

VIVIANA ANDOLFI, FABIO CATINI, RAMONA CIAMPINI, FRANCESCA CRIFO, MARIA LIDIA FRANI

Vero e falso sul processo accusatorio

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il contraddittorio. 2.1 (segue) Principio del contraddittorio nello svolgimento del processo e nella formazione della prova. 2.2. (segue) Lesione del diritto e relative sentenze. 3. Il diritto di difesa. 4. La pubblicità del processo.

1. Introduzione

Indagare su quel che c'è di vero e di falso del sistema accusatorio nel nostro processo penale significa, in primo luogo, chiedersi quali siano i principi cardine di tale sistema e le norme del nostro ordinamento che li riconoscono; in secondo, laddove ad essi non siano coerenti le norme che regolano il processo, domandarsi come creare questa coerenza.

Preliminarmente va chiarito che per "processo accusatorio" si intende uno dei due estremi astratti tra i quali si collocano i sistemi processuali concretamente adottati, in antitesi rispetto al "processo inquisitorio".

Le forme di processo penale, infatti, che nel corso della storia si sono manifestate nei vari ordinamenti, hanno tutte accolto elementi di entrambi, con la predominanza di quelli dell'uno o dell'altro e solo raramente si è verificato che un ordinamento presentasse quasi tutte le caratteristiche di un solo sistema. Essi si fondano su principi opposti.

Il sistema inquisitorio si basa sul principio per cui l'accertamento della verità è tanto migliore quanto maggiore è il potere dato al soggetto inquirente. Non è necessario che un organo di accusa abbia poteri nel processo né che ne abbia alla pari l'imputato attraverso il suo difensore: tutti i poteri risiedono nel giudice, depositario del vero e del giusto, e un'eventuale regolamentazione del loro esercizio costituirebbe solo un limite all'accertamento della verità.

Il sistema accusatorio si fonda invece sul principio per cui la verità si accerta tanto meglio quanto più i poteri nel processo vengono ripartiti tra soggetti con interessi antagonisti: è lo scontro tra le tesi sostenute da ciascuna parte, in condizione di parità rispetto all'altra, che consente al giudice, terzo e imparziale, di valutare la fondatezza dei loro argomenti, avvicinandosi nel modo meno imperfetto alla verità.

Dagli opposti postulati derivano caratteristiche in contrapposizione logica fra loro:

Il processo inquisitorio prende il nome dalla figura dell'inquisitore in cui quella del giudice e dell'accusatore si fondono.

L'iniziativa del processo spetta all'inquisitore, e così anche la ricerca delle prove e poiché ciò che conta è scoprire ad ogni costo la verità, quella che chi detiene il potere politico preferisce, quindi il "risultato" e non il "metodo" con cui perseguirlo, qualsiasi modalità di ricerca è ammessa, sino anche alla tortura dell'imputato.

L'inquisitore non si avvale affatto della contrapposizione dialettica fra i due antagonisti, anzi, assume le deposizioni in segreto e redige verbali che riportano la propria ricostruzione della verità, la quale, sul presupposto della sua coincidenza con quella effettiva, costituirà l'unica base della decisione senza necessità di alcun confronto con le posizioni dell'accusa e della difesa.

È sufficiente che l'inquisitore abbia raccolto alcuni indizi contro l'imputato perché questi sia presunto colpevole e chiamato a discolarsi. Se fallisce, sarà condannato. Nel frattempo languisce in carcere senza che gli siano rese note né l'accusa né le prove raccolte.

Corollari contrapposti derivano dal principio per cui, nel processo accusatorio, è la separazione delle funzioni processuali che permette di accertare meglio la verità:

Non è il giudice a determinare l'oggetto della controversia ma l'iniziativa del processo penale spetta alle parti, questo sistema processuale prende il nome proprio dalla presenza di un accusatore.

I poteri di ricerca, ammissione e valutazione della prova non possono essere attribuiti ad un unico soggetto, bensì vengono ripartiti in modo omogeneo tra il giudice, l'accusa e la difesa, evitando a priori possibili abusi unilaterali. L'accusatore ha l'onere di ricercare le prove e di convincere il giudice della colpevolezza dell'imputato. Colui che si difende deve avere la possibilità di ricercare le prove in base alle quali possa, viceversa, convincere il giudice della sua "non colpevolezza". Il giudice, dal canto suo, deve soltanto decidere, in linea con le disposizioni di legge, se ammettere o no il mezzo di prova richiesto, verificandone, altresì, la pertinenza e la rilevanza ai fini dell'accertamento che deve compiere. Importante dunque è soprattutto il "metodo" con cui si giunge a formare una prova, la quale è attendibile e quindi utilizzabile dal giudice soltanto se rispettato. Una prova raccolta con tecniche che influiscono sulla libertà morale di una persona, ad esempio, non è attendibile e quindi una confessione estorta con violenza o minaccia non è utilizzabile.

La decisione del giudice imparziale si baserà sull'apprezzamento comparato e contestuale delle argomentazioni dei due antagonisti. Principio fondamentale del processo accusatorio è infatti quello del contraddittorio, ossia l'alternanza delle ragioni delle parti contrapposte con pari opportunità. Esso adempie a due funzioni fondamentali, da un lato infatti tutela i diritti di ciascuna parte, garantendo la possibilità di contribuire alla ricostruzione, per ciascuna di esse

preferibile, del fatto per cui si procede, mentre dall'altro costituisce una tecnica più efficace di accertamento dei fatti. Una delle caratteristiche peculiari del contraddittorio è l'oralità ossia la possibilità per chi ascolta di porre domande e ottenere risposte da colui che ha reso una dichiarazione.

L'imputato può essere condannato solo se l'accusa ne ha provato la reità "oltre ogni ragionevole dubbio". Finché non viene accertata è presunto innocente, pertanto la sanzione penale non può essere anticipata in via provvisoria. Solo laddove vengano dimostrate esigenze cautelari e solo come *extrema ratio* può essere applicata una misura cautelare. Mezzo per garantire che i diritti delle parti siano rispettati è la pubblicità del processo che permette all'opinione pubblica di verificare se la giustizia è amministrata in modo corretto.

Ovviamente un regime totalitario, in cui il processo penale non è nient'altro che uno strumento di controllo sociale, predilige gli elementi del sistema inquisitorio, funzionali alla realizzazione di ogni arbitrio per creare una "verità di stato" e quindi inculcare un'ideologia. Viceversa il sistema accusatorio essendo più rispettoso dei diritti fondamentali e rendendo più difficile al potere politico manipolare i fatti, è connaturale ad un regime garantista. Esiste dunque una stretta correlazione tra regime politico e sistema processuale. Questa è evidente nella storia del processo penale italiano.

La logica inquisitoria è conforme ai principi fondamentali dello stato fascista, in cui lo Stato è l'unico ente dotato della capacità di distinguere cosa è bene o male per la comunità, e il giudice, essendo il potere giudiziario subordinato a quello esecutivo, è emanazione del governo e non sbaglia mai. L'imputato invece è relegato a mero oggetto con il quale soddisfare i fini repressivi dello Stato. L'opera legislativa del 1930, dunque, codifica un processo in cui predominano gli elementi di quello inquisitorio e sacrifica la libertà individuale in ragione di un preteso venir meno del conflitto tra Stato e singolo attraverso il totale assorbimento dell'interesse individuale in quello pubblico.

La caduta del Fascismo, quindi l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, rappresenta una svolta evidente nell'ambito della legislazione processuale penale. L'Assemblea costituente, mossa da nuove prospettive liberali e democratiche connaturali alla rinnovata concezione politica dello Stato, interviene introducendo una serie di garanzie fondamentali che riguardano i punti nevralgici del processo penale: il diritto di difesa, per cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" (art. 24, co. 1) sancito come "inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (co. 2), assicurando ai non abbienti "i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione" (co. 3); il principio del "giudice naturale" precostituito per legge (art. 25, co. 1), che tutela la certezza del cittadino che a giudicarlo non sarà un giudice creato a posteriori rispetto a un fatto già verificatosi; il principio di legali-

tà in ambito penale sostanziale (art. 25, co. 2), che vieta sia di punire qualunque fatto che, al momento della commissione, non sia espressamente previsto come reato, sia di sanzionarlo con pene che non siano espressamente previste dalla legge; la presunzione di non colpevolezza fino a sentenza di condanna divenuta definitiva (art. 27, co. 2); l'obbligo per il giudice di motivare tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, co. 1); la possibilità di ricorrere in cassazione contro tutte le sentenze e tutti i provvedimenti sulla libertà personale, almeno per violazione di legge (art. 111, co. 2); la soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101), requisito per un esercizio della giustizia che non subisca condizionamenti e, ispirato alla stessa ratio, l'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale (art. 112).

Ai diritti dell'imputato si ricollegano anche quelle disposizioni che riconoscono l'inviolabilità della libertà personale (art. 13), della libertà di domicilio (art. 14) e di corrispondenza (art. 15). Tutte sacrificabili solo nei casi e modi previsti dalla legge e solo con atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Al fine di dare piena attuazione a questi nuovi principi, nonché per adeguare la legislazione processuale penale alle convenzioni internazionali relative ai diritti della persona e attuare i caratteri del sistema accusatorio, il Parlamento italiano, con d.lgs. 16 febbraio 1987, n. 81, delega al Governo l'elaborazione di un nuovo codice di procedura penale. Il codice, promulgato nell'88 ed entrato in vigore nell'89, dunque, prende vita sulla scia di un'esigenza di modernizzazione della legislazione processuale penale, disancorandola da logiche inquisitorie ormai inaccettabili in un contesto normativo e ideologico volto a garantire i diritti fondamentali della persona.

In realtà persistono elementi del modello inquisitorio (si pensi al fatto che ancora oggi il giudice esercita, in certi casi, poteri di integrazione probatoria), ma quello su cui viene plasmato il sistema è esplicitamente di tendenza "accusatoria". Il mito di un giudice infallibile a cui, in nome dell'accertamento della verità reale, tutto è concesso, viene meno e le parti assurgono ad un ruolo da protagonisti tale da dare concretezza a tutte le potenzialità persuasive delle proprie argomentazioni. Il principio del contraddittorio diventa il perno del nuovo processo penale ed oggi ha una dimensione costituzionale di ben più ampio respiro rispetto alla formulazione originaria della Carta. La l. Cost 23 novembre 1999, n. 2, infatti, inserisce nell'art. 111 cinque nuovi co. che sanciscono i principi del "giusto processo": garanzia del contraddittorio sia nello svolgimento del processo sia nella formazione della prova; della parità tra le parti e della terzietà ed imparzialità del giudice; della ragionevole durata del processo che deve essere assicurata dalla legge; di una veloce informazione all'imputato della pendenza del processo a suo carico con possibilità di interrogare o far interrogare le persone che lo accusano o che lo possono discol-

pare; dell' ausilio di un interprete per lo straniero.

I principi del giusto processo trovano riconoscimento anche nel diritto internazionale e comunitario.

Nel primo rileva in particolare il Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1966. Essendo stato ratificato da quasi tutti i paesi che compongono la comunità internazionale tra cui l'Italia, poiché "la legislazione statale deve esercitarsi nel rispetto dei vincoli (...) internazionali" (art. 117, co. 1, Cost.) deve ritenersi che sia viziata da illegittimità costituzionale la legge ordinaria che non rispetti i principi in esso riconosciuti, tra cui appunto quelli che garantiscono il giusto processo: il principio di uguaglianza di tutti davanti ai tribunali; il diritto ad un'equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale competente, indipendente e imparziale; la presunzione d'innocenza; la garanzia per l'individuo che viene accusato ad essere informato in una lingua a lui comprensibile della natura e dei motivi dell'accusa, a disporre del tempo e dei mezzi per preparare la difesa, ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo, ad essere presente al processo e a difendersi, a interrogare i testimoni, ad essere assistito da un interprete, a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole (art.14).

Analoghe garanzie sono riconosciute dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul cui rispetto vigila la corte di Strasburgo. Redatta dal Consiglio d'Europa e firmata a Roma nel 1950, i diritti fondamentali in essa riconosciuti, come affermato con il trattato di Lisbona, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e il diritto dell'Unione, a sua volta, in forza dell'art. 11 cost. si colloca, tra le fonti del diritto italiano, subito dopo i principi fondamentali della Costituzione.

La legge ordinaria in contrasto con i principi del giusto processo è in contrasto con la Costituzione. Tuttavia la Corte costituzionale dichiara incostituzionale una norma non laddove ne sia possibile una interpretazione in contrasto con la Costituzione ma solo se ne sia impossibile una conforme.¹ L'intento è chiaramente quello di evitare un eccessivo ricorso al sindacato di legittimità. I principi sanciti dalla C.E.D.U. e oggetto di sentenze da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo poi, spesso sono stati oggetto di un'applicazione diretta da parte della nostra Corte di cassazione, senza il bisogno di alcun intervento da parte del legislatore.

In conclusione le vie per risolvere contrasti tra norme ordinarie che regolano il processo e norme costituzionali e convenzionali che ne sanciscono i principi sono essenzialmente tre: tentare di interpretare la norma ordinaria in maniera conforme ad essi; se il tentativo fallisce eliminarla dall'ordinamento; in-

¹ Corte cost., n. 356 del 1996 e Id., n. 345 del 1997

fine nei casi di lacuna legislativa, anche se non tutti i costituzionalisti ritengono ammissibile quest'ultima soluzione, applicare direttamente i principi.

È interessante analizzare come tutto ciò avvenga in concreto rispetto all'attuazione di determinati principi del processo accusatorio. Questo sarà l'oggetto dell'indagine che segue, in particolare dedicata ai principi del contraddittorio, di difesa e della pubblicità del processo.

2. Il Contraddittorio

2.1 Principio del contraddittorio nello svolgimento del processo e nella formazione della prova

Consacrato nell'art. 111 Cost. dalla l. n. 2/1999, il principio del contraddittorio costituisce una delle basi più importanti della giurisdizione penale in quanto garantisce il pieno esercizio del diritto alla prova, e quindi alla difesa, attuando quella dialettica processuale, propria di un sistema penale di stampo accusatorio. L'art 111, co. 2, Cost. recita: "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo ed imparziale...". Il processo penale è, soprattutto nelle fasi giurisdizionali, un *actus trium personarum*. Accusa e difesa, in condizioni di parità, sono collocate idealmente agli estremi di un triangolo equilatero dinanzi ad un giudice che, equidistante dalle parti, siede al vertice del triangolo. Il nucleo essenziale è rappresentato dal pubblico ministero, imputato (assistito dal difensore) e giudice, ma sono possibili incrementi con la comparsa di soggetti e parti eventuali. Si distinguono le parti dai soggetti processuali. Le parti sono i soggetti che esercitano o subiscono l'azione penale e l'azione civile (esercitata in sede penale); compaiono nella fase strettamente processuale, ma bisogna ricordare che le parti essenziali (pubblico ministero e persona nei cui confronti si procede penalmente) sono già presenti nella fase delle indagini preliminari. I soggetti invece sono coloro i quali hanno il potere/dovere di iniziativa nel compimento di atti processuali: rientrano in questa categoria le parti e le figure che, pur non essendo attori o destinatari dell'azione, compaiono nella scena processuale (persona offesa dal reato, giudice). L'ultima categoria riguarda le parti eventuali, correlate all'esercizio dell'azione civile in sede penale (parte civile e responsabile civile). La presenza del responsabile civile risulta essere doppiamente eventuale nel caso in cui la pretesa risarcitoria si rivolga non all'imputato, ma ad un soggetto diverso chiamato a rispondere civilmente del fatto dell'imputato stesso.

Il nuovo testo dell'art. 111 stabilisce che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. Si distingue tra contraddittorio debole e forte: il primo si realizza durante la fase delle indagini preliminari, assicurando il diritto del difensore ad essere presente ad un atto di indagine o a conoscerne il verbale. La conoscenza dei verbali e degli atti di indagine può poi definirsi esaustiva nel momento in cui il pubblico ministero invia l'avvio di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-*bis* c.p.p.). Il contraddittorio forte, invece, si realizza durante la fase del dibattimento, consentendo appunto la parità delle parti durante le fasi della formazione della prova. Il principio del contraddittorio è enunciato inoltre nella sua dimensione oggettiva, quale metodo di acquisizione probatoria (contemplata dal co. 4 dell'art. 111), e soggettiva, in riferimento ai termini di diritto al confronto (co. 3 della medesima norma)².

La piena attuazione del principio del contraddittorio assicura altresì un'ampia gamma di diritti strumentali tra i quali si rileva il diritto ad ottenere dal giudice l'ammissione della prova, sia essa orale, documentale o reale (art. 190 e 495, co. 1, c.p.p.); il diritto ad ottenere l'ammissione della prova contraria rispetto alla prova principale richiesta da altri (art. 495, co. 2, c.p.p.); il diritto di porre domande nell'esame e nel controesame (art. 498 c.p.p.), il cui esercizio è controllato dal presidente dell'organo collegiale che valuta la pertinenza e l'ammissibilità della singola domanda (art. 499, co. 6, c.p.p.). In particolare, nell'ambito dell'esame incrociato, le domande sono poste prima dalla parte, pubblico ministero o difensore, che ha chiesto l'esame di una determinata persona (c.d. esame diretto); poi precede al controesame la parte che ha un interesse contrario; infine la parte che ha chiesto l'esame può proporre ulteriori domande.

Il co. 5 dell'art. 111 pone importanti eccezioni al principio del contraddittorio che, in quanto derogano a una regola tutelata a livello costituzionale, non possono essere estese analogicamente. In sintesi, la prova è utilizzabile anche se si è formata fuori dal contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Per consenso dell'imputato: tale eccezione ha due ambiti applicativi distinti:

- 1) Nei riti semplificati che omettono il dibattimento, l'imputato rinuncia al contraddittorio in via anticipata o in via successiva, di modo che il giudice utilizza le prove raccolte in modo unilaterale nel corso delle indagini.

² CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nell'art 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 198.

- 2) Consenso ad acquisire al dibattimento prove formate fuori dal contraddittorio: avviene così la rimozione di un limite all'agire altrui nella propria sfera soggettiva. In questo modo l'imputato consente soltanto all'acquisizione di atti prodotti da altre parti.

L'uso di atti raccolti in modo unilaterale può essere ammesso soltanto se vi consentono quelle parti che non hanno partecipato all'acquisizione dell'elemento di prova, e che potrebbero subire un pregiudizio dalla utilizzabilità dello stesso. Sono proprio i riti alternativi che in qualche modo hanno permesso la deroga al principio della dialettica processuale. Il codice di procedura penale nell'art 438 "Presupposti del giudizio abbreviato" afferma che l'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare (salvo richiesta dell'imputato di integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione - co. 5 del suddetto articolo: abbreviato con richiesta condizionata). Resta comunque applicabile l'art 441, co. 5: "Quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti, assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione". Il giudizio abbreviato su richiesta non condizionata invece non permette né integrazioni probatorie su richiesta di parte, né una modifica dell'imputazione. L'individuazione della deroga al principio del contraddittorio non è stata invece semplice in riferimento al patteggiamento. Seguendo la prospettiva della Cassazione si intravede come al giudice del patteggiamento sia attribuito il potere di verificare l'assenza di cause di non punibilità e non di provare positivamente la colpevolezza³, e quindi non si può ritenere che una rinuncia al contraddittorio si giustifica solamente a patto di ritenere che la sentenza applicativa della pena concordata presupponga il mero accertamento della responsabilità dell'imputato. Per accertata impossibilità di natura oggettiva: il termine "oggettività" sembra alludere a quelle cause indipendenti dalla volontà di taluno, ricollegabili dunque alla forza maggiore. L'ambito applicativo della disposizione sembra limitato alle situazioni di non ripetibilità originaria o sopravvenuta: in questi casi non è più possibile assumere in contraddittorio quel determinato elemento di prova. Inoltre l'art 512 c.p.p. prevede la lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione. Come ben sappiamo il dibattimento rispetta i principi di oralità ed immediatezza, ma il giudice, in determinati casi, può utilizzare gli atti scritti come mezzo di prova, o ad altro fine indicato espressamente nel codice, purché ne sia data lettura in udienza. Le letture consentite sono disciplinate negli artt. 511, 511-bis, 512, 512-bis e 513. Va inoltre effettuata una distinzione tra la lettura

³ *Dell'incompatibilità tra patteggiamento e dichiarazione di colpevolezza è pienamente consapevole la giurisprudenza: Cass., 26 maggio 1992, Cogo, e Id., 22 febbraio 1993, Oliveto.*

di atti contenuti nel fascicolo del dibattimento e la lettura di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento vengono letti per poter essere utilizzati ai fini della decisione, nonostante lo stesso giudice e le parti ne siano a conoscenza. Detta lettura è disposta d'ufficio, su richiesta di parte (art. 511, co. 1), o di enti o associazioni rappresentative di interessi lesi da reato, intervenuti regolarmente nel processo (art. 511, co. 6). Questa lettura diviene simbolica, ovvero il giudice può limitarsi ad indicare gli atti da utilizzare ai fini della decisione, per giustificate ragioni di economia processuale. In riferimento alla lettura degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, l'art. 512, co. 1, stabilisce che "il giudice, a richiesta di parte, disponga che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, e dai difensori delle parti private nel corso delle indagini preliminari, ovvero dal giudice durante l'udienza preliminare, quando per fatti o circostanze imprevedibili, ne sia divenuta impossibile la ripetizione". L'irripetibilità deve essere sopravvenuta, assoluta e imprevedibile al momento in cui l'atto viene compiuto, e può nel concreto trattarsi di irripetibilità del testimone⁴ o dell'amnesia dello stesso⁵. L'art 512, co. 1-*bis* consente inoltre la lettura, anche d'ufficio del verbale di distruzione di documenti formati mediante intercettazioni illegali o raccolta illegale di informazioni (art 240): ci troviamo di fronte a un'ipotesi di irripetibilità originaria. Infine l'art 512-*bis* prevede su richiesta di parte e tenuto inoltre conto degli altri elementi di prova acquisiti, la possibilità di lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero se essa essendo stata citata non è comparsa e solo nel caso in cui non è possibile l'esame dibattimentale. L'art. 514 dispone in merito alle letture vietate, menzionando il divieto di lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato, dalle persone indicate nell'art 210 e dai testimoni alla polizia giudiziaria al pubblico ministero o al giudice, nel corso delle indagini preliminari o udienza preliminare. Può essere disposta la lettura solo se queste dichiarazioni in udienza preliminare siano state rese nelle forme previste dagli articoli 498 e 499. È vietata inoltre la lettura degli atti di documentazione delle attività compiute dalla polizia giudiziaria, salvo l'ufficiale o l'agente di polizia siano esaminati come testimoni. Per effetto di provata condotta illecita: è l'ipotesi in cui la mancata attuazione del contraddittorio costituisce l'effetto di provata condotta illecita, cioè comportamenti contrari al diritto, finalizzati ad indurre il dichiarante a sottrarsi al contraddittorio. L'imputato impedisce la formazione dibattimentale della prova, intimidendo i testimoni: ma l'ordinamento reagisce all'inquinamento del contraddittorio

⁴ Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio.

⁵ Corte cost., n. 20 del 1995.

dichiarando l'utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni rese (art. 500, co. 4). Il fenomeno è stato definito da C. Conti come una rinuncia fittizia al diritto al confronto,⁶ mentre altri descrivono il fenomeno come congegno volto a "sanzionare" l'illecito perpetrato⁷.

2.2. Lesione del principio e relative sentenze

DRASSICH C. ITALIA (sent. n. 25575/04 dell'11 dicembre 2007)

È diritto dell'imputato essere informato, in tempo utile, non soltanto dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche – e in modo dettagliato – della qualificazione giuridica data a questi ultimi. Nel caso di specie la Corte ha notato che il ricorrente era stato condannato in relazione all'art. 319-ter (corruzione in atti giudiziari) senza che la modifica del *nomen iuris* fosse stata indicata nel rinvio a giudizio o comunicata all'imputato in alcuna fase della procedura. Nel constatare la violazione del paragrafo 3 lett. a) e b) dell'articolo 6 Cedu combinato con il paragrafo 1 dello stesso articolo, la Corte ha indicato nella riapertura del processo il mezzo più appropriato per rimediare a tale violazione.

L'art. 429, co. 1, lett. c), c.p.p. del nostro ordinamento impone che nel decreto che dispone il giudizio – dunque, nell'atto di imputazione 'definitivo' vi sia l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto (a pena di nullità) e la mera *indicazione* dei relativi articoli di legge. Tant'è che, ha affermato la giurisprudenza di legittimità, ove il fatto sia precisato in modo estremamente puntuale e dettagliato, la mancata indicazione degli articoli di legge non determina nullità, purchè non insorga alcun equivoco all'espletamento di una completa ed integra difesa. D'altra parte, il diritto alla prova delle parti nel processo penale è costruito dal legislatore proprio in relazione al fatto oggetto d'imputazione – e non, dunque, al *nomen iuris*, e la stessa disciplina della modifica dell'imputazione (in udienza preliminare, in dibattimento e nel corso del giudizio abbreviato) si articola intorno ai concetti di "fatto nuovo" e "fatto diverso". Deve riconoscersi, allora, che è consentito al giudice modificare la qualificazione giuridica, purchè sia conservata l'identità del fatto e sia dunque osservato il principio di correlazione tra accusa e sentenza, posto a presidio del

⁶ CONTI, *Le due anime del contraddittorio*, cit., 202.

⁷ CESARI, *Giusto processo*, cit., 65, nota 19; SACCUCCI, *L'incidenza della Convenzione Europea*, cit., 312.

diritto di difesa (art. 521 c.p.p.). Tali principi, capisaldi dell'ordinamento processuale italiano, sono stati 'messi in crisi' dalla pronuncia della Corte europea nel caso *Drassich*, tanto da far ritenere ai più necessaria una 'rivisitazione' del principio di correlazione tra accusa e sentenza per non porsi in contrasto con il diritto dell'imputato ad un processo equo, nei termini stabiliti dall'art. 6 Cedu. I giudici di Strasburgo hanno ribadito, infatti, che l'art. 6 § 3 riconosce all'imputato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono contestati e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti. In sostanza, hanno affermato la necessità di un contraddittorio tra le parti anche nel momento (tipicamente giurisdizionale) della riconduzione del fatto processuale alla fattispecie giuridica, ponendo così dei limiti al potere del giudice di disporre d'ufficio la riqualificazione giuridica ritenuta più corretta. La Corte ha poi continuato affermando che "se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva". Dapprima la Corte di cassazione nella sentenza n. 22301 dell'8 giugno 2012, ha riaffermato non solo la piena validità della regola di sistema contenuta nell'art. 521 c.p.p., ma ha piuttosto ricercato (e trovato) la copertura convenzionale nonostante la sentenza *Drassich*, mantenendo fermo quel meccanismo di osmosi che deve caratterizzare i rapporti tra l'ordinamento interno e quello europeo. Successivamente la stessa Corte ha affermato che l'obbligo di correlazione tra imputazione contestata e sentenza non può ritenersi violato da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi le possibilità di difesa dell'imputato. Ciò in quanto la nozione strutturale di "fatto" contenuta negli artt. 521 e 522 c.p.p., va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata e decisione giurisdizionale risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi.

SENTENZA DE FRANCESCO (Cass., Sez. un. 25 novembre 2010, n. 27918)

Quando impugnante è il P.M., il giudice d'appello non può riformare la sentenza e pronunciare condanna senza avere assunto nuovamente in contraddittorio le prove dichiarative "disponibili" a carico dell'imputato.

La questione riguardava l'utilizzo in giudizio di dichiarazioni rese in indagini da persone residenti all'estero. La materia, già oggetto di contrasti giurisprudenziali prima della modifica apportata all'art. 512-bis c.p.p. dall'art. 43 legge n. 479 del 1999, ha continuato ad essere percorsa da dubbi interpretativi in ordine ai presupposti necessari per la lettura di verbali preliminari, qualora questi non siano "rimpiazzati" dall'escussione dibattimentale della relativa fonte di prova, persona residente all'estero non più sentita in dibattimento. Il vecchio testo dell'art. 512-*bis* c.p.p. (frutto della legislazione emergenziale del 1992) appariva certamente incompatibile con il rinnovato quadro costituzionale: difatti, una sorta di irripetibilità «di comodo» legittimava il recupero del verbale investigativo quando il teste straniero non fosse stato citato oppure qualora, una volta citato, non fosse comparso, confondendo in sostanza le ragioni oggettive e non di sopravvenuta impossibilità di assunzione della fonte. Contestualmente all'opera di aggiornamento costituzionale culminata nella modifica dell'art. 111, il legislatore, consapevole delle crepe presenti nel sistema, ha innovato l'art. 512-*bis* c.p.p.: tuttavia, ad oggi perdurano incertezze sull'effettività dei tentativi di citazione del testimone e sulla natura reale dell'impossibilità assoluta di sentirlo in giudizio. Le letture dibattimentali – di per sé espressione di una deroga all'oralità – si collocano al confine dell'area consentita dalla Costituzione: trovano legittimazione in esigenze eccezionali, che il sistema protegge a precise condizioni. La prima richiede che il testimone residente all'estero sia stato citato ma, ciò nonostante, non sia comparso. Il primo dubbio investe allora la natura della ricerca demandata al giudice affinché possa dirsi che il teste citato non sia comparso per accertata impossibilità di natura oggettiva. Sappiamo che l'ordinamento non mette a disposizione strumenti coattivi per obbligarlo a tornare in Italia, ma l'obiettivo è sempre quello di tentare una effettiva e valida citazione. Del resto – prosegue la sentenza in esame – oltre allo strumento predisposto dall'art. 727 c.p.p., esiste la possibilità della rogatoria concelebrata, la cui impraticabilità andrebbe motivata nella sentenza che decidesse di condannare senza aver tentato di garantire all'imputato un confronto con il suo accusatore. In secondo luogo, perché la lettura sia legittima e le deposizioni utilizzabili, occorre che sia assolutamente impossibile l'esame dibattimentale: il che significa che non sono sufficienti mere difficoltà logistiche per ritenere soddisfatta la condizione voluta dalla legge, ma occorre che l'impossibilità dell'esame sia accertata e di natura oggettiva, come richiesto dall'art. 111 co. 5 Cost. Ancora una volta, l'ordinamento sembra suggerire la via della rogatoria mista, ma almeno non ci si fermi al mero dato dell'assenza del teste, riscontrata a fronte della correttezza formale

della citazione. A margine (ma non troppo) di questo primo tema, la S.C. si attarda sulle ragioni della mancata notifica: infatti, le difficoltà di raggiungere una persona all'estero rendono arduo comprendere se il destinatario abbia deciso di non ricevere la notifica. La deposizione di chi si sia volontariamente e liberamente sottratto al confronto con l'accusato non può divenire strumento per decretarne la colpevolezza (art. 111 co. 4, seconda parte, Cost. e art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p.), saldandosi con il diritto costituzionale di interrogare o far interrogare chi rende dichiarazioni a carico dell'imputato. Di conseguenza, solo una ricerca effettiva e che abbia sfruttato ogni mezzo a disposizione del giudice permette di escludere la ventilata possibilità, assolvendo alla prima condizione di utilizzabilità di dichiarazioni non riscontrate.

SENTENZA DAN. C. MOLDAVIA (Cedu Sez. III del 5 luglio 2011)

Il giudice d'appello, ove intenda riformare in "peius" una sentenza assolutoria, ai sensi dell'art 603 c.p.p. non è obbligato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, ad eccezione del caso in cui ritenga decisiva la prova testimoniale ed intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità della stessa.

Secondo il ricorrente, il processo davanti la Corte d'appello era stato celebrato in modo in giusto in quanto, la stessa Corte, lo aveva condannato senza aver riascoltato nuovamente i testimoni dell'accusa. Il Governo ha obiettato sostenendo che il procedimento era stato pubblico ed equo, che il ricorrente aveva avuto la possibilità di citare i testimoni della difesa, ed infine che tutte le garanzie dell'art 6 Cedu erano state osservate, pur sempre adattandole all'ordinamento giuridico interno. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la prova contro l'imputato era la dichiarazione dei testimoni, secondo i quali egli ha sollecitato e ricevuto una tangente. Il giudice di primo grado aveva assolto l'imputato, non avendo creduto ai testimoni, dopo averli ascoltati di persona. Nel riesaminare il caso la Corte d'appello non ha confermato il precedente giudizio, ritenendo attendibili le dichiarazioni testimoni dell'accusa non dopo averli riascoltati, ma semplicemente riproducendo un file registrato.

La Corte ritiene che coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati, devono in linea di principio devono ascoltare i testimoni in prima persona per poter valutare la loro attendibilità. La valutazione di attendibilità risulta essere un compito estremamente complesso, perciò non può essere soddisfatto da una semplice lettura o riproduzione audio delle dichiarazioni. Naturalmente ci sono casi in cui non è possibile ascoltare un testimone in prima persona in un processo (si pensi ad esempio al decesso), ma non è questo ovviamente il caso. In conclusione la

Corte ritiene che vi è stata una evidente violazione dell'art 6, co. 1 Cedu. Anche sentenze successive della Corte Europea (Manolachi c. Romania e Flueraș c. Romania, entrambe del 2013) hanno confermato la stessa linea interpretativa: è iniquo il processo che, in secondo grado, conduce alla condanna dell'imputato attraverso la rivalutazione su base esclusivamente cartolare della testimonianza, senza passare attraverso la diretta audizione delle parti. Il principio del contraddittorio caratterizza strutturalmente la *fairness* processuale. Un aspetto di tale principio è costituito dal diritto di difesa, infatti se mancasse la possibilità di difendersi, non vi sarebbe spazio per la dialettica tra le parti contrapposte: non potrebbero esporre le ragioni proprie e controbatte quelle avversarie. Il contraddittorio comunque presenta un essenziale valore euristico - epistemologico, in ragione della considerazione del metodo dialettico come quello migliore finora escogitato per l'accertamento della verità⁸. La verità non è il risultato di semplici operazioni algebriche o meccaniche, né la sentenza è un mero prodotto sillogistico. L'intelletto e l'etica sono chiamati a svolgere un compito essenziale, ma estremamente difficile, considerando il trasporto emotivo da cui ogni uomo, sia giudice o patrocinante, viene pervaso⁹. Aristotele in "Retorica" afferma: "non deve il giudice sentenziare sempre dalle cose necessarie, ma dalle verisimili ancora". Aggiunge inoltre, nello stesso passo, che è questo il miglior modo di decidere le controversie e che "non basta confutare un argomento perché non è necessario ma si deve confutarlo perché non è verosimile". S'intende dire, scartando lo scetticismo radicale del giurista, che funzione cognitiva e fine di verità, debbono fare necessariamente i conti con il carattere probabilistico dell'accertamento probatorio. L'estrema lunghezza dei processi, e il relativo accertamento della verità, è tra i disagi più importanti del nostro paese: si stimano debiti all'incirca per 387 milioni di euro dello Stato verso i cittadini per i processi troppo lunghi e l'Italia stessa, ormai sempre più spesso, viene condannata dall'Unione Europea in merito alla relativa inosservanza dei termini. Uno dei casi più noti dove questo accertamento risulta essere problematico è quello relativo al delitto di Garlasco, dell'agosto del lontano 2007. A sette anni o poco meno dal delitto, se ne torna a parlare in un'aula di giustizia, quella della terza Corte d'assise di Milano. Non sono bastate due assoluzioni a scagionare il fidanzato della vittima, Chiara Poggi, dall'accusa di esserne stato l'assassino. Incredibile la lunghezza del giudizio definitivo. L'imputato Alberto Stasi dovrà ancora difendersi poiché la Cassazione, qualche tempo fa, nell'esaminare la

⁸ UBERTIS, *Sistema di procedura penale, Principi generali*, Torino, 2004, 84. Cfr. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. V. Little, Brown and Company, Boston, 1940, 29.

⁹ ARNÒ, *Ascolto giustizia e verità nel contraddittorio giudiziario*.

sentenza d'appello che lo sollevava da ogni responsabilità, ha ordinato una sorta di riesame. In altri termini, l'appello è da rifare perché i giudici di terzo grado sono convinti che non tutti gli indizi siano stati valutati appieno. Cosicché, nonostante Stasi sia stato processato con rito abbreviato una prima volta (assolto) e una seconda (assolto) con tutti i crismi della legalità, è ancora ai nastri di partenza, come se fino adesso le toghe avessero scherzato. Sette anni sono lunghi da passare. Ma non conta. Il nostro sistema farraginoso prevede sempre la possibilità di rifare tutto. In effetti, si ricomincia. In sostanza sono tre gli accertamenti su cui pg Laura Barbaini e il legale dei Poggi puntano: la ripetizione dell'esperimento della cosiddetta camminata di Stasi sulla scena del crimine, estendendolo anche ai primi due gradini della scala su cui fu trovata senza vita Chiara e che Alberto dice di aver sceso; le analisi, mai effettuate, per individuare il dna mitocondriale da un capello castano chiaro trovato nel palmo della mano sinistra di Chiara e sui margini delle unghie della ragazza; la bicicletta nera da donna nella disponibilità degli Stasi e di cui è stato chiesto il sequestro alla luce della testimonianza di Franca Bermani, la vicina di casa che aveva raccontato di averne visto una simile appoggiata al muretto della villetta dei Poggi proprio la mattina dell'omicidio.

Problemi relativi alle prove (sopravvenute) si presentano soprattutto nel rito abbreviato. Il vario susseguirsi di pronunce di legittimità sul tema riguardante il potere officioso di integrazione probatoria nel giudizio abbreviato, soprattutto per circoscriverne i limiti, suggerisce l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite. Negli ultimi tempi, infatti, si è assistito a pronunce di segno opposto sul raggio di applicazione dell'art. 441, co. 5, c.p.p.

Ebbene, il dato letterale prevede "Quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione. Resta salva in tale caso l'applicabilità dell'articolo 423". Il Giudice ha così modo di intervenire, spesso con arbitrio e faziosità di incarico, nell'opera ricostruttiva delle prove, rivestendo un ruolo quasi di "supplemento" alle deficienze della Pubblica Accusa.

La verità, come afferma Giovanni Canzio, è oggi una parola messa al bando della grammatica delle leggi¹⁰: processi troppo lunghi, le ormai frequenti difficoltà di decisione della Suprema Corte, la "minaccia" dei riti alternativi. Sono proprio questi ultimi che mettono a rischio l'instaurazione del giusto processo, derogando al principio della dialettica processuale, il quale, come ricordato sopra, è espressamente enunciato nell'art. 111 della nostra Costitu-

¹⁰ CANZIO, *Il ragionamento probatorio del giudice di merito e il vizio di logicità della motivazione*, Consiglio Nazionale Forense (VI Congresso Giuridico forense per l'aggiornamento professionale), Roma, 18 marzo 2011.

zione, ove appunto si afferma che il processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità; mai dimenticando che tutto questo avviene sempre davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

3. Il diritto di difesa

Il Diritto di difesa è uno dei principali diritti riconosciuti all'imputato nell'ambito del diritto processuale penale. Il diritto di difesa è tecnico e sostanziale. Si ha la prima accezione nel momento in cui si ha il diritto e dovere di avere un difensore che guida la parte nel processo tramite consigli tecnici; la seconda con la titolarità dell'imputato stesso che sceglie la tesi sulla quale dibattere la propria posizione. Il diritto di difesa si articola in vari aspetti:

- nessuno può essere obbligato a rendere dichiarazioni autoincriminanti. Fondamentale in tal senso è la forma d'interrogatorio dell'imputato disciplinata dall'art. 64 c.p.p.
- diritto di tacere, connesso anche al diritto di essere informato a riguardo
- diritto alla contestazione del fatto
- diritto di nominare uno o due difensori o di essere assistito in mancanza da un difensore d'ufficio
- diritto al contraddittorio nella formazione della prova
- diritto alla prova

sottolineiamo il fatto che il principio del contraddittorio rappresenta la garanzia secondo la quale nessun imputato può patire gli effetti di una sentenza, senza avere avuto la possibilità di essere parte del processo da cui la stessa proviene. La regolare costituzione del contraddittorio è dunque un principio fondamentale del processo civile, tributario, penale ed amministrativo che scaturisce dall'articolo 111 della Costituzione Italiana. Nello specifico questo significa che ognuna delle parti deve essere messa in condizione di conoscere ogni richiesta e deduzione dell'altra parte e di esprimere le proprie osservazioni in proposito, come concesso alla parte attrice. Il principio del contraddittorio è molto importante poiché permette a ciascuna delle parti di mostrare alle altre e al giudice l'insieme dei dati ritenuti più idonei al supporto della propria tesi, proponendo analoghi elementi presentati dalle altre parti. Questo concetto comporta che alle parti sia riconosciuta una posizione di parità. Introduce quindi il concetto di parità delle armi e al diritto di difesa. Esso tuttavia non è tanto uno strumento di lotta tra le parti, quanto un mezzo operativo del giudice nella formulazione del giudizio a seguito della formazione della

prova. “Nel processo il contraddittorio diventa il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti. Siamo nell’ambito di una logica non del necessario e dell’inevitabile, ma del probabile e del ragionevole”¹¹. Il contraddittorio postula sempre un elemento triadico: il fine primario ed ineludibile del processo penale è quello della ricerca della verità, quindi la scelta della dialettica dibattimentale ha a che fare con la rispondenza del sistema della formazione della prova all’individuazione del fatto illecito (reato) per comminarne la conseguenza (pena e misura di sicurezza). Dopo la novella costituzionale dell’articolo 111, nonché la sent. 440\00 del Giudice delle leggi, il contraddittorio nella formazione della prova durante il processo penale è specificatamente dichiarato nella “dimensione oggettiva” quale modo di investigazione giudiziale dei fatti, oltre ad essere dichiarato nella sua “dimensione soggettiva” come diritto dell’imputato di confrontarsi con il suo accusatore¹².

Corte cost.¹³ n. 440 del 2000: il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nella prima parte del co. 4 (dell’art. 111 cost.), mediante la formulazione “il processo pensale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”, ed è richiamato anche nella sua dimensione soggettiva, cioè quale diritto dell’imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel co. 3 del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata “la facoltà davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”. Il principio trova poi una specifica puntualizzazione nella regola, dettata dalla seconda parte del co. 4, secondo cui “la colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore”.

Diventano dunque indispensabili circostanze quali il diritto dell’indagato o dell’imputato di essere informato tempestivamente sulle accuse mossegli; il diritto di disporre di un termine adeguato per approntare una difesa efficace; il diritto di difendersi da sé o con l’aiuto di un difensore; il diritto di interrogare ed ascoltare dal vivo i testimoni d’accusa, il diritto di ottenere

¹¹ PICARDI, *Il principio. Sul criterio della ragionevolezza, vedi EDG, Ragionevolezza*, 991-992.

¹² Sentenza corte costituzionale 440\2000 nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 500, secondo comma-bis e quarto, e 512 del codice di procedura penale, promosso, in un procedimento penale, con ordinanza emessa il 22 marzo 2000 dalla Corte di assise di Nuoro, iscritta al n. 286 del registro ordinanze 2000 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 23, prima serie speciale, dell’anno 2000.

¹³ UMBERTIS, *La ricerca*, 2008, 419 ss.

l'assunzione o l'ammissione dei testimoni a discarico, il diritto del detenuto al controllo della legittimità della detenzione; il diritto all'assistenza linguistica per mezzo di interpreti qualora non si conosca la lingua ufficiale, il principio di non bis in idem. Il contraddittorio si pone come strumento consolidato per la ricerca della verità.

In conclusione in relazione a tal argomento possiamo dire che la dialetticità della prova è da reputare salvaguardata quando, per consentire al giudice di fondare sul fenomeno probatorio la propria pronuncia, venga considerato essenziale il contributo delle parti: e ciò può avvenire sia attraverso la garanzia della loro partecipazione alla formazione dell'elemento di prova costituendo ovvero all'adduzione di quello inevitabilmente precostituito sia attraverso il riconoscimento ad opera delle medesime, e non di una sola di esse, che quanto diversamente conseguito corrisponde a ciò che sarebbe ottenibile con il vaglio del contraddittorio, e specificatamente del dibattimento, il quale esprime anche così la sua funzione di garanzia probatoria. Ogni soggetto dunque indipendentemente dalla propria posizione giuridica e dai reati da egli commessi deve essere messo nella condizione di poter usufruire del diritto alla difesa a lui garantito, nel merito possiamo citare a fine probatorio di tale tesi la sentenza 143 del 2013 della Corte costituzionale¹⁴. Con la sentenza numero 143 del 2013 possiamo infatti notare come la Corte costituzionale abbia dichiarato illegittimo l'art. 41-*bis* dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui stabilisce limiti tassativi ai colloqui tra detenuti e difensori. Il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 41-*bis*, co. 2-*quater*, lettera b), promosso da un Magistrato di sorveglianza di Viterbo in riferimento agli articoli 3, 24 e 111, terzo comma della Costituzione verteva sulla problematica relativa alle restrizioni in forza delle quali i detenuti sottoposti al regime penitenziario speciale si trovavano ad effettuare con i difensori, «fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», pari rispettivamente a dieci minuti e a un'ora. Secondo la Corte Costituzionale «per il modo in cui sono congegnate, si traducono in un vulnus del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'articolo 24, co. 2, Cost.». La vicenda prende le mosse da un reclamo proposto da un detenuto, in seguito al rifiuto con cui il direttore della casa circondariale di Viterbo aveva respinto la richiesta del reclamante volta ad ottenere un colloquio visivo con un avvocato, designato come suo difensore di fiducia in un procedimento penale pendente davanti al Tribunale

¹⁴ Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Magistrato di sorveglianza di Viterbo sul reclamo proposto da G.D. con ordinanza del 7 giugno 2012, iscritta al n. 241 del registro ordinanze 2012 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 43, prima serie speciale, dell'anno 2012.

di Palmi. Diniego basato per l'appunto, sul disposto dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lettera b). Attraverso il reclamo il detenuto aveva lamentato l'avvenuta lesione del proprio diritto di difesa, eccependo l'illegittimità costituzionale della norma posta a base della decisione del direttore. Il Magistrato di sorveglianza di Viterbo nel sollevare la questione alla Consulta dubita della legittimità costituzionale dell'articolo 41-*bis*, co. 2-*quater*, lettera b), in quanto la parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori violerebbe l'art. 3 Cost., riservando ai detenuti in regime speciale un trattamento deteriore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti, non giustificabile né con la loro maggiore pericolosità, la quale non potrebbe incidere in senso limitativo sull'esercizio del diritto di difesa; né con un minore livello delle esigenze difensive, avendo, al contrario, i detenuti in regime speciale esigenze difensive solitamente maggiori rispetto ai detenuti "comuni", in correlazione al più elevato numero e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico; l'art. 24 Cost., determinando una evidente compressione del diritto di difesa del detenuto, a fondamento della quale non potrebbe essere invocata l'esigenza di impedire contatti con i membri dell'organizzazione criminale di appartenenza, non essendo tale esigenza riferibile ai rapporti con i difensori, i quali non potrebbero essere normativamente gravati «del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione» e, infine, l'art. 111, co. 3, Cost., giacché le limitazioni censurate impedirebbero ai detenuti in questione, spesso contemporaneamente coinvolti in una pluralità di procedimenti penali, di disporre del tempo necessario per preparare efficacemente la propria difesa.

La Consulta ha giudicato la questione fondata con riferimento all'art. 24 Cost. Ad avviso sia della Corte Costituzionale che della Corte Europea di Strasburgo, infatti, la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica e, dunque, anche il diritto, ad essa strumentale, di conferire con il difensore ("il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica, alla luce del disposto dell'art. 6, § 3, lett. c), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. A fronte della modifica apportata al secondo periodo del co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* la compressione del diritto ai colloqui difensivi consegue, al pari delle altre restrizioni normativamente prefigurate, in modo automatico e indefettibile all'applicazione del regime detentivo speciale (al riguardo, sentenza n. 190 del 2010) e lo accompagna per tutta la sua durata, fissata ora in quattro anni, con possibilità di proroga per successivi periodi, ciascuno pari a due anni (co. 2-*bis*). I limiti in questione operano d'altro canto invariabilmente, a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari (o, am-

plus, contenziosi) nei quali il detenuto è (o potrebbe essere) coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare. In conclusione, tali restrizioni, per il modo in cui sono congegnate, si traducono in un vulnus del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'art. 24, co. 2, Cost.¹⁵ Specificata dunque l'inviolabilità del diritto alla difesa dell'imputato, anche a seguito della modifica estremamente importante risultante dalla precedente sentenza, andiamo ora a soffermarci sull'articolazione interna di tale diritto e sulla sua effettiva applicazione pratica prestando particolare attenzione alla relazione intercorrente tra l'imputato ed il suo difensore nella composizione di una struttura difensiva efficiente ai fini dello scagionamento. Sappiamo che l'imputato possiede l'assoluto diritto di difendersi dalle accuse a lui mosse non solo tacendo e quindi avvalendosi del riconosciuto "diritto al silenzio" ma anche "mentendo" ossia effettuando una ricostruzione del dato fattuale su cui deve celebrarsi il processo, non vera. A questo punto sicuramente risulta importante analizzare secondo una duplice prospettiva tal tipo di affermazione poiché se è vero che l'imputato possiede il pieno diritto ad elaborare una ricostruzione dei fatti non direttamente confacente alla realtà al fine di scagionarsi, interessante è cercare di comprendere il comportamento che il difensore debba assumere davanti a tale atteggiamento di autodifesa da parte del cliente. In pratica occorre indagare se sussista il diritto di mentire da parte dell'imputato e, successivamente, quale deve essere l'atteggiamento del difensore a fronte della scelta dell'imputato di fornire la "sua" ricostruzione dei fatti per i quali risponde, mentendo, e quindi versando nel processo prove non genuine o ricostruzioni fattuali fantasiose. Nonostante il certo stupore che l'affermazione potrà manifestare, assodato nel nostro ordinamento è il fatto che l'imputato possa mentire e tanto si evince da evidenti e chiari riferimenti normativi costituzionali e non. Se infatti, il diritto di difesa, è, secondo il dettato dell' art. 24 Cost., inviolabile, ne discende che l'imputato ha il diritto di difendersi nel modo che ritiene più opportuno e con le modalità che reputa più convenienti. Se l'imputato, al fine di resistere all'accusa che gli viene mossa, decide di effettuare una ricostruzione della sua condotta difforme dal vero, questo suo atteggiamento rientra a pieno titolo nel suo inviolabile diritto di difesa. A questo si aggiunga che, le regole che governano l'istruzione dibattimentale, non prevedono, per l'imputato, al momento in cui deve sottoporsi all'esame

¹⁵ Redazione Giurisprudenza penale 25 Giugno 2013.

ex art. 503 c.p.p., l'obbligo del giuramento previsto per i testimoni ed i consulenti.¹⁶

L'imputato non viene avvertito di tale obbligo, non viene avvertito delle responsabilità previste dalla legge penale per chi depone il falso o è reticente, e non giura. Ne consegue che non avendo un obbligo di dire la verità, l'ordinamento gli concede la possibilità di mentire. Il concetto investe sia il momento dell' autodifesa sia il momento della difesa tecnica vera e propria, atteso che la seconda ammantava la prima preparandola e rendendola più efficace. Non sarebbe tuttavia corretto definire il diritto a mentire da parte dell'imputato un diritto assoluto poiché quest'ultimo, o più propriamente questa facoltà dell'indagato, incontra dei limiti di carattere ordinamentale e di carattere processuale:

a) il reato di calunnia se il mendacio dell'imputato coinvolge altre persone.

b) La possibilità (o il rischio) che esso non superi il vaglio dibattimentale e quindi si ritorca, strategicamente, contro l'imputato, non convincendo il Giudice o i Giudici che emetteranno la sentenza.

L' imputato quindi, a fronte delle accuse a lui mosse compie delle scelte:

a) rispondere o non rispondere; b) rispondere parzialmente; c) rispondere dicendo la verità; d) rispondere mentendo senza coinvolgere gli altri; e) rispondere mentendo coinvolgendo altri soggetti con le conseguenze ai sensi dell'art 368 c.p.

La ricostruzione alternativa e mendace da parte del soggetto che subisce il processo deve essere munita di credibilità e coerenza di modo tale da poter essere capace di essere recepita come vera o quantomeno possibile, da parte del soggetto o dei soggetti che eserciteranno il potere giudicante. A questo proposito le dichiarazioni processuali dovranno apparire logicamente corrette e consequenziali ai fatti di causa così come emergenti dagli altri atti processuali. Spiegata la posizione del soggetto imputato resta tuttavia da specificare ora il ruolo del difensore e suoi obblighi. La domanda che infatti si è portati a porsi è il se, ed il fino a quale punto il difensore possa avallare le dichiarazioni false di un cliente al fine di ottenere l'assoluzione di esso.

¹⁶ In altri ordinamenti, soprattutto di *common law*, l'imputato che voglia essere interrogato presta giuramento e la sua deposizione ha valore di prova piena (salvo il limite della falsa testimonianza). In tal senso, in Italia, vi è stato il progetto di riforma elaborato da Paolo Tonini e Paolo Ferrua (vd. *Cass. pen.*, 2000, 1593, 2868 e seguenti) .

Il punto è delicato e di grande attualità. Il difensore sicuramente non può introdurre prove false nel processo (ad es. documentazione che egli sa di provenienza artefatta e non genuina), e questo è sanzionato dall'art. 14 del codice deontologico, né può, in sede di indagini difensive, verbalizzare soltanto le dichiarazioni "convenienti" ed escludere quelle "sconvenienti" per la difesa, semmai, una volta compiuto l'atto di indagine difensiva può decidere se utilizzarlo oppure no¹⁷. Ma può impedire al proprio cliente di mentire ossia di effettuare una ricostruzione dei fatti non vera? L'imputato ha il diritto di difendersi come crede e l'avvocato ha l'obbligo di difesa. Se la ricostruzione dei fatti effettuata dall'imputato per difendersi o per garantire un alibi o per giustificare un suo comportamento è "logicamente corretta" e quindi plausibile e credibile, il difensore può consentire che il proprio assistito la effettui dinanzi al Giudice, se invece la ricostruzione è mal congeniata e appare non credibile agli occhi del giudicante, il dovere di difesa impone che l'avvocato consigli al proprio assistito di non effettuarla e quindi o di avvalersi del diritto di non rispondere oppure di dare una versione diversa dei fatti. L'obiettivo dunque è essenzialmente rivolto al conseguimento del miglior risultato ottenibile per l'assistito e nel momento in cui la ricostruzione, seppur non vera, risulti efficace, il difensore non può tradirla perché così verrebbe meno ai suoi obblighi. È notorio infatti che l'art. 380 del codice penale punisce la condotta del patrocinatore infedele: "Il patrocinatore che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi l'Autorità Giudiziaria, è punito con la reclusione da 1 a 3 anni e con la multa non inferiore ad € 516. La pena è aumentata se il fatto è stato commesso a danno di un imputato. Se ne deduce che l'avvocato difensore è obbligato a tutelare, pena il patrocinio infedele, gli interessi del proprio cliente salvo il limite della consapevole introduzione in giudizio di prove false. In merito alle considerazioni fin qui svolte, a livello dottrinale si sono sviluppati pensieri difformi lasciando intravedere un panorama variegato di posizioni nel merito; autori autorevoli ritengono che l'avvocato non solo non possa introdurre consapevolmente prove false, ma addirittura non debba valorizzare a profitto del proprio cliente pro-

¹⁷ Codice deontologico forense approvato dal CNF nella seduta del 17 aprile 1997 con le modifiche introdotte il 16 ottobre 1999 ed il 26 ottobre 2002, art. 14: "Dovere di verità. Le dichiarazioni in giudizio relative alla esistenza o inesistenza di fatti obiettivi, che siano presupposto specifico per un provvedimento del magistrato, e di cui l'avvocato abbia diretta conoscenza, devono essere vere. I l'avvocato non può introdurre intenzionalmente nel processo prove false. In particolare, il difensore non può assumere a verbale né introdurre dichiarazioni di persone informate sui fatti che sappia essere false".

ve da altri assunte e delle quali gli è nota la sicura falsità¹⁸. Altri ritengono che compito dell'avvocato non sia la ricerca della verità quanto piuttosto la garanzia ad un giusto processo da assicurare al soggetto cercando di garantire a quest'ultimo una difesa efficiente e completa. Tuttavia nessuno può obbligare a decidere in anticipo della verità di una prova esistente nelle carte processuali, l'avvocato ha il dovere di salvaguardare gli interessi del cliente non di giudicare sulla genuinità delle prove esistenti, sicché possiamo concludere, sarà certamente attento a non introdurre prove false e ad ignorare prove che il Giudice ha mostrato di ritenere superflue, ma sarà altrettanto strenuamente proteso a mettere in evidenza tutte le dichiarazioni, le documentazioni, gli atti, in uno a tutto il materiale probatorio che possa sortire l'effetto agognato dall'imputato-cliente. E, in definitiva, se, tra questo materiale, la ricostruzione dei fatti "non vera" effettuata dall'imputato, sarà stata capace di sortire l'effetto di far dichiarare non colpevole il cliente, vorrà dire non che ha vinto il mendacio, ma che l'accusa portata nei confronti di quel cittadino non è stata sufficientemente capace di convincere il Giudice, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'imputato andasse condannato. L'accusa era così debole che non ha resistito al vaglio dibattimentale¹⁹.

4. La pubblicità del processo

Fra i diritti fondamentali enunciati dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi CEDU) all'art. 6 è sancita solennemente la garanzia individuale del diritto a un equo processo.

Il paradigma del processo equo, come delineato dall'art. 6, CEDU, si compone di un'articolata serie di garanzie, egualmente solenni e inviolabili, che ciascuna Parte della Convenzione deve assicurare nel proprio diritto interno affinché possa dirsi che riconosca tale diritto fondamentale.

Elementi quali il diritto a un giudice terzo e imparziale costituito per legge, il diritto alla pubblicità del processo, il diritto al contraddittorio e alla difesa ad armi pari, la presunzione di innocenza fino a quando la colpevolezza dell'accusato non sia legalmente accertata e il diritto allo svolgimento del pro-

¹⁸ Sul punto appaiono illuminanti le parole scritte sul tema da Ettore Randazzo, già Presidente UNCPI e oggi direttore scientifico del Corso di II livello di formazione specialistica dell'avvocato penalista, nel libro "L'avvocato e la verità" editore Sellerio (pag. 53 e seguenti): "l'avvocato è certamente tenuto a valorizzare tutti gli elementi che la vicenda giudiziaria offre a favore del cliente. Il limite, che poi è il viatico di ogni cittadino, è costituito dalla legalità: nel rispetto di essa, si possono formulare tesi non fondate né veritiere, delle quali tuttavia l'avvocato non deve in alcun modo farsi personalmente garante dinanzi al Giudice. Parimenti il difensore può, e talvolta deve, utilizzare elementi testimoniali o documentali falsi, che siano stati introdotti in giudizio da altro soggetto processuale."

¹⁹ Articolo scritto da: Avv. Filippo Castellaneta il 19 maggio 2009 "*Il diritto dell'imputato di mentire*".

cesso in una lingua comprensibile all'imputato, sono considerati indefettibili e ineludibili, e di conseguenza, concorrono alla concretizzazione della giustizia e dell'equità di un processo.

L'art.6, par. 1, CEDU, ispirandosi all'assunto per cui "*not only must justice be done; it must also be seen to be done*"²⁰, dispone che ciascuna tipologia di procedimento giudiziario deve svolgersi in pubblica udienza, inserendo il diritto alla pubblicità del processo penale o allo svolgimento c.d. "a porte aperte" fra gli elementi coessenziali per il rispetto del diritto a un equo processo.

Una solida prova della rilevanza globale del principio di pubblicità dell'amministrazione della giustizia è data dalla sua menzione in testi come il P.i.d.c.p., la Convenzione americana sui diritti umani e la stessa Costituzione degli Stati Uniti d'America.

L'autorità giudiziaria, e nello specifico il giudice competente a pronunciarsi sul caso²¹, ha il dovere di acquisire in un dibattimento pubblico tutti gli elementi sfavorevoli all'imputato che confluiranno poi nella decisione finale.

In sostanza, il materiale gnoseologico che il giudice utilizzerà per formare il proprio convincimento dovrà esser composto di elementi la cui acquisizione è passata attraverso il filtro del dibattimento pubblico²².

Aspetti problematici sorgono rispetto all'individuazione dei soggetti che giovano di tale garanzia.

Se da un lato può qualificarsi come diritto individuale che tutela le libertà dell'imputato dall'attività giudiziaria, sotto un certo aspetto, considerando che la pubblicità dello svolgimento dei poteri fondamentali è il tipico requisito che nei regimi democratici consente alla collettività il controllo e quindi la possibilità di vigilare affinché le autorità non abusino dei loro poteri, non si può ignorare la vicinanza con un diritto che appartiene alla collettività.

Tale ambivalenza è riscontrabile nel testo stesso dell'art 6, par. 1, CEDU e nella copiosa giurisprudenza della Corte europea che vi fa riferimento.

Il testo dell'art. 6, par. 1, CEDU prevede che in presenza di condizioni di natura generale (tutela della morale, della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico; possibilità di arrecare un pregiudizio agli interessi della giustizia o alla vita privata delle parti in causa), il giudice possa informare le diverse fasi procedurali al diverso principio della segretezza, negando l'accesso del pubblico e della stampa alla sala d'udienza per tutto o parte del processo. In tali casi il giudice è quindi chiamato a bilanciare il peso degli interessi in gioco, potendo decidere di sacrificare il diritto dell'individuo a un'udienza pubblica

²⁰ *King's bench division, R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, 1924.

²¹ Corte eur. dir. uomo, 8 dicembre 2000, Stefanelli c. San Marino.

²² UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, 40.

per garantire invece la tutela di esigenze che attengono alla collettività.

Sulla base di quanto appena detto, se si volesse davvero sostenere che destinatario del diritto in questione sia la collettività, dovrebbe contestualmente sostenersi che una sua violazione comporti la possibilità per ciascun cittadino, diverso dall'individuo che ha subito un processo a porte chiuse, di ricorrere contro di essa, ma ciò non è configurabile poiché i diritti indicati dalla CEDU all'art. 6 possono essere invocati solo dai soggetti direttamente coinvolti nel procedimento.

Un diritto della collettività a un processo equo mancherebbe dunque di tutela effettiva.

Dal punto di vista della pubblicità del processo come diritto soggettivo, c'è chi ha addirittura messo in discussione la sostanzialità della garanzia stessa²³, interrogandosi sulla sua effettiva utilità, mentre certa giurisprudenza della Corte EDU ne ha ammesso la rinunciabilità in presenza di una delle condizioni (di carattere generale, eccetto la tutela della vita privata delle parti in causa) che abilitano il giudice a sacrificarla, spingendosi in alcuni casi²⁴ fino a stabilire una presunzione di rinuncia o l'onere per l'interessato di richiedere che il giudizio avvenga a porte aperte (approccio quantomeno singolare trattandosi di diritti umani fondamentali).

Delineato in tal modo il perimetro applicativo della garanzia della pubblicità e alcuni suoi aspetti problematici, occorre ora concentrarsi sugli obiettivi perseguiti da essa.

La Corte EDU²⁵ dispone che "*The public character of proceedings before the judicial bodies referred to in Article 6 § 1 (art. 6-1) protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1 (art. 6-1), namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention*".

I primi due passaggi sono chiari e privi di ulteriori problematiche implicazioni.

Si sostiene che l'udienza pubblica serva a evitare che le parti subiscano uno scrutinio segreto, e che la possibilità per i cittadini di assistere all'esercizio della giurisdizione contribuisca ad accrescere la fiducia di questi nei tribunali.

Il vero nodo è rappresentato dall'ultimo passaggio in cui si dichiara che la

²³ TRECHSEL, *Human rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 120.

²⁴ Corte eur. dir. uomo, 23 Giugno 1981, *Le Compte, van Leuven e de Meyere c. Belgio*; Corte eur. dir. uomo, 21 Febbraio 1990, *Hakansson e Stureson c. Svezia*.

²⁵ Corte eur. dir. uomo, 8 Dicembre 1983, *Pretto ed altri c. Italia*.

pubblicità dell'amministrazione della giustizia semplicemente "*contributes*" (contribuisce) al raggiungimento dell'obiettivo dell'art. 6, intitolato al giusto processo, propugnando l'idea, tra l'altro sostenuta in altre sentenze²⁶, che essa non rappresenti un elemento costitutivo e indefettibile della giustizia o dell'equità del processo, e affermando nella maggior parte dei casi che la violazione della pubblicità del processo sia ripagata con la pubblicazione della sentenza stessa della Corte EDU.

In un'occasione²⁷ il giudice di Strasburgo si è spinto anche oltre, lasciandosi sfuggire che i ricorrenti non abbiano poi sofferto più di tanto nel vedersi negata la possibilità di svolgere il processo a porte aperte.

Le perplessità espresse della Corte Europea in merito alla concreta rilevanza del principio della pubblicità, possono sotto certi aspetti esser condivise. È possibile, infatti, nutrire dei dubbi circa l'effettiva capacità di un pubblico, perlopiù privo di qualsivoglia nozione giuridica, di vigilare sullo svolgimento di un processo equo, ed anche riguardo ai reali vantaggi che la pubblicità possa apportare all'imputato ad esempio nel caso in cui gli siano contestati reati efferati, data la tendenza della collettività a schierarsi in maniera acritica con l'accusa. D'altro canto però il principio non può esser liquidato in maniera così semplicistica, sottovalutando la sua funzionalità nel garantire il rispetto delle libertà dell'individuo a confronto con l'autorità giudiziaria, altrimenti non avrebbe alcun senso la sua menzione fra i diritti fondamentali dell'individuo.

Conclusivamente, appare chiaro il grado di problematicità e conflittualità che affligge la giurisprudenza sovranazionale circa la configurazione sostanziale del principio di pubblica amministrazione della giustizia, cristallizzato all'art. 6, par. 1, CEDU, e la sua rilevanza nel concreto svolgimento dei processi. Ciononostante non può trascurarsi che un diritto alla celebrazione di ogni tipologia procedimentale in pubblica udienza esista o che almeno sia garantita la possibilità di richiederne la trasformazione qualora la forma tipica sia costituita da un rito camerale a porte chiuse.

Con la legge 4 agosto 1955, n. 848 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, n. 221, 24 settembre 1955, l'Italia ha ratificato la CEDU, firmata nel 1950 a Roma.

L'art.1 della Convenzione dispone che "le alte parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel

²⁶ *Inter alia*, cfr. Corte eur. dir. uomo, 22 Febbraio 1984, Sutter c. Svizzera; Id., 26 Settembre 1995, Diennet c. Francia; Id., 10 Luglio 2001, Lamanna c. Austria.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, 8 Giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi. "*In contrast, the hearings in the presence of the parties had taken place in camera in accordance with the established practice of the Supreme Military Court in disciplinary proceedings [...]. In point of fact, the applicants do not seem to have suffered on that account*".

Titolo primo della presente convenzione".

L art. 10 della Costituzione italiana (il c.d. "Trasformatore Permanente"²⁸), stabilisce che l'ordinamento interno si adegua alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute; l'art. 11 della Costituzione consente, in condizioni di parità con gli altri stati, alle limitazioni della sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, promuovendo e favorendo le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo; il novellato art. 117 Cost.²⁹ prosegue stabilendo che la potestà legislativa attribuita allo stato e alle regioni deve essere esercitata nel rispetto dei vincoli dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Stando al tenore degli articoli citati, dovrebbe naturalmente conseguire la sovraordinazione e l'immediatezza precettiva del sistema CEDU nel nostro sistema gerarchico di fonti normative, cui si accompagnerebbe l'obbligo per i giudici di disapplicare direttamente le norme interne in contrasto con le norme pattizie.

Quest'ultimo punto risulta da sempre abbastanza problematico.

La Corte costituzionale con due sentenze gemelle nel 2007³⁰ ha stabilito alcuni principi fondamentali circa l'efficacia diretta della normativa della CEDU e sulla possibilità di disapplicazione della normativa interna contrastante da parte dei giudici.

Ha stabilito che l'efficacia della CEDU nell'ordinamento interno non è disciplinata dall'art. 11 Cost. che è ritenuto da una consolidata giurisprudenza, il fondamento dell'efficacia diretta della normativa comunitaria, né che rientri, allo stesso modo, nell'alveo dell'art. 10 Cost., che automaticamente adegua l'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario.

Esiste quindi una netta distinzione tra norme comunitarie e norme CEDU, in quanto solo le prime possono avere piena efficacia obbligatoria senza la necessità di leggi di ricezione o adattamento e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, potendo direttamente il giudice ordinario disapplicare l'eventuale norma interna contrastante.

La CEDU, ex art. 117 Cost, vincola il legislatore regionale e nazionale in qualità di obbligo internazionale, ma rientra nel novero delle cosiddette "fonti interposte", sovraordinate rispetto alle fonti primarie, ma subordinate alla Costituzione.

Perciò, il vaglio sulla norma italiana sospettata di non conformità alla CEDU e, quindi, di violazione dell'art. 117 Cost., spetta alla Corte costituzionale e

²⁸ PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1954.

²⁹ Corte cost., n. 3 del 2001.

³⁰ Corte cost., n. 348 e 349 del 2007.

non ne è consentita la disapplicazione da parte del giudice ordinario, anche se quest'ultimo dovrà, prima di sollevare il giudizio di costituzionalità, verificare la possibilità di un'interpretazione "convenzionalmente orientata", tenendo conto della "funzione interpretativa eminente" riconosciuta alla Corte EDU, che non configura però una competenza sovrapponibile a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano.

La Corte costituzionale, in caso venga sollevato l'incidente di costituzionalità, dovrà innanzitutto verificare la sussistenza del contrasto tra norma interna e norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e, successivamente, la compatibilità della norma CEDU con l'assetto costituzionale italiano, gerarchicamente sovraordinato.

In seguito alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, a complicare ulteriormente il paradigma dell'applicazione della Convenzione nell'ordinamento italiano, è intervenuto (ed è ancora in atto) un procedimento di "comunitarizzazione" della CEDU in grado di modificare radicalmente la sostanza di quanto appena detto.

L'art.6, par. 1 del TUE, come modificato dal trattato di Lisbona, ha recepito la Carta di Nizza che all'art. 47, par. 2 prevedeva esplicitamente il diritto alla pubblicità del processo, riconoscendole lo stesso valore giuridico dei trattati; L'adesione dell'UE alla CEDU è richiesta in applicazione dell'articolo 6 del Trattato di Lisbona e prevista dall'articolo 59 della CEDU; "i principi generali", quali fonti non scritte del diritto europeo, che comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU.

Pur non godendo di esplicita menzione costituzionale, fra le disposizioni generali in tema di dibattimento, il codice di procedura penale italiano all'art.471, n.1, prescrive la pubblicità dell'udienza a pena di nullità. I numeri successivi recano dei criteri soggettivi di esclusione e il numero 5 ammette la possibilità per il presidente del collegio (in virtù del suo potere di disciplina dell'udienza riconosciuto all'art. 470) di sacrificare in casi eccezionali e per ragioni d'ordine la pubblicità dell'udienza, limitandone l'accesso ad un determinato numero di persone. Più nello specifico, l'art. 472 c.p.p. riporta le particolari condizioni in cui il giudice può stabilire che si proceda a porte chiuse e l'art 473 c.p.p. prescrive che l'ordinanza con cui il giudice dispone che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse, è pronunciata in pubblica udienza.

Sotto questo aspetto l'Ordinamento italiano risulta rispettoso della garanzia della pubblicità dei processi, tuttavia non sono mancate sentenze della Corte EDU che hanno condannato l'Italia a causa di specifiche normative irrispettose dell'art. 6, par. 1, CEDU.

Possiamo menzionare fra le più rilevanti la sentenza Corte eur. dir. uomo, 15 Novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia.

La pronuncia in questione condannava l'assenza di pubblicità del procedimento di cui all'art. 4, co. 6, legge n. 1423 del 1956, integrata dalla legge n. 575 del, 1965. Si trattava del procedimento camerale, in primo grado e in grado di appello, avente ad oggetto l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e personali nei confronti dei soggetti qualificati.

All'evidenza, siffatto archetipo procedimentale seguiva il più generale modello delineato dall'art. 127, co. 6, c.p.p. ove è previsto che il procedimento in camera di consiglio si svolga senza la partecipazione del pubblico.

In breve, il giudice di Strasburgo, dopo aver richiamato principi già esposti nella sent. del 1983, Pretto ed altri c. Italia (come sopra riportati), ha poi ricordato che l'art. 6, par. 1, non esclude di per sé una deroga al principio in presenza delle condizioni di cui già si è parlato. A queste, conformandosi ad un orientamento espresso in precedente giurisprudenza³¹, aggiunge la possibilità che ulteriori circostanze eccezionali riguardanti la natura delle questioni sottoposte a giudizio possano giustificare il sacrificio della pubblica udienza; ciò vale, come dichiarato in alcune sentenze³², per esempio, per il contenzioso in materia di sicurezza sociale, o per il contenuto altamente tecnico della causa.

La Corte opina che tecnicismi giuridici rendano privo di qualsiasi significato l'eventuale controllo effettuato dal pubblico privo delle necessarie conoscenze. Del resto la garanzia pubblicitaria assolve le sue finalità allorché essa si sostanzia in un controllo effettivo in grado di comprendere l'attività giurisdizionale svolta. Tuttavia nel caso di specie, la Corte osserva che dinanzi ai rilevanti effetti che le procedure finalizzate alla confisca di beni e capitali provocano sulla situazione personale e patrimoniale delle persone coinvolte, non può affermarsi che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'imputato stante l'elevata tecnicità e la materia del contenzioso in questione.

Da qui la violazione della Convenzione posto che la deroga al canone pubblicitario non trova alcuna valida giustificazione.

La Corte EDU ha nuovamente condannato l'Italia per il contenuto lesivo delle stesse norme in altre due occasioni³³.

Finalmente la Corte costituzionale con sent. 8 Marzo 2010, n. 93, richiamando i criteri enunciati dalla sua precedente giurisprudenza sull'applicabilità delle norme della CEDU e gran parte della motivazione della sent. Bocellari e Rizza c. Italia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge

³¹ Corte eur. dir. uomo, 11 luglio 2002, Goç c. Turchia.

³² Corte eur. dir. uomo, 26 Ottobre 2004, Miller c. Regno Unito; Id., 24 Giugno 1993, Schuler-Zraggen c. Svizzera.

³³ Corte eur. dir. uomo, 8 Luglio 2008, Pierre ed altri c. Italia; Id., 5 Gennaio 2010, Bongiorno c. Italia.

27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 per violazione dell'art. 117 della Costituzione, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica.

Successivamente, operando un diverso bilanciamento di interessi dovuto alla particolarità della richiesta, la Corte costituzionale con sent. 7 Marzo 2011, n.80 dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica, ritenendo sufficiente la presenza del pubblico nel giudizio di merito, senza che possa ritenersi violato il principio de quo se il giudizio di impugnazione, e in specie, quello di legittimità, sia camerale.

In prospettiva de iure condendo, visti i risultati della sent. 2010\93 della Corte costituzionale e dello schema che ha ispirato la formazione delle specifiche norme considerate illegittime, potrebbe apparire futuribile uno scenario in cui venga sancita l'illegittimità della segretezza delle udienze camerali ex art.127, comma 6, c.p.p.³⁴.

Per ultimo conviene citare la più recente condanna dell'Italia per violazione dell'art.6, par.1 da parte della Corte EDU nella sent. Lorenzetti c. Italia, 2012, dove l'Italia è stata ancora una volta condannata per violazione dell'art.6, par. 1,CEDU, a causa dell'impossibilità per il ricorrente di tenere un'audizione pubblica dinanzi al tribunale d'appello competente.

Per finire potremmo sostenere, collegandoci alle affermazioni di Furfaro³⁵, che nonostante l'altezza, la nobiltà e la rilevanza globale del principio di pubblicità del processo penale, la sua applicazione nell'ordinamento italiano è costretta a percorrere un tracciato disseminato di ostacoli posti da una cultura giuridica pavida e aggrappata a preconcetti oramai anacronistici.

³⁴ GAITO, *De profundis annunciato per le udienze camerali?*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 2, 37; ID., *L'Europa impone l'abbandono delle procedure camerali nel processo penale: verso una crisi operativa per la Corte di Cassazione?*, in www.foroeuropa.it.

³⁵ FURFARO, *La pubblicità dell'udienza nel sistema del "giusto processo": un problema da risolvere*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010.