

Introduzione

Il tema della formazione della prova nel processo penale rappresenta al tempo attuale un problema complesso, intersecato con il contesto sociale, storico, culturale ed economico della civiltà. È necessario dunque un approccio eclettico, multidisciplinare, che abbracci gli aspetti non solo giuridici delle numerose questioni emergenti, le quali risultano in ogni tempo funzionali a garantire il libero convincimento del giudice, ma anche specifici materiali cognitivi che esulano dalla conoscenza dell'organo giudicante.

Indi per cui, la prova scientifica a differenza di altri mezzi di prova, di fatto sembra aver eclissato quell'immagine austera di derivazione inquisitoria che faceva dell'organo giudicante il *peritus peritorum*. Sempre più spesso, infatti, nelle aule giudiziarie la ricostruzione del fatto di reato e il suo accertamento sono affidati al parere di periti e consulenti tecnici, o mediante l'apporto di tecniche scientifiche e metodologie di elevata specializzazione, a volte tradizionali e quindi connotate da un alto grado di affidabilità, in quanto perfettamente collaudate e approvate nella comunità scientifica, altre volte nuove e controverse a causa dell'impiego di strumenti non noti.

Il principio del contraddittorio, anima la dialettica intercorrente tra gli esperti alla luce di quanto statuito espressamente dall'art. 111 della Carta fondamentale, il quale rappresenta la traduzione italiana del "giusto processo" garantito e disciplinato dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentale e dall'art. 14 del Patto internazionale dei diritti civili e politici. Inoltre, il diritto al confronto, implica di volta in volta l'esplicazione di quei diritti espressamente sanciti dai commi 3, 4 e 5 dell'art. 111, nella prospettiva di una tutela più ampia possibile dell'imputato, in funzione del principio di parità delle parti. Ecco dunque, che a partire dall'ormai lontano 1999, il legislatore ha contribuito all'inserimento dei commi 4 e 5, al fine di garantire al massimo livello, il contraddittorio "nella formazione

della prova”, e cioè nel momento in cui la prova si crea e viene ad assumere una concretizzazione in sede processuale. Allo stesso modo, il comma 5 determina quelle ipotesi in cui la limitazione del contraddittorio, è dovuta a ipotesi per le quali non sarebbe possibile acquisire la prova in modo diverso, e cioè nel caso di consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva, o provata condotta illecita. Da non dimenticare poi quanto espresso dal comma 3 dell'art. 111, il quale risulta il vero portato del principio del contraddittorio, simbolo del giusto processo, e tutela dell'imputato a tutto tondo. Il diritto a “interrogare e far interrogare”, il diritto all'acquisizione di “ogni mezzo di prova a suo favore”, sono l'esatta espressione di quanto statuito a livello sovranazionale dall'art. 6 par. 3 lett. d) della C.e.d.u. L'insieme delle garanzie e tutele previste dal codice di rito, dalla Costituzione, e dalle fonti sovranazionali, articolano e strutturano il modello accusatorio, in cui la dialettica tra le parti e la possibilità di formazione della prova in contraddittorio, si affranca dalla ricerca della verità materiale, obiettivo dell'antico Codice Rocco del 1930. Sebbene il Codice di rito del 1988 non affronti il tema della prova scientifica da vicino, il discorso potrebbe partire da lontano, sia dal punto di vista temporale, sia dal punto di vista geografico, riconducendosi al continente americano. È proprio sul terreno della prova scientifica infatti, che si sono manifestate con più forza dubbi e incertezze interpretative, tali da rendere il giudice quasi “deresponsabilizzato” del suo ruolo in funzione dell'affidamento a “scienze esatte”. Mirjan Damaska, Professore alla Facoltà di Legge della Yale University, nel suo testo “Il diritto delle prove alla deriva” afferma che guardare al futuro del processo penale oggi significa soprattutto parlare della adozione sempre più frequente di modelli scientifici nell'indagine sui fatti, in quanto un numero sempre più elevato di fatti rilevanti al processo può essere dimostrato soltanto con elementi tecnici sofisticati di natura scientifica. Le modalità attraverso le quali valutare i dati scientifici, impossibilmente univoci, hanno posto più volte le corti dinanzi al problema se il giudice dovesse solo essere terzo e imparziale rispetto al

diritto, oppure se il suo compito di estendesse a una valutazione critica del metodo scientifico introdotto nel proscenio di rito. Fondamentale in questo panorama, è la celebre sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutic* pronunciata dalla Corte suprema statunitense, la quale si è occupata di stabilire una serie di canoni che devono presiedere alla decisione del giudice, basati sull'incrocio tra la teoria falsificazionista di Popper e una interpretazione dei risultati della scienza calati nel contesto sociale, in cui viene esaltato il grado di approvazione di una teoria nella comunità scientifica. È proprio il requisito della controllabilità quello che segna il confine tra le teorie scientifiche e non scientifiche. È infatti noto che una legge scientifica possa essere considerata affidabile e tale solo a seguito di una serie di ripetuti, e superati tentativi di falsificazione. Il giudice dunque diventa "custode del metodo scientifico", chiamato ad esercitare un ruolo di valutazione critica delle tecniche scientifiche sottoposte alla sua attenzione nel contesto processuale. Il sistema nordamericano è strutturato sul modello *adversarial*: non è il giudice a stabilire se occorre o meno l'ausilio di un esperto per ottenere conoscenza in grado di operare una ricostruzione del fatto, e non è il giudice a nominare l'esperto dal quale farsi assistere. Tutto l'impianto probatorio è affidato alle parti, fa perno sulla loro attività in ordine all'assunzione delle prove.

Nel nostro sistema, questo modello è stato recepito lentamente, in quanto si è trattato di calare l'idea, che ha sempre animato il processo penale, della prova scientifica in un contesto normativo nel quale, i "paradossi" delle scienze, per usare un termine di Michele Taruffo, vengono fusi con la sistematica del codice che le ricondurrebbe alle prove c.d. "atipiche" dell'art. 189 c.p.p., anche se come emergerà dall'elaborato le prove atipiche non sono tutte prove scientifiche, così come la prova scientifica non è una prova qualificabile come atipica nella dinamica della perizia e della consulenza tecnica di parte, disciplinate regolarmente dal codice anche prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di

procedura penale votato ad un modello tendenzialmente accusatorio di stampo *adversary*.

In questo elaborato, l'intenzione è quella di portare alla luce le problematiche inerenti la fallibilità della scienza, la necessità di falsificazione delle ipotesi alternative, e la lenta e inesorabile oscurazione dell'antico brocardo latino *iudex peritus peritorum*. A fronte di una prova scientifica, deve esserci un vaglio attento rispetto al suo ingresso, e soprattutto deve sempre esserci una considerazione uguale a quella che gli scienziati hanno del loro valore.

Tuttavia, è apparso interessante individuare e ricercare, in che modo la pretesa affermazione circa la neutralità della prova scientifica, si è "scontrata", con le riforme che hanno interessato il processo penale, che dal 2014 hanno animato le discussioni in Parlamento, e portato alla Riforma Orlando, normativamente inquadrato come L. 103/2017, attuata progressivamente attraverso il d.lgs. 6/2018. Il punto di partenza ha riguardato l'analisi del giudizio di appello, e cioè le domande poste anche in sede di riforma, che animano da tempo sia la dottrina sia la giurisprudenza. L'appello, quindi, è intendibile come *revisio prioris instatiae* o come *novum iudicium*? E qualora non fosse qualificabile come mero giudizio di controllo rispetto alla pronuncia del primo giudice, in che modo si estende la cognizione del giudice d'appello? Inevitabile dunque, è stata l'analisi della normativa attuale, alla luce del nuovo art. 603 comma 3-bis, una delle norme più problematiche del codice di rito attuale, ponendo l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale da parte del giudice di appello, nel caso di "motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa". Le questioni inerenti la prova dichiarativa si sono susseguite nel tempo in sede sovranazionale per poi affacciarsi nelle aule giudiziarie italiane, ponendo il legislatore dinanzi alla scelta obbligata di introdurre i principi delineati dalla Corte di Strasburgo. Tutto ciò ha determinato l'insorgere di domande inerenti la qualificazione della prova scientifica, se fosse da intendersi come prova

dichiarativa, se fosse intesa al contrario come prova neutra, e in che caso fosse stata necessaria l'audizione dei

periti e dei consulenti tecnici in appello. Una serie di pronunce della Corte di Cassazione e da ultima la pronuncia Pavan del 2019 hanno circoscritto il valore della prova scientifica, anche in appello, seppur nell'ottica di una *reformatio in peius* del giudizio, non essendosi mai pronunciato il legislatore sulla necessità o meno di riassunzione della prova dichiarativa nel caso di *reformatio in melius*.

Questa e altre ingenti problematiche, interessano la struttura di questo lavoro, il quale comunque risulta percorso dal *leitmotif* reale che promana dall'analisi della prova, la quale in ogni caso qualifica il giudizio d'appello: il rispetto del principio del contraddittorio, e dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Il principio del contraddittorio si estende alla dialettica tra esperti, il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" per la pronuncia della condanna, si interseca con la valutazione delle prove e con la solidità dell'impianto probatorio.

Capitolo I

La decisione giudiziale. La valutazione della prova e “oltre ogni ragionevole dubbio” nella logica probabilistica processuale

SOMMARIO: 1.1 I principi costituzionali nella formazione della prova: valore del contraddittorio alla luce della riforma costituzionale del 1999 - 1.2. I commi 4 e 5 dell'art. 111 ridisegnano i diritti dell'imputato: diritto alla prova - 1.3 Principi del giusto processo alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - 1.4 Il modello accusatorio del processo penale moderno e la funzione di ricerca della verità nel processo penale - 1.5 Scienza, verità e processo: che valore ha la prova scientifica nella ricostruzione del fatto - 1.6 "Oltre ogni ragionevole dubbio", come principio innovatore: ragionamento nella valutazione della prova scientifica - 1.7 Il secondo grado di merito come diritto ad una rinnovazione

1.1 I principi costituzionali nella formazione della prova: valore del contraddittorio alla luce della riforma costituzionale del 1999

Il processo penale moderno, conformato al modello accusatorio introdotto in Italia nel 1989¹, consta di una serie di coordinate, di natura prettamente “ideologica²”. Esse evidenziano lo statuto epistemologico della struttura del

¹ MOSE', *Stratificazione legislativa e codice di procedura penale*, in *www.camera.it* “L'attuale codice di procedura penale, fu oggetto di approvazione della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 per l'emanazione di un nuovo codice di rito e il 1989, data di entrata in vigore del nuovo codice approvato con d.p.r. 22 settembre 1988, n. 447, una riforma legislativa di grande rilevanza: sia perché il nuovo codice di procedura penale è stato il primo, e sinora unico, codice italiano approvato durante il periodo repubblicano, risalendo l'altra legislazione codicistica al periodo fascista; sia per il contenuto della riforma che ha interessato il sistema processuale penale.”.

² CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “Reasoning by probabilities”*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio-Luparia, Padova, 2017, 1.

procedimento, permeato dalla funzione cognitiva e dal fine di accertamento della verità³. Assiomatica dunque, è la lettura dell'art. 111 della Costituzione il quale, a seguito della riforma del 1999 introduce quali “punti cardine” le ipotesi, le prove, i fatti, la verità, il dubbio e la giustificazione razionale costituzionalmente obbligata della decisione.

La riforma dell'art 111 Cost.⁴ cristallizzò e consacrò sommi principi, quali la parità delle parti, la terzietà e imparzialità del giudice e, non di minor importanza il contraddittorio. Si trattò di una forte tendenza innovatrice, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale dei primi anni 90, la quale avendo dichiarato l'illegittimità degli artt. 500 c. 3 e c. 4⁵, 513 c. 2⁶ e 195 c. 4⁷, risultò piuttosto espressione di un antico retaggio riconducibile allo spirito del Codice Rocco del 1930, e non a quello del Codice Vassalli, tutelante più profondamente il diritto delle prove. Certamente provocata da un inasprimento del fenomeno mafioso e accompagnata pertanto da una legislazione di natura emergenziale⁸, la giurisprudenza della Consulta enunciò il principio di non

³ *Ibid.*, 3 ss., specifica che “La funzione cognitiva e il fine di accertamento della verità ispirano i percorsi e gli snodi decisori più rilevanti del procedimento. Dalla formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero, all'esito di un'indagine abduktiva diretta a selezionare la più verosimile tra le ipotesi esplicative del fatto oggetto dell'imputazione (*inference to the Best Explanation: IBE*), fino alla valutazione della conclusiva di conferma (o falsificazione) della medesima ipotesi “al di là di ogni ragionevole dubbio”, il processo penale, nel contraddittorio tra le parti per la prova e sulla prova, tende all'accertamento della verità dell'enunciato di accusa e risulta imperniato su ragionamenti di tipo abduktivo e induttivo, perciò prevalentemente probabilistici.”.

⁴ La riforma dell'art 111 Cost., è contenuta nella l. cost. 23 novembre 1999, n.2, (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*), attuata con l. 25.2.2000 n. 35 (“*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l.7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo*”).

⁵ Corte cost., 18 maggio 1992 n. 255.

⁶ Corte cost., 18 maggio 1992 n. 254.

⁷ Corte cost., 22 gennaio 1992 n. 24.

⁸ D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 (“*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*”).

dispersione della prova, “tendente a contemperare il rispetto del principio guida dell’oralità con l’esigenza di evitare la perdita di quanto acquisito prima del dibattimento, così che non sia sacrificato lo scopo essenziale del processo penale, che consiste nella ricerca della verità e in una decisione giusta [...]”⁹. Fu determinata così la caduta della regola per cui le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari non assumessero entità probatoria in dibattimento. Acquisirono dunque rilevanza atti non formati in contraddittorio tra le parti, frutto di verbali redatti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero all’esito di dichiarazioni ad essi rese, contribuendo a vanificare, il principio di separazione tra le fasi, e soprattutto garantendo il recupero di elementi probatori unilateralmente raccolti dall’accusa. Indi per cui il legislatore, pur condividendo in una prima fase il modello prospettato dalla Corte costituzionale, se ne discostò dal 1997¹⁰ riappropriandosi dei principi ispiratori del codice, in completa autonomia rispetto alla magistratura. I rapporti assai tesi tra Parlamento e Corte costituzionale si incrinarono nuovamente nel 1998¹¹ quando la Consulta, si adoperò al fine di dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 513 comma 2, dando luogo a un sistema in funzione del quale, mediante le contestazioni formali del pubblico ministero nei confronti della parte che si fosse rifiutata di rispondere, sarebbe stato possibile utilizzare le dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, attraverso il meccanismo delle contestazioni formali, la lettura dei verbali redatti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria¹² si era sostituita alla formazione

⁹ Corte cost., 22 gennaio 1992 n.24, (punto 3.2 lett b)).

¹⁰ Legge 7 agosto 1997, n. 267 *“Modifica delle disposizioni del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove”*.

¹¹ Corte cost., 14 ottobre 1998, n. 361.

¹² La Corte, sul punto: “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 513, c. 2, ultimo periodo del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti

della prova in dibattimento. La Corte costituzionale nel 1998, attestandosi sulla medesima linea delle pronunce del 1992, fornì una sua interpretazione del principio del contraddittorio, chiarendo che esso sarebbe stato assicurato ogni qual volta vi fosse stato confronto tra le parti sul contenuto delle dichiarazioni raccolte unilateralmente da una di esse al di fuori del dibattimento¹³. La sentenza favorì il successivo sviluppo del dibattito costituzionale sul contraddittorio in ordine alla formazione della prova, il quale sfociò in revisione costituzionale, nella quale si elaborò una diversa connotazione del contraddittorio, inteso quale “partecipazione paritaria all’elaborazione dei dati da valutare di fronte al giudice chiamato a decidere¹⁴”.

1.2 I commi 4 e 5 dell’art. 111 ridisegnano i diritti dell’imputato: diritto alla prova

La l. cost. n. 2 del 1999, recante “Inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111”, modificò l’art. 111 attraverso l’inserimento dei commi 4 e 5 secondo i quali, al comma 4 si prevede che “il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta si è

concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si applica l'art. 500, commi 2-bis e 4, del codice di procedura penale.”. Si veda, Corte cost., 14 ottobre 1998 n. 361.

¹³ RUGGIERO, *Contraddittorio (proc.pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1382 ss.

¹⁴ *Ibid*, 1383, il quale chiarisce in riferimento al quarto comma dell’art. 111 Cost. (principio del contraddittorio nella formazione della prova) che: “Ciò che oggi si ritrova affermato appunto a chiare lettere nell’art 111 c. 4 Cost. che, da un lato, costituisce un limite per il legislatore ordinario, il quale non può più optare per soluzioni normative che non rispettino il metodo dialettico nel momento di elaborazione del materiale probatorio. Dall’altro si pone come argine pure per le decisioni della Consulta, che di fronte ad una così inequivoca scelta di metodo, difficilmente potrà dare del contraddittorio interpretazioni riduttive, non in linea con quanto affermato in Costituzione.”.

sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore", mentre al comma 5 che "la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita".

Tale intervento normativo chiuse definitivamente le porte a rigurgiti di natura autoritativa sulla formazione della prova nel processo penale, riportando *in auge* al contrario quel modello accusatorio frutto di contestazioni da parte della giurisprudenza costituzionale dei primi anni '90. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ad oggi, non rappresenta soltanto l'effettiva chiusura di una fase "storica¹⁵" avvenuta ad opera della costituzionalizzazione, bensì una delle coordinate ideologiche fondamentali del processo, nonché garanzia fondamentale delle parti.

La formula costituzionale evidenzia un principio di rango supremo, il quale non può essere in alcun modo ribaltato né da leggi ordinarie, né a seguito del procedimento di revisione costituzionale previsto dall'art. 138 Cost.

Il giusto processo, peraltro, esprime un concetto di rinvio a norme internazionali di carattere pattizio e cioè l'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e l'art 14 del Patto internazionale dell'ONU sui diritti civili e politici. Si tratta di un legame così forte con gli *human rights* tutelati nelle Carte internazionali da esserne connesso quasi da un "cordone ombelicale¹⁶" e da

¹⁵ DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana*, Milano, 2005.

¹⁶ AMODIO, *processo penale diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003. In particolare, il volume si pone come contributo di analisi delle riforme processuali penale in un'ottica prettamente comparativa. Effettuando un *excursus* storico, l'autore ripercorre il percorso tracciato dal periodo di progressiva erosione del rito inquisitorio, culminata nel 1989, fino all'affermazione dei valori costituzionali racchiusi nel giusto processo. Enucleando la formula "giusnaturalismo processuale", in AMODIO, *giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, sostiene che: "le implicazioni che discendono dal riconoscere nel giusto processo dell'art 111 Cost, il frutto di una riscoperta del

trovare espressa tutela nella nostra Carta costituzionale, all'art. 2 giacché diritto fondamentale dell'uomo. Risulta evidente, pertanto, che giusto processo e contraddittorio sono connessi in un rapporto inscindibile¹⁷ tanto che ciò emerge dalla sola lettura delle disposizioni dell'art. 111 Cost., le quali costituiscono parte di quell'espansività della norma stessa che non può essere atomizzata nei suoi singoli principi. L'imparzialità e la terzietà del giudice, il contraddittorio tra le parti e la parità tra le stesse, il diritto alla prova e la ragionevole durata sono tutte il riflesso dell'unico valore inviolabile e fondamentale che costituisce il giusto processo. Attuando i nuovi principi costituzionali dunque, il legislatore ha attutito quelle frizioni sussistenti tra il previgente sistema probatorio e quello attuale. Infatti, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 63 del 2001, il Parlamento contribuì ad attuare progressivamente l'art. 111 Cost., intervenendo soprattutto sul regime delle prove. Non stupisce che modificando la normativa in materia di dichiarazioni raccolte unilateralmente nel corso delle indagini, si stabilì che la regola applicabile fosse la loro inutilizzabilità in dibattimento come prova dei fatti che da esse sarebbero derivate.

L'art. 111, nella sua attuale formulazione, presenta una particolare declinazione del principio del contraddittorio: ci si riferisce al contraddittorio "in senso forte¹⁸", quale principio che permea la materia della prova ed è espressamente sancito dai commi 3 e 4. Una pronuncia della Consulta¹⁹ del 2000 evidenziò dapprima la sussistenza di un profilo oggettivo e soggettivo del contraddittorio,

giusnaturalismo processuale possono agevolmente essere delineate in un contesto che sappia coniugare l'eredità storica dello ius naturale con le acquisizioni del moderno costituzionalismo."

¹⁷ GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale* in *Dir.pen.cont.*, 2012, 4, 20.

¹⁸ TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, 2018, 30.

¹⁹ Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440. Sul punto la Corte si esprime in tal senso: "Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nella prima parte del quarto comma, mediante la formulazione "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova [...]."

in seguito, ravvisò nel principio del contraddittorio “nella” formazione della prova anche un profilo di garanzia per l’imputato. Il giudice delle leggi qualificò il contraddittorio, inteso in senso oggettivo e soggettivo, come uno degli aspetti del diritto di difesa (art. 24 Cost.). Dal punto di vista oggettivo, il contraddittorio è quello che si rinviene “nella formazione della prova”, sancito dal comma 4 dell’art. 111 Cost., operante, per definizione, nel momento in cui la prova si forma. Il significato profondo evoca la necessità di eliminare letture unilaterali del principio in questione: da ciò si ricava che la prova è attendibile, ed è tale, in quanto formatasi nella dialettica processuale. Lo strumento per favorire tale dialettica altro non è che l’esame incrociato. Non potrebbe in alcun modo sostenersi la possibilità di pressioni unilaterali nella formazione della prova in quanto il contraddittorio è garanzia dell’imputato, nonché, tutela ed efficienza, sia del sistema giurisdizionale sia della parte pubblica, identificante la giustizia dello Stato di diritto. L’art. 111 consta tuttavia di alcune eccezioni che dimostrano, appunto, la natura prettamente oggettiva del contraddittorio. Il comma 5, infatti stabilisce che la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio “per consenso dell’imputato” o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”. Purtuttavia, è opportuno specificare che tanto risultano sussistenti le eccezioni al contraddittorio, quanto queste siano fondate sul “consenso dell’imputato”. La Corte costituzionale, a tal proposito, ha precisato che la natura oggettiva del contraddittorio non mina in alcun modo le garanzie previste da quest’ultimo, sebbene l’art. 111 effettui dei chiari bilanciamenti tra valori. La Consulta, nella sentenza n. 29 del 2009, si è così espressa: “[...] La libertà di valutazione del giudice che acquisisce la sentenza irrevocabile, unita alla necessità di riscontri che ne confermino il contenuto, rappresentano garanzia sufficiente del rispetto delle prerogative dell’imputato, alla cui salvaguardia il parametro costituzionale è stato posto”.

Alcuni enunciati, gettano luce sulla natura "soggettiva" del contraddittorio. La nozione in senso soggettivo del contraddittorio a parere della Consulta²⁰ ben si collega sia alla previsione del comma 3 dell'art. 111, sia alla previsione del comma 4, che come già analizzato inerisce il rispetto del contraddittorio "nella formazione della prova", riscontro prevalentemente oggettivo di quest'ultimo e connotato dal bilanciamento rispetto al comma 5 della stessa norma. Le tre eccezioni individuate dal comma 5 dell'art. 111 devono essere previste dalla legge: "per consenso dell'imputato, o per accertata impossibilità di natura oggettiva, o per effetto di provata condotta illecita".

Il consenso dell'imputato²¹ non può mai essere inteso come un potere unilaterale di disposizione delle prove²²: è al legislatore che spetta il compito di

²⁰ Corte cost., 22 giugno 2009, n. 184: "Al riguardo, è rilevato come nel nuovo art. 111 Cost. il concetto di "contraddittorio" venga evocato in due accezioni distinte: talora, cioè, nell'aspetto "oggettivo" di metodo di accertamento dei fatti; talaltra, invece, nel senso "soggettivo" di garanzia individuale. In particolare, la prima parte del quarto c. di detto articolo, sancendo che "il processo penale è retto dal principio del contraddittorio nella formazione della prova", detterebbe una prescrizione di natura oggettiva, posta a tutela del processo penale e intesa ad assicurare il contraddittorio come metodo di conoscenza. Al contrario, il precedente terzo comma, nello stabilire che "la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] abbia facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendano dichiarazioni a suo carico", porrebbe una regola di tipo soggettivo, funzionale alla tutela dell'imputato."

²¹ In una recente pronuncia la Corte di Cassazione, (Cass., Sez. V, 7 giugno 2019, n.2745), afferma che: "Il consenso, dati gli effetti che ne derivano, deve necessariamente corrispondere a una manifestazione certa della volontà dell'imputato, dovendosi scongiurare il pericolo che la deroga al principio costituzionale che informa il cd. "giusto processo" derivi da un comportamento equivoco". La giurisprudenza europea, con decisioni costanti, ritiene che: "la parte possa rinunciare al diritto fondamentale del contraddittorio". Si veda a proposito, Corte e.d.u., 26 aprile 2007, Vozhigov c. Russia, ove la rinuncia espressa o implicita purché, in questo caso, "inequivoca": Corte e.d.u., Gr. Ch. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia sia volontaria e consapevole e cioè ove la parte sia stata adeguatamente informata sugli effetti giuridici derivanti dall'atto abdicativo; Corte e.d.u., 24 aprile 2012, Sibgatullin c. Russia, quando questo non si ponga in contrasto con un "interesse pubblico"; Corte e.d.u. Kashlev c. Estonia, 26 aprile 2016; Corte e.d.u., 26 settembre 2017, Fornataro c. Italia; Corte e.d.u. 23 novembre 1993, Poitrimol c. Francia.

²² TONINI, *Contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir.pen.e proc*, 2000, 10, 1388.

tutelare *in toto* l'interesse alla giustizia e il diritto di difesa dell'imputato²³. L'impossibilità di natura oggettiva attiene alle ipotesi di non ripetibilità dovute a cause imprevedibili. Le deroghe al contraddittorio previste all'interno del codice di procedura penale, di carattere generale o specifico²⁴, rispondono all'esigenza di poter comunque usufruire delle prove in assenza di contraddittorio, in quanto ciò non sarebbe possibile mediante nessun altro strumento processuale. Trattasi di ipotesi di impossibilità oggettiva, intese quali cause di forza maggiore come il decesso, la grave infermità, la scomparsa e l'incapacità a deporre²⁵. Ciò posto, l'esercizio del diritto al silenzio sancito dall'art 199 c.p.p. non può costituire una ipotesi di "impossibilità di natura oggettiva", in quanto il dichiarante volontariamente si sottrae al confronto²⁶. Ultima eccezione prevista dal c. 5 dell'art. 111 Cost. è il riferimento alla "provata condotta illecita". Tale norma copre le ipotesi in cui il dichiarante sia sottoposto

²³ Secondo, Corte Cost., 14 ottobre 1998, n. 361: "La funzione del processo penale, che è strumento non disponibile delle parti, destinato all'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità [...], non può essere utilizzata per attenuare la tutela piena e incoercibile del diritto di difesa, coesistente allo stesso processo. Sono invece censurabili sotto il profilo della ragionevolezza, soluzioni normative che non necessarie per realizzare le garanzie della difesa pregiudichino la funzione del processo."

²⁴ GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass.pen.*, 2002, 5, 1845 ss.

²⁵ RUGGIERO, *Contraddittorio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1387. Tuttavia si sono prospettate critiche in ordine alla coerenza o meno del c. 5 dell'art. 111: "è stato osservato infatti che l'impossibilità oggettiva sarebbe epistemologicamente incoerente con il principio del contraddittorio, poiché il fatto che non si possa acquisire in dibattimento un dato raccolto durante le indagini, non rende per ciò solo attendibile il materiale formato unilateralmente. Ragion per cui si ritiene che l'atto di indagine di cui è impossibile la ripetizione, potrebbe valere a confermare o falsificare una prova in senso stretto o a saggiare l'attendibilità di altri esperimenti probatori senza poter però servire come fondamento di una statuizione di responsabilità."

²⁶ Sul punto, Cass., sez.V, 13 gennaio 2017, n. 1721: "Non è consentita la lettura, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari dal prossimo congiunto dell'imputato che in dibattimento dichiara di astenersi ai sensi dell'art. 199 c.p.p., in quanto tale situazione non costituisce causa di natura oggettiva di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio prevista dalla nuova normativa."

a minacce, finalizzate ad inquinare la fonte di prova, risultando funzionale a consentire che siano sottoposte al vaglio del giudice le dichiarazioni rilasciate prima delle minacce, e che probabilmente ne sono la causa²⁷. La lettura della disposizione in esame, non si presta a una lettura estensiva²⁸. La Corte costituzionale a tal proposito afferma che: "è senz'altro da escludere che la formula "condotta illecita", che compare nel precetto costituzionale, si presti ad una lettura lata, tale da abbracciare, oltre alle condotte illecite poste in essere "sul" dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione), anche quelle realizzate "dal" dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio (quale, *in primis*, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza. La ratio della deroga in parola, come si desume anche dalla circostanza che essa è affiancata, nel precetto costituzionale, a quelle legate al "consenso dell'imputato" e all'"accertata impossibilità di natura oggettiva", sta, difatti, essenzialmente nell'impedimento che la "condotta illecita" reca all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova: la Carta costituzionale consente cioè, eccezionalmente, che la prova si formi fuori del contraddittorio (oltre che nel caso di rinuncia dell'imputato ad esso) quando il contraddittorio risulti oggettivamente impossibile, ovvero appaia compromesso da illecite interferenze esterne. Che, per contro, l'autonoma scelta del soggetto esaminato di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sé, sulla lineare esplicazione del contraddittorio sulla prova, tale conclusione trova conferma oltre che nei lavori preparatori alla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, dai quali emerge come il Costituente, con la formula "provata condotta illecita", intendesse in effetti riferirsi essenzialmente ai casi di intimidazione e subornazione del dichiarante, anche

²⁷ Art 111, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, 2006, 2118 ss.

²⁸ Corte Cost. 24 ottobre 2002, n. 453, la quale spiega in modo dettagliata la *ratio* della norma.

nel necessario coordinamento fra la previsione del quinto comma dell'art. 111 Cost. e la regola, sancita appena prima dal quarto comma dello stesso articolo, per cui "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore"". La "condotta illecita", dunque, deve necessariamente essere provata nell'ambito del procedimento in cui si intende farla valere come causa di esonero dal diritto al contraddittorio in riferimento alle dichiarazioni da utilizzare: la prova deve essere comunque raggiungibile mediante ogni mezzo, in contraddittorio tra le parti.

Nulla quaestio in ordine alla previsione di una rosa di garanzie dell'accusato, al punto che la Corte²⁹ individua una protezione ancora più intensa delineata rispetto al diritto alla prova.

Interviene la Corte costituzionale in tal senso: "Posto che nel nuovo art. 111 Cost. il concetto di "contraddittorio" risulterebbe evocato in due accezioni distinte – talora, cioè, nell'aspetto "oggettivo" di metodo di accertamento dei fatti; talaltra, invece, nel senso "soggettivo" di garanzia individuale, il rimettente assume che il contraddittorio di cui è parola nel quarto comma rappresenti propriamente una garanzia metodologica di tipo oggettivo, basata sulla convinzione che la formazione della prova con il contributo dialettico di tutte le parti (e alla presenza del giudice) assicuri nel migliore modo il corretto giudizio sui fatti oggetto dell'imputazione. In questa prospettiva, il contraddittorio nella formazione della prova, in quanto valore funzionale al processo in sé non sarebbe disponibile unilateralmente da alcuna delle parti. La previsione di una deroga basata sul "consenso" sarebbe giustificabile solo nell'ottica della "fattispecie vicaria": il consenso dimostrerebbe, cioè, la "superfluità" del contraddittorio, potendosi presumere che la parte non

²⁹ Corte cost., 22 giugno 2009, n. 184.

rinuncerebbe ad esso, ove ritenesse l'elaborazione dialettica della prova suscettibile di condurre a risultati difformi e a lei più favorevoli di quelli forniti dall'atto di indagine unilateralmente espletato. Affinché possa operare tale presunzione, sarebbe tuttavia indispensabile che il consenso promani dalla parte contrapposta a quella che ha raccolto l'elemento di indagine e che risulterebbe, quindi, potenzialmente interessata ad escluderlo dal materiale probatorio. Di conseguenza, l'imputato potrebbe abdicare al metodo del contraddittorio solo in rapporto agli elementi di indagine raccolti dal pubblico ministero e non anche a quelli scaturenti da una sua stessa iniziativa investigativa (la cui acquisizione dovrebbe essere semmai consentita dalla parte pubblica): e ciò anche ad evitare che si produca uno squilibrio inaccettabile alla luce del principio di parità delle parti, sancito dal secondo c. dell'art. 111 Cost. [...]”.

Negli anni immediatamente successivi alla riforma costituzionale, tuttavia, non sono mancate critiche al nuovo art. 111 Cost³⁰. Sebbene esse si siano concentrate soprattutto sull'enunciato del comma 4 della disposizione in esame³¹, la corretta portata del principio del contraddittorio, simbolo incontrastato e incontrastabile di un “giusto processo”, è ravvisabile ancora una volta nella lettura di ciò che è

³⁰ CONTI, *Le due 'anime' del contraddittorio*, in *Dir.pen, proc.*, 2000, 2, 197. Il commento analizza “gli aspetti problematici della riforma”, e in particolar modo, le due “anime” del contraddittorio quale principio elevato a garanzia fondamentale, a seguito della legge costituzionale del 23 novembre 1999 n.2. Sul punto, l'autrice si esprime in tal senso: “la singolarità del nuovo articolo 111 sta nel fatto che i due distinti concetti si trovano richiamati alternativamente in un ordine che non pare essere quello logico. Tutto ciò comporta non poche difficoltà per l'interprete, che può essere sviato nella ricostruzione sistematica dei principi.”.

³¹ *Ibid.*, 197 ss: “Le critiche rivolte all'art. 111 Cost., si sono focalizzate soprattutto sull'enunciato racchiuso nel comma 4 secondo periodo, con cui si afferma che “la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta si è sempre sottratto volontariamente all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”. La disposizione, si sostiene, non sarebbe idonea ad assicurare che la prova si formi effettivamente in contraddittorio. La norma si limiterebbe ad assicurare un contraddittorio meramente “negativo”, inteso come inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in segreto. [...]”.

espresso nel comma 3 e nel comma 4. La regola del rispetto assoluto del principio del contraddittorio nella “formazione della prova” sancita dal comma 4 dell’art. 111 costituisce un metodo di conoscenza, e cioè una prescrizione di natura oggettiva. La regola, altresì, del comma 3 esprime una garanzia di tipo soggettivo funzionale esclusivamente alla tutela dell’imputato (dimostrazione della mancata citazione delle altre parti del processo). Il fondamentale diritto dell’imputato è quello di confrontarsi con il suo accusatore “dinanzi al giudice³²”.

La stessa sentenza del '98 n. 361 ha chiarito che il diritto alla prova del pubblico ministero passa sempre per il diritto di difesa dell’imputato. L’art. 111 Cost., deve essere letto come una norma di portata costituzionale chiamata ad affidare alla legge la disciplina del “giusto processo³³”. Al di là delle questioni interpretative che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione della riforma del '99, la promozione effettiva del principio del contraddittorio è manifestazione di attuazione delle regole del processo accusatorio, ribadito dalla Corte costituzionale in successive pronunce³⁴. Contraddittorio, dunque, in quanto

³² TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, 2000, 6, 1388 ss. Così si esprime in riferimento al comma 3 dell’art 111 e a proposito di “contraddittorio soggettivo”: “il diritto a confrontarsi non vale soltanto rispetto ai testimoni, come è previsto nella Convenzione europea. Esso deve essere attuato nei riguardi di tutte le “persone” che rendono dichiarazioni a carico. Siamo di fronte al famoso diritto a confrontarsi con l’accusatore, affermato in Inghilterra nel 1603 per la prima volta e consacrato nella Costituzione americana del 1791 [...]”.

³³ Così, si esprime FILIPPI, *A proposito di “giusto processo”: l’imputato diventa attore della cross examination*, in *Dir.pen. proc.*, 2000, 10, 1235: “L’art. 111 comma 1 esordisce affermando che la giurisdizione si attua mediante il “giusto processo regolato dalla legge”. Esso perciò non preclude anche nel nostro Paese la possibilità al legislatore di prevedere maggiori poteri di intervento personale dell’imputato nel processo, o addirittura ipotesi di autodifesa esclusiva dell’imputato, cioè senza l’aiuto del difensore tecnico [...]”.

³⁴ Così, FERRUA, *La Corte costituzionale promuove la “regola d’oro” del processo accusatorio*, in *Dir.pen e proc.*, 2000, 4, 401, a proposito della pronuncia della Corte Cost. 14 febbraio 2002, n. 32 la quale dichiara: “Da questo principio, con il quale il legislatore ha dato

parità delle armi³⁵: l'art. 111 comma 2 Cost. stabilisce esplicitamente che lo svolgimento del processo deve avvenire, oltre che nel contraddittorio, "in condizioni di parità". L'impostazione dell'art. 111 Cost., dunque, descrive un assetto teso a privilegiare soprattutto le garanzie dell'imputato³⁶.

Alla luce del tema qui analizzato, possiamo anzitutto constatare che il 3° comma dell'art. 111 Cost.³⁷ riproduce essenzialmente quanto esplicito negli artt. 24-27³⁸ della Carta costituzionale, ossia un vero e proprio catalogo di diritti e facoltà riconosciuti all'accusato, mentre il 4° e il 5° comma, sottolineando la tutela fondamentale del principio del contraddittorio "nella formazione della prova", costituiscono il vero carattere innovativo della riforma costituzionale, in quanto funzionali a garantire un pieno diritto alla prova e soprattutto a porre

formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal difensore)."

³⁵ UBERTS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass.pen.*, 2003,6, 2096 ss.

³⁶ GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio*, in *Il Mulino, Politica del diritto*, 2000, 3, 430. Sul punto in particolare: "E ciò è vero, non solo a causa dell'assenza, in tale testo, di qualunque sia pur modesto accenno alla posizione delle persone vittime del reato (nonché all'esigenza di tutela dei loro interessi nel senso del processo penale), ma anche, anzi soprattutto, a causa della preponderanza che l'ottica delle garanzie *pro reo*, finisce per acquisire all'interno del medesimo articolo, fino a spostarne notevolmente il baricentro rispetto all'impianto che sarebbe suggerito dalla stessa collocazione costituzionale entro le norme sulla giurisdizione."

³⁷ Art. 111 Cost., 3° comma : "Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato, sia nel più breve tempo possibile informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevate a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo."

³⁸ In particolare di tale avviso è il FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass.Parl.*, 1999, 4, 542, il quale sostiene la tesi secondo cui il vecchio testo costituzionale dell'art. 111 Cost., era già in linea con le garanzie insite nel giusto processo.

un argine alla unilateralità della formazione della stessa. Il centro del “giusto processo” è l'imputato e ciò non risulta assurdo poiché risponde alle esigenze tutelate *in primis* non solo dalla Carta costituzionale, ma soprattutto dalle Carte internazionali dei diritti umani.

1.3 Principi del giusto processo alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Il concetto di giusto processo, come già precedentemente sottolineato, descrive un modello processuale dotato di una serie di connotati riconducibili, in quanto frutto di pattuizioni internazionali, alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 nonché nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. L'istituzione della Corte europea dei diritti dell'uomo ad opera della Convenzione garantisce una tutela sovranazionale, funzionale all'interpretazione delle norme della Convenzione stessa³⁹. L'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo rubricato “diritto ad un processo equo” costituisce senz'altro la piena affermazione di un diritto, che per sua intrinsecità è definibile come un diritto fondamentale e inviolabile. Il 3° comma lett. c) e d) propone l'autodifesa come garanzia e generale estrinsecazione del diritto di difesa, garantendo il diritto dell'accusato alla personale partecipazione al processo e al contraddittorio nella formazione della prova⁴⁰. Dalla lettera della norma appare chiaro quanto sia importante la presenza fisica del diretto

³⁹ TONINI-CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014. Sul punto, inoltre: “la naturale conseguenza dell'art 32 C.E.D.U. è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione “vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione”.”.

⁴⁰ GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, vol I, Torino, 2008, 95 ss.

interessato al processo⁴¹, sebbene lo stesso art. 6 C.e.d.u. non menzioni espressamente il diritto alla partecipazione al processo, a differenza dell'art 14 comma 3 lett. d)⁴².

L'autodifesa dell'imputato è espressione del principio della "parità delle parti", che però ad avviso della dottrina maggioritaria ⁴³ non identificherebbe una "uguaglianza" tra le parti, bensì una parità nella formazione della prova, tra l'altro chiaramente individuata non solo nell'art. 6 C.e.d.u., ma anche in altre norme convenzionali aventi natura spiccatamente processuale, quali gli artt. 5⁴⁴, 8⁴⁵, 2⁴⁶ VIII Protocollo. I principi del "giusto processo", cristallizzati dalla legge di revisione costituzionale dell'art. 111 Cost., sono stati recepiti antecedentemente alla legge di revisione costituzionale 2/1999 dalla normativa interna. La legge delega 16 Febbraio 1987, n.81 all'art. 2 specifica che: "il codice di procedura penale deve attuare I principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della

⁴¹ Art. 6, 3° comma lett. c), tra i diritti dell'accusato: "difendersi da sé o avere l'assistenza del difensore di propria scelta [...]": lett. d): "interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a carico."

⁴² Art. 14 comma 3 lett. d): "Ogni individuo accusato di un reato ha diritto in posizione di piena uguaglianza come minimo alle seguenti garanzie: [...] d) ad essere presente al processo e a difendersi personalmente o mediante un difensore, ad essere informato, del suo diritto ad averne e ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi di prova sufficienti per compensarlo".

⁴³ In tal senso si esprime, CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc.pen. e giust.*, 2015, 3, 172 ss. In senso critico sul punto cfr. BARGI- GAITO, *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria: l'eccentrica definizione della funzione del p.m. nel sistema delle impugnazioni*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma: l'illegittimità parziale della "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2007, 1.

⁴⁴ L'art. 5 C.E.D.U., rubricato "Diritto alla libertà e alla sicurezza".

⁴⁵ L'art. 8 C.E.D.U. , rubricato "Diritto al rispetto della propria vita privata e familiare".

⁴⁶ L'art. 2 VII Protocollo C.e.d.u., rubricato "Diritto a un doppio grado di giudizio".

persona e al processo penale [...]”⁴⁷. Sennonché, l’art. 6 C.e.d.u. pone al 1° comma e al 3° lett. d), il medesimo riconoscimento posto dall’art. 111 3° comma e cioè "il diritto a interrogare a far interrogare i testimoni a carico".

Un principio che, oltre a ribadire la quasi sacrale “parità” delle parti nel processo, si presenta come cruciale nella *fairness* processuale⁴⁸.

La Corte e.d.u.⁴⁹, sul punto riconosce una violazione del diritto all’equo processo ogni qual volta la difesa dell’accusato non è posta nelle condizioni di poter interloquire in contraddittorio su tutti gli elementi di prova che il giudice può impiegare ai fini della *res giudicanda*. È componente essenziale dell’equo processo, secondo quanto statuito dallo stesso art. 6 C.e.d.u., che l’udienza pubblica sia il luogo dove si formi la prova, regola assoluta e fondamentale che anima lo spirito della Convenzione⁵⁰.

La giurisprudenza europea ribadisce una netta preferenza per l’oralità della prova, che viene proprio identificata dalla Corte come un’applicazione generale delle regole del “giusto processo⁵¹”. Il confronto con il testimone è cruciale per la Corte di Strasburgo⁵²: è una regola di

⁴⁷ GIUNCHEDDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla C.E.D.U. : la Corte europea dei diritti dell’uomo come giudice di quarta istanza*, in *Arch. pen.*, 2013,1,8 ss.

⁴⁸ ZACCHE’, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito-Chinnici, 2018.

⁴⁹ Corte e.d.u., 27.4.2017, Asatryan c. Armenia.: Nella fattispecie specifica la Corte ha riscontrato un’infrazione dell’art. 6, 1 e 3 lett. d), in una vicenda in cui la condanna di secondo grado si basava anche sulle dichiarazioni predibattimentali di alcuni soggetti che non solo non erano mai stati ascoltati nel contraddittorio tra le parti, e ancor più grave né in prime cure, né in appello, ma le cui dichiarazioni non erano state nemmeno acquisite mediante lettura, né avevano formato oggetto di discussione dibattimentale.

⁵⁰ CASSIBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *La tutela dei diritti e delle libertà della C.E.D.U.*, in *Giur. merito*, suppl. vol. XII., 2008, 126 ss.

⁵¹ LONATI, *Il diritto dell’accusato “a interrogare o fare interrogare” le fonti di prova a carico. Studio sul contraddittorio nella convenzione europea dei diritti dell’uomo e nel sistema processuale italiano*, Torino, 2008.

⁵² Così, Corte e.d.u., 10.5.2005, nella quale viene rimarcato in modo particolarmente intenso l’importanza del metodo dialettico, che non solo è garanzia di difesa, ma anche funzionale all’esercizio della giurisdizione.

garanzia, in quanto non è possibile individuare una qualsiasi forma di responsabilità dell'imputato senza aver prima ascoltato le dichiarazioni dei testimoni. Il confronto è garanzia di difesa e garanzia processuale⁵³. Tuttavia, occorre precisare fin da subito quanto l'atteggiamento della Corte europea risulti sensibilmente diverso rispetto alla nozione di testimone, a confronto con l'importanza della prova testimoniale nel nostro ordinamento (nella quale peraltro tradizionalmente vengono annotati periti e consulenti tecnici)⁵⁴.

La Corte e.d.u., in una serie di pronunce ha fornito il suo personale apporto all'interpretazione del diritto al confronto, delineato dall'art.6 comma 3 lett d), con riguardo al giudice investito della valutazione della prova in giudizio e della sua assunzione⁵⁵, sostenendo che non è da intendere come assoluta e rigida⁵⁶ la regola per la quale "gli elementi di prova debbano essere prodotti in un'udienza pubblica e nel contraddittorio

⁵³ Corte e.d.u., 10.10.2017., Dastan c. Turchia; Corte e.d.u., 29.6.2017, Lorefice c. Italia

⁵⁴ BALSAMO, *Mezzi di prova (art. 194)*, in *Codice di procedura penale commentato, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol II, Libro III ARTT. 187-271, 2018. In particolare sulla testimonianza: "la testimonianza costituisce il modello paradigmatico dei mezzi di prova. essa entra nel processo *adversary*, rappresenta la prova per eccellenza, in quanto fornisce lo schema nel quale ricondurre non solo l'esame dell'imputato e della persona offesa, ma anche quello del perito, e al quale ricollegare la produzione di documenti."

⁵⁵ Cfr. Corte e.d.u., 1.2.2018, Asani c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia; Corte e.d.u., 24.7.2006, Majadallah c. Italia; Corte e.d.u., 20.4.2006, Carta c. Italia.

⁵⁶ TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *Questione giustizia*, Speciale 2019, a commento della nota sentenza della Corte e.d.u., Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito: "Dopo aver svolto un'analisi della propria precedente giurisprudenza e aver preso in considerazione le critiche rivolte alla "regola della prova unica o determinante", in *Al-Khawaja e Tahery* la Corte ha ritenuto che tale regola non dovesse essere applicata "in maniera rigida o ignorando totalmente le specificità del sistema giuridico in causa"; al contrario, non si poteva fare astrazione da un bilanciamento tra, da una parte, gli "interessi concorrenti della difesa, della vittima e dei testimoni" e, dall'altra, "l'interesse pubblico ad assicurare una buona amministrazione della giustizia."

tra le parti⁵⁷", essendo infatti possibile che si configuri in ogni caso il contraddittorio anche se differito. Per comprendere tale assunto, è necessario individuare i punti cardine della struttura dell'art. 6, interpretato dalla Corte nel senso di *right to confrontation*, una vera e propria "occasione adeguata e sufficiente per contestare una domanda a carico e per interrogarne l'autore⁵⁸". Pertanto, una nozione quanto mai distante sia da quanto sostenuto dal comma 4, sia dal comma 5 dell'articolo 111 Cost., in ordine al contraddittorio nella formazione della prova. Il legislatore italiano dal lato suo pone un incontrastabile principio desumibile dalla lettura del dettato costituzionale che ben si riconnette alla garanzia di difesa sancita dall'art. 24 Cost., "*audiatur et altera pars*⁵⁹". In sede giurisprudenziale europea la tutela del diritto al confronto si è ritenuta, ad

⁵⁷ Sebbene, tale regola venga continuamente ribadita dalla Corte e.d.u.. Cfr ad esempio Corte e.d.u., 1.2.2018, Asani c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia; Corte e.d.u., 24.7.2006, Majadallah c. Italia; Corte e.d.u., 20.4.2006, Carta c. Italia.; Tra le più datate, Corte e.d.u., 7.8.1996, Ferranelli c. Italia, Corte e.d.u., 15.1.2001 Razzonico c. Italia, Corte e.d.u. 22.4.1992., Vidal c. Belgio.

⁵⁸ Così si esprime CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.it. di dir.proc.pen.*, 2003, 1450 ss., a commento degli standards imposti dall'art. 6 C.E.D.U., il quale non imporrebbe sempre un confronto vis-à-vis con l'accusatore, determinando solo che almeno in un momento del procedimento venga realizzato il contraddittorio.

⁵⁹ Per una critica particolarmente accesa alla distinzione tra "regole" e "principi" alla luce dell'interpretazione del dettato costituzionale cfr. LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regole e principi*, in *Cass.pe.*, 2008, 1239. "Nel mondo dei filosofi la distinzione tra regole e principi, è oggetto di vivaci controversie. Se ne rende benissimo conto (grazie anche al suo passato da filosofo), il costituzionalista Roberto Bin, il quale riconosce che " Il rigore della contrapposizione tra questi due tipi di "norma" è contestato". Proseguendo, l'autore sostiene "che molte siano le critiche mosse alla solidità e al rigore teorico di questa impostazione non intacca la sua validità operativa in questo contesto, ossia la sua capacità di offrire uno schema, un modello iniziale con cui accostarsi alla lettura delle disposizioni costituzionali che tutelano i diritti, ed intendere le strategie argomentative adottate dalla Corte costituzionale quando è chiamata ad applicarle.". Citando, BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano,1992, 9-10. Termina sostenendo che non è possibile ipostatizzare i concetti di regola e principio come se esistesse qualcosa di simile in natura.

esempio, soddisfatta solo in quanto l'imputato sia stato messo nella condizione di confrontarsi con il teste dinanzi al giudice istruttore⁶⁰.

Il diritto convenzionale, pertanto individua il giusto processo e l'equo processo nella formazione della prova in contraddittorio, seppur differito e orale, il quale permetterebbe sempre all'imputato di poter esercitare il suo diritto alla prova, anche alla luce di un contraddittorio che non si sia correttamente espletato nelle fasi anteriori del procedimento⁶¹. Fermo restando l'evidente nozione autonoma di "testimone⁶²", che la Corte ha qualificato come "tutte le persone che indipendentemente dal proprio *status* processuale, così come regolato dalla legge nazionale, dispongono di informazioni riguardanti un processo penale", da ultimo spicca una sentenza del 2019⁶³, la quale ha ulteriormente specificato e ampliato il contenuto del diritto al confronto, coadiuvando l'interprete nell'operazione ermeneutica⁶⁴. In particolare, la Corte ha specificato che si pone contro il diritto al processo equo e contro il diritto al contraddittorio nella formazione della prova il giudizio che si conclude con una condanna basata sulla confessione dell'imputato estorta sotto costrizione e senza citare i dichiaranti a discarico, puntualmente richiesti dall'accusato, o quelli a carico da sentire in controesame.

All'esito di tale analisi, la giurisprudenza della Corte europea potrebbe definirsi proiettata alla salvaguardia del principio di oralità della prova,

⁶⁰ Corte e.d.u. 19 febbraio 1991, Isgrò c. Italia. Cfr., anche Corte e.d.u., 20 novembre 1998, Kstovski c. Paesi Bassi.

⁶¹ Cfr., fra le altre, Corte e.d.u., 30 gennaio 2018, Boyets c. Ucraina; Corte e.d.u., 19 novembre 1990, Delta c. Francia; Corte e.d.u., 20 novembre 89, Kostovski c. Paesi Bassi.

⁶² La definizione di una nozione "elastica" di testimone, nella cit. sentenza Isgrò c. Italia, cfr.n. 53, la quale è stata poi inserita nella *Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri n. R (97) 13*, ribadita poi nella *Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. R(2005) 9*.

⁶³ Corte e.d.u., 16 aprile 2019, Bondar c. Ucraina.

⁶⁴ ADDANTE, *Prove/Diritto al confronto – Corte eur. dir. uomo, 16 aprile 2019, Bondar c. Ucraina*, in *Archivio penale/ Giurisprudenza sovranazionale*, 2019.