

## Sulla prova “unica o determinante” Il caso Al Khawaja e Thaery c. Regno Unito

Mara Auriemma

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari, 571 – 2. Il caso, 572 – 3. L'intervento della Corte europea, 573 – 4. Processo di “osmosi” tra Corte europea e Corti nazionali. Impatto sull'ordinamento italiano, 574.

### 1. Considerazioni preliminari

Se è vero che, nella giurisprudenza della Corte europea, esisteva un limite minimo e invalicabile rappresentato dalla tutela del contraddittorio nella formazione della prova, questo è stato ampiamente oltrepassato con la sentenza Al-Khawaja e Thaery c. Regno Unito<sup>1</sup>. Si tratta di una pronuncia rivoluzionaria, nella quale i giudici di Strasburgo, non solo si mostrano aperti al “dialogo” con la *Supreme Court* inglese, al punto di rendere più flessibile la regola, fino a oggi gelosamente custodita, della prova “unica o determinante”, ma accettano anche una riduzione di quello *standard* minimo di tutela richiesto in molteplici pronunce di condanna contro gli Stati membri<sup>2</sup>. Inoltre, occorre aggiungere che, data la cogenza delle sentenze definitive della Corte europea negli ordinamenti nazionali<sup>3</sup>, i principi enunciati dalla Grande Camera, nel caso di specie, non sono validi solo per il sistema britannico, ma per tutti gli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione. Ed è proprio su questo effetto, per così dire, *erga omnes*, della giurisprudenza strasburghese, che va soffermata l'attenzione per comprendere la portata dirompente della pronuncia in questione.

1. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Pres. Tulkens, ricorsi nn. 26766/05 e 22228/06, ricorrenti Al-Khawaja e Thaery.

2. Cfr. Corte EDU, 13 dicembre 1998, Dorigo c. Italia; Corte EDU, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia; Corte EDU, 26 marzo 1996, Doorson c. Olanda.

3. Per l'Italia v. C. cost., sent. 4 aprile 2011, n. 113. Per il dibattito dottrinale cfr., tra i molti, P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in questa Rivista, 2012, 1; M. MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste*, in questa Rivista, 2011, 2, la quale afferma che occorre avere riguardo all'« efficacia generale delle decisioni della Corte e.d.u. »; e ancora F. ROMOLI, *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte costituzionale*, in questa Rivista, 2012, 1, il quale sottolinea che « la Corte [costituzionale] sembra mostrarsi sempre più consapevole della necessità (o, comunque, inevitabilità) di un approccio più attento e partecipe alle nuove dinamiche europee ».

## 2. Il caso

Il caso in esame riuniva due azioni davanti alla Corte europea: l'una promossa dal sig. Imad Al-Khawaja contro la Gran Bretagna, e, l'altra dal sig. Ali Thaery contro l'Irlanda del Nord. In entrambe si lamentava la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d, C.e.d.u., perché la condanna sarebbe stata basata su dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento e, quindi, in assenza delle garanzie dell'equo processo.

Quanto alla prima vicenda, Il ricorrente era un medico, accusato di aver abusato sessualmente di due pazienti, S. T. e V. U., dopo averle ipnotizzate. La sig.ra S. T., dopo aver denunciato il fatto alla polizia e dopo essersi confidata con due amici, poco prima del dibattimento, si suicidava. In seguito, veniva ascoltata la seconda vittima e si accertava che le due donne non si conoscevano, e che dunque, tra esse non c'era alcuna collusione. Venivano, poi, ascoltati, come testimoni *de relato*, i due amici della sig.ra S. T., e altre due donne, che dicevano di aver ricevuto dal medico alcune proposte indecenti, e che non avevano alcun collegamento con le due vittime. Tuttavia, nel primo capo d'imputazione, relativo alla sig.ra S. T., essendo questa deceduta, l'unica prova diretta era costituita dalla querela, quindi, si poneva il problema della legittimità delle sue precedenti dichiarazioni come prova unica e determinante della colpevolezza dell'imputato. Tenuto conto delle circostanze suindicate, era pronunciata sentenza di condanna, poi confermata in secondo grado per entrambi i capi d'imputazione, ritenendosi, da parte dei giudici britannici, che si trattasse di una condanna legittima, poiché la restrizione del diritto dell'accusato di controinterrogare l'accusatore era controbilanciata da forti garanzie procedurali.

La seconda vicenda sottoposta all'esame della Corte europea riguarda il ricorso del sig. Thaery, la cui condanna traeva origine dal suo coinvolgimento in una lite durante la quale il sig. S., membro della comunità iraniana, era stato accoltellato alle spalle, davanti a più persone. I testimoni, interrogati sul luogo del fatto, negavano la responsabilità del ricorrente. Due giorni dopo, però, un testimone, il sig. T., dichiarava alla polizia di aver visto quest'ultimo colpire la vittima. Il sig. Thaery, durante l'interrogatorio, affermava di essere innocente e che gli aggressori fossero due uomini di colore. In seguito, era arrestato per percosse, lesioni volontarie e intralcio alla giustizia. Nel corso del dibattimento, pertanto, egli confermava le sue precedenti dichiarazioni e il testimone chiave si rifiutava di comparire davanti alla giuria per timore, e deponeva la sua testimonianza davanti al giudice, precludendo all'accusato la possibilità di esercitare il diritto di controinterrogare il suo accusatore. In seguito, era ascoltata la vittima, il sig. S., che affermava di non aver visto il suo aggressore. Considerando il timore fondato e non derivante dalla condotta del ricorrente, il giudice ammetteva le dichiarazioni del teste anonimo come prova determinante della colpevolezza dell'imputato e la giuria, con

sentenza di condanna, confermata in sede d'appello, dichiarava responsabile il sig. Thaery. Pur riconoscendo che l'impossibilità di controesaminare il teste costituisse una restrizione del diritto di difesa, i giudici affermavano che questa fosse controbilanciata dalla presenza di altre garanzie procedurali.

### 3. L'intervento della Corte europea

I due ricorsi, pur traendo origine da fatti diversi, partono dal medesimo presupposto, ossia quello di assicurare alla difesa il diritto di « esaminare o far esaminare i testimoni a carico », in un'udienza pubblica, davanti ad un giudice indipendente e imparziale. Tuttavia, quand'anche ciò non sia possibile, da un consolidato orientamento della Corte europea, è ricavabile il principio in base al quale all'accusato deve essere garantita un'opportunità “adeguata e sufficiente”<sup>4</sup> di esaminare il suo accusatore “al momento della deposizione” o almeno “successivamente”. Sin dal caso *Doorson*<sup>5</sup>, la Corte si è preoccupata di fissare una soglia minima di tutela del diritto di difesa che ogni Stato sia in grado di osservare. Essa, infatti, impone di verificare se — anche laddove non sia stata garantita all'accusato un'opportunità “adeguata e sufficiente” di interrogare i testimoni a carico — la condanna si basi “esclusivamente o in maniera determinante”<sup>6</sup> sulle dichiarazioni non sottoposte a confronto. In altre parole, una sentenza di condanna non può essere pronunciata quando l'unica e determinante prova della colpevolezza sia rappresentata da testimonianze anonime o indirette, senza comportare un'ingiustificata restrizione del diritto di difesa, di per sé, incompatibile con l'art. 6, § 3, lett. d, C.e.d.u.

Nei due casi qui esaminati, pertanto, la *Supreme Court* inglese ha sostenuto la legittimità delle due condanne, poiché le dichiarazioni, l'una del teste deceduto (nel caso *Al-Kawhaja*), l'altra del teste anonimo (nel caso *Thaery*), pur costituendo la prova unica e determinante, non comporterebbero un sacrificio del diritto di difesa, in quanto, nel sistema processuale di *common law*, così come risultante dal *Criminal Justice Act* del 1988 e dalla sua legge di riforma del 2003, sarebbero presenti dei forti fattori di bilanciamento (“*strong counterbalancing factors*”), che farebbero da *pendant* alla violazione del diritto di difesa a controesaminare i testimoni a carico. Secondo i due testi appena citati, infatti, l'assenza in dibattimento dei testimoni deve essere giustificata da seri motivi, indicati tassativamente dalla legge, e, inoltre, l'ammissione di una testimonianza siffatta è subordinata a rigide garanzie

4. Cfr. tra le altre Corte EDU, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*.

5. Corte EDU, 26 marzo 1996, *Doorson c. Olanda*.

6. Corte EDU, 14 dicembre 1999, *A. M. c. Italia*.

procedurali, che da sole sarebbero idonee ad assicurare l'equità complessiva del processo.

La Corte europea, nell'aprirsi al "dialogo" con i giudici britannici, ha, tuttavia, tenuto i due casi distinti l'uno dall'altro, poiché, mentre nel caso Al-Khawaja, ha riconosciuto la presenza di rigide garanzie procedurali tali da far accettare una restrizione del diritto di difesa, nel caso Thaery, invece, ha riscontrato la violazione dell'art. 6, § 3, lett. d, C.e.d.u., nell'assenza di elementi sufficienti a compensare la violazione del diritto di difesa. In particolare, nel primo caso la querela della vittima, le testimonianze delle due donne, la deposizione dell'altra persona offesa e l'esame dei due testi indiretti, sono stati ritenuti tutti elementi idonei a garantire l'equità complessiva del procedimento, in conformità con la tutela apprestata dall'art. 6 C.e.d.u.. Nel secondo caso, invece, pur valutando positivamente gli accertamenti compiuti dai giudici inglesi circa l'oggettività della paura del testimone anonimo di presentarsi al dibattimento, essa ha ritenuto che la possibilità data all'accusato di esaminare altri testimoni, non fosse sufficientemente in grado di compensare la restrizione arrecata al ricorrente dalla testimonianza anonima utilizzata come base determinante della condanna.

#### **4. Processo di "osmosi" tra Corte europea e Corti nazionali. Impatto sull'ordinamento italiano**

Gli effetti del cambiamento di rotta operato dalla Corte europea nei casi sopra richiamati, sono, innanzitutto, quelli di operare una "rivoluzione copernicana" nell'asse dei rapporti Corte europea-Corti nazionali, aprendo un "dialogo" tra loro, e, in secondo luogo, quelli di imporre un ripensamento circa la portata applicativa di alcune disposizioni che, da alcuni anni a questa parte, formano oggetto di dibattito nell'ordinamento italiano.

Si fa riferimento alla disciplina delle letture dibattimentali contenuta nell'art. 512 c.p.p., rubricato « Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione », in base alla quale è data lettura delle dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento quando per fatti o circostanze imprevedibili ne sia divenuta impossibile la ripetizione. Fino ad oggi parte autorevole della dottrina ha ritenuto tale articolo una sorta di "mina vagante"<sup>7</sup> dell'ordinamento italiano, poiché da esso dipende tutta una serie di pronunce di condanna che l'Italia ha ricevuto dalla Corte europea per la violazione dell'art. 6, § 3, lett. d, C.e.d.u., così come interpretato dalla Corte stessa. La violazione dipenderebbe dal fatto che sono state pronunciate numerose sentenze di condanna basate "esclusivamente o in maniera determinante" sulle dichia-

7. M. NOBILI, *sub. Art. 512 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991, 435.

razioni raccolte *ex art. 512 c.p.p.*, ossia non confortate dalla garanzia del contraddittorio, della pubblicità dell'udienza e della presenza del giudice indipendente e imparziale, richieste dalla Costituzione e dalla C.e.d.u. Il problema è dovuto al fatto che molto spesso tale norma è stata utilizzata per eludere il sistema di garanzie apprestato a livello interno ed europeo al diritto di difesa, ad esempio per fondare una condanna esclusivamente su dichiarazioni rese dal teste, resosi irreperibile al dibattimento, non per cause oggettive, ma per motivi imputabili alla sua volontà.

Quanto appena affermato va considerato insieme alla circostanza che nel caso *Al-Khawaja e Thaery c. Regno Unito* la Corte sembra “abbassare la guardia” e ammettere che una condanna fondata esclusivamente o in misura determinante sulle dichiarazioni di un teste non controesaminato dall'accusato, non è *ipso facto* contraria alla C.e.d.u. (“*not automatically result in a breach of art. 6, §1 of the Convention*”), purché sia accertata l'esistenza di efficaci garanzie procedurali, come quelle presenti nel sistema inglese. Ciò implica la conseguenza che, a differenza di quanto in precedenza sostenuto<sup>8</sup>, la regola della prova “unica o determinante” non è assoluta, ma può subire una deroga, alla presenza di elementi di garanzia sufficientemente solidi da controbilanciare la compressione del diritto di difesa.

Ammesso che l'orientamento seguito dalla Corte in quest'occasione sia confermato da future pronunce, esso potrebbe comportare, sul piano dell'ordinamento nazionale, una delle conseguenze di seguito illustrate. Da un lato, potrebbe registrarsi una diminuzione del numero di condanne per violazione dei principi dell'equo processo europeo, dato l'abbassamento dello *standard* (già) minimo di tutele apprestate dalla C.e.d.u., al di sotto di quella soglia invalicabile fissata in precedenza. Dall'altro, al contrario, potrebbe aversi un incremento delle condanne, poiché occorre verificare se l'ordinamento italiano sia in grado di assicurare quei “forti fattori di bilanciamento” presenti nel sistema inglese. Pertanto, da un'analisi del sistema italiano l'art. III Cost. sembrerebbe fornire gli strumenti sufficienti per rivestire il diritto di difesa di tutte le garanzie adeguate al caso di specie. Tuttavia, l'insistenza mostrata da parte degli operatori del diritto nell'uso “distorto” dell'art. 512 c.p.p. potrebbe compromettere il processo di “osmosi” tra Corte europea e corti nazionali, attivato con le pronunce in esame, poiché in esse la Corte europea sembra avvallare quell'abuso dell'istituto delle letture che in un passato molto recente ha invece condannato. C'è il pericolo, infatti, che la deroga ammessa dalla Corte produca l'equivoco di considerare ammessa una condanna basata esclusivamente o in misura determinante su dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio, sostenendo l'esistenza di garanzie procedurali presenti solo sulla carta e non applicate.

8. V. a titolo di esempio Corte EDU, 23 aprile 1997, *Van Mechelen c. Paesi Bassi*; Corte EDU, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*; Corte EDU, 20 settembre 1993, *Saidi c. Francia*.

Per queste ragioni ci si aspetta o che la Corte torni sui suoi passi e restituisca al principio della prova unica o determinante quella rigidità di cui ha bisogno per tutelare adeguatamente il diritto dell'accusato a contestare le dichiarazioni poste a suo carico, o, che il legislatore italiano intervenga ad attribuire a tali dichiarazioni il "giusto" peso nella dinamica processuale.