sul dichiarante e sulle persone a lui più vicine.

Ma se così è, non si vede su che base tali informazioni vadano considerate *a priori* prive di rilevanza quanto alla prova del fatto. In altri termini, non pare coerente che la parte che postuli l'incongruenza della prova dibattimentale sulla base di divergenti informazioni ottenute fuori dal dibattimento possa giungere a sconfessare una deposizione dibattimentale della quale resta tuttavia ferma l'utilizzabilità formale; laddove la prova predibattimentale, quand'anche intrinsecamente attendibile, rimane di regola dotata di una rilevanza confinata alla sola prova della prova.

Quest'impostazione non solo si allontana dalle indicazioni della giurisprudenza europea ma presenta l'ulteriore difetto di oscillare tra il piano formale-astratto dell'inutilizzabilità e quello sostanziale, orientato verso il concreto valore probatorio dei dati conoscitivi acquisiti. *De lege ferenda*, si potrebbe forse ipotizzare il mantenimento della regola generale dell'uso euristico, riconoscendo tuttavia al dato conoscitivo ottenuto fuori del dibattimento un valore, quanto alla prova del fatto, non destinato a rimanere radicalmente pari a zero. La parte che proceda alla contestazione sulla base di un'informazione che consideri a tal punto affidabile da minare il valore probatorio della dichiarazione dibattimentale dovrebbe anche spiegare le ragioni per le quali essa sarebbe inaffidabile ai fini della prova del fatto. Mentre alle altre parti andrebbe riconosciuta la possibilità di contribuire a provare – e all'autorità giudiziaria andrebbe riconosciuto l'onere di comprovare – l'affidabilità

⁸⁵ A. Balsamo - A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio*, cit., 363, sulla scorta delle riflessioni di P. Roberts - A. Zuckerman, *Criminal Evidence*², Oxford 2010, 26.

dell'*untested evidence* e la generale *fairness* delle condizioni che ne caratterizzarono l'assunzione, nonostante la mancanza all'epoca del contraddittorio con l'accusato.

Si potrebbe sostenere che ciò farebbe drasticamente ritornare alla soluzione legislativa successiva al 1992, con tutte le implicazioni e incongruenze che essa comportò. Ma tale rischio non sembra sussistere specie in un sistema processuale a verdetto motivato, quale il sistema di giustizia penale italiano. Ciò che pare abbisognare di una riflessione critica in una concezione moderna del diritto probatorio è piuttosto la rigida distinzione tra prova del fatto e prova della prova. Nessun sistema di giustizia penale può infatti consentire una contestazione con una prova purchessia. Il fine della contestazione non è né può essere puramente distruttivo, né tale obiettivo potrebbe mai in ipotesi essere realizzato laddove la *untested evidence* fosse una prova di dubbia attendibilità o della quale fosse addirittura acclarata l'inattendibilità. Ciò dimostra, se non erro, che in tanto è ammissibile una contestazione con un'informazione ottenuta fuori dal giudizio in quanto la si ritenga potenzialmente affidabile. Ma se così è, farla ripiombare in un'inevitabile inutilizzabilità dopo la contestazione senza gravare la parte che vi abbia proceduto di alcun onere dimostrativo, e senza consentire alle altre parti alcuna *chance* di dimostrare l'attendibilità della dichiarazione contestata, non sembra giovare né all'accertamento penale né alla *fairness* del procedimento. Se la prova, intesa come *reliability test*, è consentita rispetto alla prova dibattimentale, non si vede perché non si debba consentire anche una prova della prova oggetto della contestazione. Tale onere dimostrativo appare imprescindibile perfino laddove ricorra una delle deroghe previste dalla Costituzione. Non appare rispettoso del complessivo assetto dei diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale che la prova di una condotta illecita, intervenuta tra l'assunzione della dichiarazione predibattimentale e l'esame dibattimentale, basti a dare ingresso a un'informazione assunta fuori dal giudizio, della quale non sia a un tempo dimostrata l'attendibilità. Ciò sospinge verso un modello di *inclusionary* anziché *exclusionary rules*, nel quale, se la valutazione complessivo dell'intero materiale probatorio va e deve restare ancorata al termine dell'acquisizione dei dati conoscitivi, l'ammissione o esclusione di informazioni ottenute fuori dal giudizio deve seguire e non precedere la dimostrazione in concreto della sua attendibilità e della *fairness* delle condizioni che ne caratterizzarono l'acquisizione.

D'altra parte, la giurisprudenza di Strasburgo sembra supportare una simile prospettiva anche al di fuori della problematica delle difformità tra deposizione dibattimentale e prova formata fuori dal dibattimento. In effetti, la Corte europea tradizionalmente non nega in modo aprioristico rilievo probatorio neppure alle informazioni ottenute senza contraddittorio, assegnando loro in partenza un più ridotto peso probatorio ed esigendo un più rigoroso *test* di attendibilità in concreto⁸⁶. Né si può ormai dire che la giurisprudenza europea legittimi un uso dell'*untested evidence* condizionato a un riscontro esterno. Dalla celebre sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*⁸⁷, la Corte europea ha avviato un percorso

⁸⁶ A. Balsamo - A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio*, cit., 334 ss.

⁸⁷ C. eur., 15.12.2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.

giurisprudenziale che, seppur ancora incerto quanto agli esiti finali⁸⁸, legittima persino l'uso esclusivo della prova formata senza contraddittorio. È così oggi possibile una verifica intrinseca di affidabilità del dato conoscitivo sottratto al confronto con l'accusato, verifica che va peraltro condotta alla luce delle cautele adottate per compensare il sacrificio prodotto nei confronti del diritto di difesa e del diritto al confronto del destinatario della prova⁸⁹.

Una simile soluzione presuppone comunque imprescindibilmente che la difesa sia messa in condizione di ottenere un effettivo confronto in giudizio col proprio accusatore. Finché non siano assicurati tutti i requisiti qualitativi di una contestazione *fair* e rispettosa del diritto di difesa (sia rispetto all'accusatore sia all'accusato), come puntualmente risulta dalla giurisprudenza europea e dalla recente normativa dell'Unione, ogni rigida barriera probatoria insita nel meccanismo delle contestazioni produrrà effetti distruttivi sull'informazione dibattimentale senza apportare alcuna valida ragione in concreto per giustificare l'esclusione probatoria di informazioni che possano contribuire all'accertamento del fatto e alla realizzazione di un procedimento complessivamente *fair*.

⁸⁸ Non si può sottovalutare l'impatto che un simile mutamento d'impostazione ha avuto sul giudizio di legittimità convenzionale sotto il profilo del diritto al confronto rispetto a quanto sinora è avvenuto e, in una visione più ampia, sul complessivo giudizio di *fairness* procedimentale. Il *sole and decisive evidence test* muoveva dall'uso fatto della prova assunta senza confronto, affidandosi la Corte in buona misura alle valutazioni operate dalle autorità nazionali (per rilievi critici in proposito v., tuttavia, M. Daniele, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in *Giurisprudenza europea*, cit., 392; J.D. Jackson - S.J. Summers, *The internationalisation of criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions*, Cambridge 2012, 339). Il *reliability test* consente alla Corte europea di sindacare ampiamente l'esistenza nel diritto nazionale di *counterbalancing factors* e il loro adeguato utilizzo nel caso concreto. In definitiva è insomma la Corte a valutare l'adeguatezza delle soluzioni adottate dal diritto interno in base a parametri che ad oggi non paiono definiti e che in quanto tali rischiano di minare i fondamentali requisiti di certezza giuridica e prevedibilità del diritto. La Corte europea finisce così per erigere se stessa a ultimo giudice della complessiva equità procedimentale, come confermato dalla successiva giurisprudenza europea in tema di testimoni anonimi (cfr. C. eur., 10.4.2012, *Ellis and Simms v. Regno Unito*; C. eur., 6.12.2012, *Pesukic v. Svizzera*) e testimoni assenti (cfr. C. eur., 17.4.2014, *Schatschaschwili v. Germania*).

⁸⁹ R. Vogler, *Criminal Evidence*, cit., 189 s.