

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

FRANCESCO TRAPELLA

Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e C.E.D.U.

Una recente sentenza della Corte di Strasburgo offre spunti in materia di equità processuale; tradotti nell'ordinamento nazionale, permettono di superare alcuni orientamenti della giurisprudenza interna in tema di prove acquisite con modalità diverse da quelle di legge e di assicurare alla difesa il proficuo esercizio dei diritti che le sono riconosciuti a livello costituzionale ed europeo.

Fair trial and unusable evidence between Code and E.C.H.R.

A recent judgment of European Court of Human Rights provides useful insights into trial fairness; translated into national law, they allow to overcome some national court decisions on the subject of evidence acquired through different modalities than those established by the Code and to ensure the fruitful exercise of the right of defense, as recognized by Constitutional and European Law.

SOMMARIO: 1. Una decisione in materia di equità processuale. - 2. Precedenti. - 3. Il vaglio sull'equità processuale in *Ayetullah*. - 4. Futuribili. Per una funzione terapeutica dell'inutilizzabilità. - 5. Conclusioni.

1. *Una decisione in materia di equità processuale. Il caso Ayetullah A.Y. c. Turchia*¹ fornisce ai giudici strasburghesi l'occasione per ripercorrere, approfondire e confermare i propri orientamenti in materia di equità processuale. Più precisamente, il concetto è posto a fondamento² del *fair trial*: lungi dall'essere una semplice elaborazione a livello europeo, vanno studiate le ricadute sui giudizi dinanzi alle corti interne, esaminando le conseguenze di attività processuali capaci di infrangere gli equilibri tra le parti³. La pronuncia

¹ Corte EDU, 27 ottobre 2020, *Ayetullah A.Y. c. Turchia*.

² Parla a proposito di principio fondante una pluralità di garanzie processuali KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1654. Riecheggiano in questa considerazione le parole di CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, 604: «le esigenze tradizionali della ragione, madre della giustizia, si possono soddisfare senza sacrificare l'affetto per la figlia prediletta che è l'equità».

³ Ci si riferisce appositamente al campo semantico dell'equilibrio, in ragione del criterio espresso dalla Corte, del *counterbalancing*, per il quale i giudici europei, a seguito di una verifica sostanziale, verificano se, nel volgere del giudizio interno, siano state approntate misure volte a rimediare alle lesioni del contraddittorio e del diritto di difesa. Su questo tema, VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'Uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle testimonianze «anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, 851 ss. o, più recenti, CENTAMORE, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 C.E.D.U. in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti tradizionali e «nuove» prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it e DANIELE, *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino, 2017, 155. Coglie il nesso tra il criterio in parola e la sussistenza di un pregiudizio effettivo in presenza del quale è riscontrabile la lesione del referente convenzionale, CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nel sistema delle invalidità processuali penali*, Bologna,

in commento offre spunti interessanti in questa direzione.

L'approccio casuistico della Corte impone di partire dai fatti.

Il ricorrente era accusato di associazione al PKK e di avere organizzato un attacco dinamitardo, poi non riuscito, alla parata del Giorno della Vittoria nell'agosto 2004; per questo veniva condannato all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale.

Le doglianze rivolte ai giudici europei esprimevano la violazione dell'art. 6 C.E.D.U. da parte delle corti domestiche. In particolare, l'istante, già custodito in carcere, era prelevato dalla cella, condotto ad assistere alla perquisizione del proprio domicilio ed impedito al colloquio con il difensore; egli subiva, poi, attività ispettive - sia corporali, sia degli ambienti di sua pertinenza - mai convalidate e delle cui videoregistrazioni si perdeva traccia: ciononostante, i materiali rinvenuti all'esito erano utilizzati a processo ai fini del verdetto di colpevolezza; ancora, durante uno di questi accertamenti, venivano reperiti degli appunti utili ad attribuirgli la responsabilità dei fatti in addebito: a dispetto della richiesta difensiva, era negato un esame di comparazione tra gli scritti sequestrati ed altri saggi grafici.

Troppe erano le infrazioni al parametro convenzionale, che conducevano all'impossibilità per l'interessato di contestare in modo efficace le tesi accusatorie⁴: lo sbilanciamento che ne derivava tra le parti e che portava alla condanna del ricorrente ha motivato la pronuncia in nota, secondo la quale i giudici turchi sono venuti meno al dovere di assicurare un processo giusto⁵. Peraltro - si legge tra le conclusioni della Corte - il *vulnus* di equità ha determinato una caduta del doveroso sentimento di fiducia che l'opinione pubblica nutre verso le istituzioni, in una qualunque società civile⁶: il rilievo attribuisce al caso connotati ancor più gravi, toccando negativamente i rapporti tra la collettività e la magistratura. D'altro canto, se, almeno nel nostro Paese, le sentenze sono rese "*in nome del popolo*", è perché chi decide, in quel momento, ha il *dovere*⁷ di rappresentare i corpi sociali⁸: ogni deviazione dal corretto

2012, *passim*.

⁴ Secondo l'assunto che sarà esaminato *funditus* per cui è compito della Corte non il vaglio sul rispetto delle regole processuali interne, ma un complessivo giudizio sui rapporti tra il giudice e le parti e, quindi, pure sullo spazio lasciato alla difesa per interloquire sulle iniziative avversarie. Esattamente in questo senso, Corte EDU, 13 novembre 2018, Zhang c. Ucraina; Corte EDU, 13 dicembre 2011, Adjarie c. Croazia; Corte EDU, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia.

⁵ Si badi: indipendentemente dal reato contestato, come affermato, *ex multis*, da Corte EDU, 3 dicembre 2019, Parmak e Fakir c. Turchia.

⁶ Su questo specifico rilievo, Corte EDU, 25 febbraio 2010, Lisica c. Croazia.

⁷ In base alla logica per cui, se è vero che il giudice si ingerisce nella sfera individuale altrui, egli *può* perché *deve*, come ben spiegato da FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 429.

agire giudiziale - che implica, è ovvio, la garanzia di un trattamento paritario tra accusa e difesa - tradisce il compito di cui l'autorità è investita, e merita censura⁹.

Questi sono, in sintesi estrema, i temi su cui si concentra la Corte europea: nel prosieguo saranno approfonditi, recuperando alcuni rilievi sull'equità processuale.

2. *Precedenti*. L'art. 6 C.E.D.U. descrive garanzie minimali¹⁰, implementabili dalle normative domestiche allo scopo di assicurare l'equità processuale. La logica di fondo è quella della *maggior tutela*: i diritti fondamentali - tra di essi, il giusto processo¹¹ - vanno salvaguardati nella dimensione tratteggiata dalle tradizioni costituzionali, dalle norme unioniste e dal diritto strasburghese, privilegiando quella tra le fonti che descrive il più elevato livello di protezione¹².

La sfida si compie nell'individuare *standard* di tutela che siano, al tempo, coniugabili con le molteplici peculiarità del caso concreto e prevedibili¹³, nel senso che tali devono essere le conseguenze della condotta di ciascuno¹⁴ e l'interpretazione che della legge dà la giurisprudenza¹⁵.

La Corte strasburghese, quindi, pone un comune denominatore al quale debbono uniformarsi i livelli di protezione individuati dal diritto interno o

⁸ TRIGGIANI, "In nome del popolo italiano"? Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale, in www.penalecontemporaneo.it si riferisce alla collettività dei cittadini come ad un destinatario potenziale: quello immediato e reale sarebbe la platea dei soggetti interessati al procedimento. Prova ne sarebbe che il lessico della sentenza non è fruibile a chiunque, ma solo ai tecnici.

⁹ Proprio in base all'idea per cui il giudice è investito di un dovere, per il tema in analisi non vale certo l'assunto che egli sia libero di fare come preferisce, in quanto investito di una «facoltà, accordata dal diritto, di scegliere tra due o più alternative, ciascuna legittima» (secondo la definizione di discrezionalità di BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 16; in argomento, *amplius*, VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 31-35).

¹⁰ Questo traspare apertamente da Corte EDU, 26 marzo 2019, Famulyak c. Ucraina, §52.

¹¹ A tal proposito parla di un «diritto proteiforme» DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in www.penalecontemporaneo.it. Sul tema, pure UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1726 ss.

¹² Argomenta in merito all'esistenza di un diverso margine di apprezzamento nazionale, legato allo spazio che, di volta in volta, dinanzi al caso concreto, occupa la Corte nella tutela dei diritti CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 405.

¹³ Sul punto, proprio in riferimento al sistema europeo, KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1196.

¹⁴ Per un'analisi del tema, DE BLASIS, *Oggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵ La stessa Corte europea contempla questo aspetto: *ex plurimis*, Corte EDU, 8 dicembre 2009, Previti c. Italia.

dalle regole europee¹⁶ e tiene conto dell'eventuale confliggenza di situazioni giuridiche in contrasto: lì corre in aiuto il *principio di proporzionalità*¹⁷, atteso che eventuali limiti ai diritti sono ammissibili poiché espressi da finalità di interesse generale, strettamente necessari¹⁸ e comunque rispettosi del contenuto essenziale¹⁹ delle posizioni sacrificate²⁰.

Calando le premesse nel tema d'indagine, i giudici europei disegnano il concetto di equità, ponendolo a fondamento e a sostegno del modello di giustizia processuale: più in particolare, esso non è associato ad una singola fase, in quanto permea l'intero accertamento²¹.

La Corte E.D.U. non è chiamata ad esaminare le singole regole processuali in vigore nei Paesi della Grande Europa²²; è, piuttosto, controllore del caso concreto e valuta la tenuta del sistema interno in rapporto al modello convenzionale²³. Si tratta, insomma, di capire se il giudizio celebrato davanti alle corti domestiche sia, nella sua globale complessità, conforme ai referenti sovranazionali dettati a presidio degli equilibri tra le parti²⁴.

Il concetto sarà ancor più chiaro attraverso qualche precedente - diremmo - esemplare.

Proprio di recente, in *Gracia Gonzales c. Spagna* (6 ottobre 2020) la Corte ha

¹⁶ Così, DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea*, cit.

¹⁷ *Amplius*, CALANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁸ E, quindi, idonei all'obiettivo da raggiungere, come rammentato da Corte giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 e C-594/12, §46.

¹⁹ Il c.d. *nocciolo duro*, che rimane incompressibile qualunque sia il bene da bilanciare, come ricorda ZAPPALÀ, *La tutela internazionale dei diritti*, Bologna, 2011, 4.

²⁰ Su questi aspetti, HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden-Boston, 2015, 23; ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1157 ss.

²¹ Così, Corte EDU, 13 settembre 2006, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §251.

²² Pur con le criticità nell'esame delle ricadute prodotte dalle sentenze europee sugli ordinamenti nazionali di cui parla GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *questa Rivista*, 2013, in particolare 16 ss.

²³ In questi termini, oltre alla pronuncia che si annota, Corte EDU, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina* o, meno recente, Corte EDU, 15 novembre 2011, *Correia de Matos c. Portogallo*.

²⁴ Senza gli «adattamenti altalenanti» che probabilmente deriverebbero dalla «strumentalizzazione di alcune esegesi europee che, nella valutazione sull'equità della procedura, tengono conto di volta in volta della gravità del reato che prevale sulla correttezza dell'accertamento, delle ragioni di tutela della vittima che prendono il sopravvento sul metodo di formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, fino a giungere a quella degradazione delle regole di esclusione in regole di valutazione dei dati gnoseologici per far salvo l'esito iniquo della condanna basata su prova unica e determinante»: esattamente in questi termini, l'ammonimento di LA ROCCA, GAITO, *Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive delle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 12-13.

ribadito come il contraddittorio sia intimamente connesso alla parità delle armi che, a propria volta, è parte del più ampio concetto di equo processo.

Per descriverlo i giudici ricorrono alle nozioni di *ragionevole opportunità*, da concedere ad ogni parte per presentare al giudice i propri argomenti, e di *svantaggio sostanziale*, inteso come l'esito di un giudizio iniquo nel quale, cioè, si sia sovvertito l'equilibrio tra i vari interessati, invece, imposto dall'art. 6 C.E.D.U.²⁵

La sentenza è ancor più specifica su questi temi, quando ricorda che *fair trial* significa dare a tutte le parti la possibilità di acquisire conoscenza e di prendere posizione su quanto dedotto e provato dagli avversari²⁶: nel processo non c'è spazio per le sorprese e i giudici nazionali non possono certo decidere sulla scorta di elementi ignoti a qualcuna tra le parti e non previamente discussi nel contraddittorio²⁷.

Va, infine, notato che la Corte europea non fa riferimento ad uno specifico istituto del codice di rito interno, né si esprime secondo logiche formalistiche, legate all'esegesi di un determinato disposto; piuttosto ragiona sulla base delle occasioni che ogni parte ha avuto per interloquire con l'antagonista, con il giudicante, con i testi e, più in generale, con tutti i vari attori sulla scena del processo²⁸.

Certo, l'interprete nostrano fatica a familiarizzare con idee così sfuggenti: la semplicità di base - data dall'equilibrio e dall'obiettivo di eguali spazi tra le parti - viene meno non appena ci si addentri nella concretezza dei casi, ciascuno - ed è ovvio - venato delle tante variabili tipiche di ogni vicenda umana.

Proprio in questa prospettiva - e sempre con l'intento di ripercorrere le recenti opinioni della giurisprudenza strasburghese al fine di dettare le coordinate per comprendere la pronuncia annotata - si considerano altri due arresti

²⁵ In questa precisa direzione, Corte EDU, 19 settembre 2017, Regner c. Repubblica Ceca; Corte EDU, 26 gennaio 2017, Faig Mammadov c. Azerbaijan; Corte EDU, Grande Camera, 12 maggio 2005, Öcalan c. Turchia; Corte EDU, 31 maggio 2001, K.S. c. Finlandia; Corte EDU, 18 marzo 1997, Foucher c. Francia.

²⁶ In argomento, più risalente, Corte EDU, 23 giugno 1993, Ruiz Mateos c. Spagna.

²⁷ Così, Corte EDU, 17 maggio 2016, Lisa Portuguesa de Futebol Profissional c. Portogallo; Corte EDU, 3 maggio 2016, Alexe c. Romania; Corte EDU, 5 settembre 2013, Čepek c. Repubblica Ceca; Corte EDU, 13 ottobre 2005, Clinique des Acacias e altri c. Francia.

²⁸ Riflessioni analoghe, con richiamo particolare al *right of confrontation* come corollario del *fair trial*, in GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genetica del processo penale*, in *questa Rivista*, 2012, 108 o, più recentemente, PASTA, *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme Cedu. La rinnovazione dell'istruttoria come condizione della riforma in appello di una sentenza di assoluzione*, in *questa Rivista*, 2017, 1, 1-2. Ulteriori approfondimenti, in VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *questa Rivista*, 2016, 2, 1 ss.

del 2020: *George Laviniu Ghiurau c. Romania* (16 giugno 2020) e *Chernika c. Ucraina* (12 marzo 2020).

Nel primo, la Corte riprende il tema dell'equità processuale in caso di assenza dei testi d'accusa all'udienza, allorché il giudice si trovi ad acquisire le loro dichiarazioni pre-dibattimentali.

In sintonia con i precedenti²⁹, si afferma che l'art. 6 C.E.D.U. obbliga a considerare: *a)* se esistesse un motivo serio per la mancata comparizione del teste; *b)* se la deposizione del *loquens* assente abbia determinato – essa sola o, almeno, come prova decisiva – l'esito del processo; *c)* se vi fossero elementi di compensazione a vantaggio della difesa. Si parla, in questo senso, di garanzie processuali solide³⁰, capaci di bilanciare³¹ le criticità derivate all'imputato a seguito dell'ammissione dei *dicta* pre-dibattimentali del teste d'accusa sfuggito al contraddittorio³².

Nel caso di specie, il ricorrente era condannato anche sulla scorta delle informazioni fornite da una persona che, poi, non fu sentita in udienza poiché resasi irreperibile. Secondo i giudici strasburghesi, l'autorità nazionale non ha compiuto ogni possibile sforzo per individuare il dichiarante e per assicurarne la presenza in aula; a dispetto di ciò, tuttavia, l'art. 6 C.E.D.U. era rispettato, non ritenendosi decisiva la testimonianza di cui si tratta³³.

²⁹ Ovviamente Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* e Corte EDU, 15 dicembre 2015 *Schatschaschwili c. Germania*. Su questi precedenti, CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3115; BALSAMO, *La corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837 ss.; ZACCHÈ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti (working paper)*, in www.penalecontemporaneo.it; FERRUA, *Quattro fallacie in tema di prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 1, 1 ss.; DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1690.

³⁰ Critica sull'uso di una locuzione siffatta C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, cit., 24 che nota come la sua indeterminatezza possa essere foriera di applicazioni interne contrarie al giusto processo; più in particolare (nota 44) si menziona Cass., Sez. VI, 13 novembre 2013, *Frangiamore*, in *Mass. Uff.*, n. 257771, nella quale la Suprema Corte nostrana avrebbe convalidato una «decision[e] in cui il contributo del testimone "assente" avrebbe potuto pacificamente essere addotto al processo nel pieno rispetto del contraddittorio», distorcendo in modo evidente il portato degli artt. 512 e 512bis c.p.

³¹ Parla di una logica delle compensazioni BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 2.

³² Cfr. Corte EDU, 31 marzo 2016, *Seton c. Regno Unito*: maggiore è l'importanza attribuita dal giudice ai *dicta* del teste assente, più solidi debbono essere i fattori di compensazione per evitare lo svantaggio sostanziale della difesa.

³³ Altra voce critica sull'agire della Corte, che invoca concetti come quelli sin qui esaminati, MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it: «garanzie compensative, prove determinanti, equità complessiva sono tutti concetti vaghi che consentono alla Corte di trasformare il giudizio giuridico in un puro atto politico».

Con un maggiore grado di precisione, la Corte europea osserva come la condanna sia derivata dall'analisi scrupolosa di un vasto compendio di prove d'accusa: documenti medico-legali, l'esame del danneggiato, due testimonianze, il *test* della verità superato da uno dei dichiaranti, il confronto tra l'imputato e la parte civile³⁴. Le dichiarazioni pre-dibattimentali del teste, poi, assente non erano decisive, per quanto, sicuramente, fossero importanti: l'uomo, infatti, vide l'imputato chinarsi sulla vittima e notò i segni di una violenza sul corpo di quest'ultima³⁵. Ciononostante - sostengono i giudici strasburghesi - non si può negare che la difesa sia stata posta nella condizione, non sfruttata, di chiedere prove a sostegno della tesi innocentista³⁶ e che il tribunale abbia argomentato su tutti gli argomenti sollevati dall'accusato.

Alla luce di questi rilievi, sebbene la mancata partecipazione del teste all'udienza non fosse adeguatamente motivata³⁷, il giudizio, nella sua globalità, è stato senz'altro equo.

In breve: la Corte stabilisce se alla difesa siano state date le medesime possibilità di esprimersi dell'accusa; lo fa guardando al caso concreto, secondo il tradizionale approccio *fuzzy* che - s'è visto - impone di adattare il catalogo dei diritti convenzionali alle infinite sfumature delle vicende esposte dai ricorrenti³⁸. Proprio in questo sta la difficoltà nel comprendere che cosa sia il processo

³⁴ Diversamente da quel che accadde, ad esempio, in Corte EDU, 19 febbraio 2013, Gani c. Spagna, ove le prove diverse dalle dichiarazioni pre-dibattimentali del teste assente all'udienza avevano una natura meramente indiziaria.

³⁵ Sotto questo profilo era corretto ritenere una certa difficoltà per la difesa, che era impossibilitata ad escutere il teste su questo specifico tema; in modo non troppo diverso, Corte EDU, 27 giugno 2017, Valdluter c. Romania.

³⁶ O, anche, della scarsa credibilità del *loquens*, come affermato da Corte EDU, 15 dicembre 2015 Schatschaschwili c. Germania o, sempre sul tema dei fattori di controbilanciamento, da Corte EDU, 2 marzo 2017, Palchik c. Ucraina o, più risalente, da Corte EDU, 3 aprile 2012, Chmura c. Polonia.

Sul piano dell'inerzia difensiva è interessante ricordare Corte EDU, 24 marzo 2014, Matitsyna c. Russia: lì l'imputato non aveva confutato l'impianto accusatorio, ma si era concentrato su questioni di carattere tecnico che non avrebbero potuto risolversi se non con un apporto specialistico. Ecco, quindi, che la Corte ritenne non decisiva la dichiarazione della persona offesa, assunta in un contesto diverso dal contraddittorio: la vittima, infatti, mai avrebbe potuto fare luce sui particolari adottati dal difensore che, per contro, non prendeva posizione sulla materialità delle accuse.

³⁷ Di per sé la mancanza di solide giustificazioni per l'assenza del teste non costituisce *vulnus* all'art. 6 C.E.D.U.: più correttamente, è solo uno degli indici la cui complessiva considerazione porta a valutare il rispetto del *fair trial*. Così, Corte EDU, 15 maggio 2018, Virgil Dan Vasile c. Romania e Corte EDU, 23 giugno 2016, Ben Moumen c. Italia.

³⁸ Parla a proposito di un orizzonte flessibile, capace di superare l'impostazione kelseniana del contrasto interno alla gerarchia delle fonti CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997. Sul tema, DELMAS MARTY, *Le flou du droit: du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986, 226 osservava come la logica *fuzzy* (o *floue*) abbia sostituito l'approccio binario, tipico dei diritti nazionali, con uno che, anziché testare l'appartenenza o meno di una fattispecie concre-

equo³⁹ e proprio per tale ragione si sceglie di seguire l'approccio *case by case* tipico del giudicante strasburghese.

Si arriva, così, all'ultima delle sentenze europee considerate.

In *Chernika* la Corte attesta l'assenza di fattori di contro-bilanciamento idonei a conferire equità alla procedura: il ricorrente, infatti, era stato condannato sulle decisive testimonianze di tre soggetti, di cui due si erano sottratti al contraddittorio ed uno era stato sentito da un giudice diverso da quello che, poi, ha reso la decisione di condanna.

Sono due i punti esaminati a livello europeo per ritenere infranto l'art. 6 C.E.D.U.: l'acquisizione a processo di dichiarazioni rese alla polizia durante le indagini e il mancato rispetto del principio di immediatezza.

Sotto il primo profilo, richiamati i criteri sanciti in *Al-Khawaja* e ribaditi dalla giurisprudenza successiva⁴⁰, si nota come il colloquio con l'inquirente non possa valere quale surrogato dell'esame dibattimentale: oltre all'unilateralità dell'atto - che, per definizione, sfugge al contraddittorio - l'interrogante ha amplissimi poteri, sia nel condurre, sia nell'interrompere il flusso delle domande e delle risposte⁴¹; l'informazione che ne deriva, insomma, non possiede gli stessi caratteri di quella che si formerebbe nel dialogo tra le parti.

Quanto all'immediatezza, non sfugge alla Corte la sua importanza nel configurare un processo equo, al punto che il cambio del giudice dovrebbe, di norma, condurre ad una nuova escussione testimoniale⁴². La logica *fuzzy* por-

ta ad un modello astratto, si preoccupa di misurarne il *grado di appartenenza*. Riprende queste riflessioni PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1102 ss.

Per un inquadramento della logica *fuzzy*, GERLA, *Logica fuzzy e paradossi*, in *Lettera Matematica Pristem*, 1999, 32, 31 ss.; KOSKO, *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy (1993)*, trad. italiana, Milano, 1997, *passim*; ZADEH, *Fuzzy algorithms*, in *Information and Control*, 1968, 5, 94 ss. o, dello stesso Autore, *Fuzzy Sets*, in *Information and Control*, 1965, 8, 338 ss.

³⁹ Critico su questi aspetti, secondo MAZZA, *Legge e potere*, cit. «una singola violazione potrebbe risultare ininfluenza sulla conclusione in termini di equità complessiva del processo. Una logica decisoria che non distingue più nettamente fra bianco e nero, ma si muove su un terreno fatto di grigi, di concetti sfumati che si prestano a giustificare qualsiasi decisione dettata dall'opportunità politica del caso».

⁴⁰ Oltre a quella sin qui ricordata, la pronuncia cita la più recente Corte EDU, 30 luglio 2019, Ürek e Ürek c. Turchia.

⁴¹ Così, pure Corte EDU, 13 marzo 2012, Vanfuli c. Russia; Corte EDU, 24 gennaio 2012, Nechto c. Russia; Corte EDU, 14 gennaio 2010, Melnikov c. Russia, che si concentrano sull'assenza di indipendenza e di imparzialità negli organi di polizia che procedono alla raccolta delle informazioni.

⁴² Corte EDU, 9 luglio 2002, P.K. c. Finlandia. Come ricorda VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza*, cit., 15, benché P.K. sia solitamente concepito come il primo arresto strasburghese in tema di immediatezza, cenni all'argomento della decisione assunta dallo stesso giudicante che ha condotto il giudizio si trovano pure in pronunce più risalenti: per tutti, Corte EDU, 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi.

ta, però, a non considerare il principio nella sua assolutezza: è possibile, infatti, che, per ragioni amministrative, non si riesca a mantenere lo stesso giudice per tutto il processo; qui – dice la Corte – l'autorità interna deve adottare alcuni accorgimenti per permettere al nuovo decisore di avere contezza di quanto occorso in precedenza⁴³: così, gli si può fornire copia delle trascrizioni di quel che fu riferito dai testi la cui credibilità non è messa in discussione⁴⁴, limitando il nuovo esame ai soli punti controversi⁴⁵.

Nel caso di specie, l'autorità interna non ha sbagliato ad acquisire i *dicta* pre-dibattimentali dei due testi assenti, né ad organizzare l'ultimo segmento del processo davanti ad un nuovo giudice: di per sé quelle non sono circostanze foriere di violazione all'art. 6 C.E.D.U. Quel che è mancato – s'è detto – è stata la garanzia di fattori capaci di rimediare al vantaggio dell'accusa: la difesa, insomma, non ha avuto la possibilità di esprimere la propria tesi, di provarla e di confrontarsi con le prove avversarie, nemmeno in situazioni diverse dall'udienza dibattimentale⁴⁶.

Viene confermata la natura dell'equità, che si configura come guida per il processo giusto e, quindi, per l'esercizio della giurisdizione in un sistema democratico⁴⁷: al contempo, si conferma la difficoltà nel dare una definizione al concetto, che va, invece, ripresa nei singoli casi, valutando il modo in cui le parti si siano rapportate di fronte al giudice, ciascuna esprimendo le proprie tesi ed avendo l'opportunità di dimostrarle⁴⁸.

⁴³ In dottrina, sull'importanza del principio di immediatezza nella giurisprudenza europea, proprio alla luce dell'esigenza di garantire il *fair trial*, RENON, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, in particolare 87 ss.

⁴⁴ Sulla necessità di un vaglio sul contegno del teste, da compiersi per mano del giudice chiamato alla decisione, Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania e Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

⁴⁵ Proprio in questo modo, Corte EDU, 21 aprile 2009, Cutean c. Romania e, sulla base di quella giurisprudenza, Corte EDU, 25 luglio 2019, Svanidze c. Georgia; Corte EDU, 7 marzo 2017, Cerovšek e Božičnik c. Slovenia; Corte EDU, 6 dicembre 2016 Škaro c. Croazia. Riguardante il nostro Paese, su temi contigui, Corte EDU, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia.

⁴⁶ Nei §§67 ss. la Corte esemplifica i possibili contesti di controbalanciamento che sarebbero stati utili alla difesa, rifacendosi alla propria giurisprudenza, sul punto molto solida: *ex multis*, Corte EDU, 14 giugno 2016, Rialhi c. Belgio e Corte EDU, 10 luglio 2012, Trampevski c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia.

⁴⁷ Si riprende volutamente l'idea di un *giusto processo* come locuzione tutt'altro che neutra e teorica, di cui parla GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 728 e che viene ripresa da AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 95-96. L'equità fonda il *fair trial* che costituisce l'*in se* del processo, al punto che ogni attività di giudice che sfugga a quel canone è lontana dall'essere definita come processuale.

⁴⁸ In argomento, pure PAGLIONICO, *Garanzie ed efficienza in un sistema multilivello dei diritti*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 1 ss. L'Autore si pone il problema del come eventuali *vulnera* di equità si riverberino

La giurisprudenza esaminata, volutamente contenuta negli ultimi mesi, ci restituisce alcuni criteri che, debbono, però, fungere da indicazione di massima per essere, poi, applicati nella vicenda sottoposta all'esame della Corte. Esattamente per questo motivo, si tornerà ora al caso di partenza, approfondendo il modo in cui la decisione si avvale dei precedenti strasburghesi in materia di equità processuale.

3. *Il vaglio sull'equità processuale in Ayetullah.* La Corte europea adotta un modulo argomentativo che considera, dapprima, le criticità emerse nella fase investigativa e, poi, le ricadute sul processo in termini di sacrificio delle prerogative difensive⁴⁹.

Più nel dettaglio, il percorso dei giudici europei prende abbrivio dagli errori commessi dagli inquirenti nella ricerca degli elementi di prova; telefoni cellulari, appunti ed altri oggetti utili all'incriminazione erano raccolti nei luoghi di pertinenza del ricorrente in spregio alle minimali esigenze della difesa: guardando alle mancanze più eclatanti, non veniva convalidato il sequestro di quei materiali, così mancando il dovuto controllo giudiziale sull'atto ablatorio⁵⁰; nondimeno, non era assicurato con continuità il contatto tra l'interessato e il suo difensore⁵¹.

All'esame della Corte, poi, è sottoposto il contegno dei giudici chiamati a pronunciarsi sul caso del ricorrente: essi facevano uso delle prove raccolte a

nel sistema interno, traducendosi in vizi del procedimento (p. 26), rimettendo siffatta valutazione al giudice della revisione, come indicato da Corte cost., sent., 7 aprile 2011, n. 113.

⁴⁹ Secondo l'assunto per cui l'eventuale incompletezza investigativa, laddove si traduca nell'ignoranza o nell'omissione di elementi favorevoli alla difesa si ripercuote pure sul giudizio: in questi termini, Corte EDU, 16 novembre 2017, Mammadov c. Azerbaijan. Per una riflessione sul tema, nell'ottica in cui le indagini debbano essere complete per tutelare le prerogative dell'individuo, della vittima e della collettività, MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *questa Rivista*, 2019, 3, in particolare 17-18.

⁵⁰ Sulla necessità della convalida come controllo di legittimità sui presupposti, sulla durata e sulla proporzionalità del sequestro rispetto al fine perseguito, Corte EDU, 24 ottobre 1986, A.K. c. Regno Unito.

⁵¹ Era platealmente violato un caposaldo della tradizione giuridica europea, sancito espressamente dalla Convenzione, ribadito da una giurisprudenza strasburghese tanto solida da essere granitica (solo per citare gli arresti menzionati nella decisione in nota, Corte EDU, Grande Camera, 9 novembre 2018, Beuze c. Belgio; Corte EDU, Grande Camera, 12 maggio 2017, Simeonovi c. Bulgaria; Corte EDU, 24 settembre 2009, Pishchalnikov c. Russia) e confermato, a livello unionista, da tutta la normativa che attua l'art. 82, par. 2, TFUE: *in primis*, ma non solo, la direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, attuata dal nostro Paese con d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184 e su cui, BARGIS, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *www.penalecontemporaneo.it* o, nella stessa Rivista, CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*.

detrimento delle tutele difensive, non prendevano in considerazione le doglianze esposte dall'imputato e, ovviamente, non se ne avvalevano nel rendere la sentenza di condanna.

C'è, insomma, un collegamento tra le violazioni patite dall'istante, che conduce i giudici di Strasburgo a considerarle nella loro totalità, come le parti di un'unica, macroscopica infrazione del paradigma di equità del processo⁵².

Vengono confermati i precedenti in materia. La Corte non guarda se l'autorità interna si sia conformata o meno al diritto processuale domestico; mantiene, piuttosto, uno sguardo di insieme sulla vicenda. Le regole nazionali sulla prova e i rilievi sulla loro applicazione pratica assurgono all'attenzione del giudicante europeo solo in quanto siano capaci di alterare gli equilibri tra le parti, ponendo una di esse in sostanziale svantaggio rispetto alle altre: in un tal contesto è conclamata la rottura rispetto all'art. 6 C.E.D.U.⁵³ Ne derivano criteri "a geometria variabile"⁵⁴, da calare, al solito, nella concretezza del caso.

Per altro verso, il concetto di equità ammette definizioni chiare solo in linea teorica: una norma di esclusione o una di valutazione della prova, stabilita dall'ordinamento interno, non è mai di per sé difforme dal parametro convenzionale: lo diventa quando sia interpretata od applicata in modo da scontentare uno dei comprimari processuali, violandone i diritti⁵⁵.

Entra in gioco lo spazio riconosciuto ad ogni parte per affermare la propria tesi e per dimostrarla, chiedendo l'ammissione di prove, confrontandosi con i testimoni avversari o, anche, avendo modo di esporre rilievi sull'altrui attività istruttoria e sul regolare svolgimento del processo⁵⁶.

Non si tratta di sindacare tanto la qualità della prova, quanto, piuttosto, il modo in cui l'evidenza entra nel dialogo tra le parti: un dialogo - rammenta la

⁵² Secondo un metodo ben noto alla Corte: *mutatis mutandis*, in un caso nel quale la polizia penitenziaria manteneva una serie di condotte contrarie ai diritti del ricorrente in custodia, rifiutando e trafugando documenti utili alla sua difesa, Corte EDU, 23 febbraio 2016, Navalnyy e Ofitserov c. Russia.

⁵³ Esattamente in questi termini, Corte EDU, 14 febbraio 2019, SA-Capital Oy c. Finlandia.

⁵⁴ Utilizza questa locuzione BIRAL, *L'overall examination*, cit., 2 in riferimento al noto precedente Corte EDU, 24 novembre 1986, Unterperthinger c. Austria e alla *sole or decisive rule*, per cui la prova dichiarativa d'accusa acquisita senza che la difesa abbia potuto interloquire, se posta a fondamento unico o decisivo della condanna, mina in maniera irrimediabile l'equità del procedere.

⁵⁵ La Corte europea valuta se, durante il procedimento probatorio, i diritti della difesa siano stati rispettati; se l'acquisizione li ha violati i giudici di Strasburgo si interesseranno del modo in cui l'evidenza è stata considerata a livello interno: così, Corte EDU, 17 ottobre 2013, Horvatie c. Croazia o, più risalente, Corte EDU, 12 gennaio 1999, Farim c. Turchia.

⁵⁶ Ricorrendo a questi argomenti è stato affermato che viola l'art. 6 C.E.D.U. il giudice che guidi l'esposizione del teste, limitando la difesa quanto a libertà di esprimersi: così, Corte EDU, 9 maggio 2017, Cherpion c. Belgio.

Corte nell'arresto annotato⁵⁷ – che esige la voce del difensore, anche per mettere in discussione la solidità dell'impianto d'accusa davanti al giudice e per assecondare l'opzione assolutoria secondo la regola dell'*in dubio pro reo*⁵⁸.

In definitiva, si arriva a condanna solo quando il giudice abbia concesso alla difesa la possibilità di confutare la tesi accusatoria e lo sforzo della parte privata non abbia realizzato la propria finalità: di tanto le corti debbono lasciare traccia nella parte motiva delle proprie sentenze, spiegando, cioè, la ragione per cui, pur dando spazio agli asseriti difensivi, non li si sia ritenuti sufficientemente forti per smentire l'addebito⁵⁹.

L'approdo merita ovviamente di essere contestualizzato nei singoli casi all'esame del giudicante europeo: se, in linea teorica, possono esservi situazioni in cui le ragioni di una circostanza sono implicite negli argomenti spesi da chi decide⁶⁰, sono comunque i connotati concreti di ciascuna fattispecie a determinare l'ampiezza e il grado di approfondimento della parte motiva⁶¹, che deve sempre espletare le proprie funzioni di descrittore dell'*iter* logico seguito dal giudice e di risposta alle istanze di parte⁶².

Nel caso di specie la Corte strasburghese rimarca come, davanti al giudice nazionale, il ricorrente avesse portato vari elementi a sostegno della propria tesi: si trattava di spunti specifici e dettagliati⁶³, capaci di mettere in dubbio

⁵⁷ Così, infatti, al §126.

⁵⁸ Per un precedente, Corte EDU, 13 dicembre 2011, *Ajdarič c. Croazia*. Sui collegamenti tra la regola del ragionevole dubbio e l'art. 6 C.E.D.U. nella giurisprudenza strasburghese, si rinvia alle osservazioni di DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁹ Recentemente la Corte ha ricordato come il giudice debba esaminare e rispondere debitamente alle censure sollevate, in modo da ossequiare i diritti previsti dalla Convenzione e dai suoi protocolli: così, Corte EDU, 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia*, con commento di DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad expansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 1 ss.

⁶⁰ Corte EDU, 13 luglio 1982, *X c. Repubblica Federale di Germania*.

⁶¹ Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Ruiz Torija c. Spagna*.

⁶² Osserva LORUSSO, *Il diritto alla motivazione*, in www.penalecontemporaneo.it che a livello di C.E.D.U. non c'è una norma che espressamente tuteli la motivazione; si trova qualche pronuncia strasburghese che «rappresenta la motivazione richiamandosi al canone dell'equità» (Corte EDU, 30 novembre 1987, *H c. Belgio*), che «sottolinea come i giudici debbano indicare in maniera sufficientemente chiara i motivi posti a fondamento delle proprie decisioni, anche ai fini delle eventuali impugnazioni» (Corte EDU, 16 dicembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grecia*) o che afferma come «la laconicità delle risposte dei giurati del [bba] trovare compensazione nella precisione delle questioni loro sottoposte» (Corte EDU, 2 giugno 2005, *Goktepe c. Belgio*).

⁶³ Al §195 della pronuncia in nota la Corte usa proprio i termini *specific* e *detailed*, a significare che tanto fu lo sforzo del ricorrente nel difendere le proprie ragioni e pari avrebbe dovuto essere quello del giudice nazionale nel rispondere alle istanze difensive. L'imputato, infatti, «*did not receive a sufficient response from the national courts, which either failed to address them at all or rejected them without*

l'autenticità delle prove d'accusa; il tribunale turco, però, non è stato in grado di reagire in maniera adeguata alle doglianze dell'imputato e si è limitato ad una condanna, senza puntualmente esaminare la versione della difesa.

Con un paio di esempi, il ricorrente è stato condannato senza che i giudici interni spiegassero per quale ragione fosse ritenuto responsabile del fallito attacco dinamitardo alla parata del Giorno della Vittoria (30 agosto 2004); nondimeno, si taceva sui nessi tra l'imputato e i contenuti di alcuni tra i telefonini reperiti nell'indagine.

Lacune come queste segnano una perdita in termini di equità processuale⁶⁴.

Questi rilievi consentono, poi, una precisazione ulteriore: gli indizi del coinvolgimento del ricorrente nel PKK appaiono molto precisi; nonostante questo, la Corte europea conclude per la violazione dell'art. 6 C.E.D.U. E, in effetti, il vaglio della responsabilità penale dell'istante non è compito dei giudici strasburghesi che sono, invece, chiamati a considerare la qualità dei rapporti tra le parti e i decisori, oltre allo spazio da questi ultimi concesso alle prime per esporre e per dimostrare le proprie tesi⁶⁵.

In sintesi estrema, le decisioni motivate servono allo scopo di dimostrare alle parti che sono state ascoltate e che, per questo, debbono accettare la decisione assunta nei loro riguardi⁶⁶; se la motivazione manca⁶⁷, c'è stata una carenza nei rapporti interni ai soggetti processuali che impedisce all'imputato di acco-

giving sufficient reasonings.

⁶⁴ Questa, secondo la Corte, era una «*situation evidently fell short of the elementary requirements of a fair trial*» (sempre al §195 della decisione in nota).

⁶⁵ In questo senso va condivisa la tesi espressa da ALLEGREZZA, *Violazione della CEDU e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del seminario. Ferrara, 9 marzo 2007*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2007, 24-25, secondo la quale non si potrebbe mai riconoscere alla decisione di Strasburgo il potere di porre nel nulla il giudicato interno senza procedere ad un nuovo giudizio dinanzi alla corte nazionale. Quella europea non è una decisione sul merito delle accuse, quanto, piuttosto, sulla tenuta dei principi convenzionali nei processi celebrati dinanzi all'autorità domestica.

⁶⁶ Così, Corte EDU, Grande Camera, 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgio*.

⁶⁷ Di fatto la Corte europea compie un controllo sulla motivazione funzionale al vaglio sull'equità del procedere: agli Stati è data la massima libertà sul tipo di regole processuali da adottare per la stesura delle parti motivate; ne deriva, così, una certa difficoltà nel fissare parametri uguali per tutti gli ordinamenti, date anche le diversità intrinseche tra gli stessi e tra le loro tradizioni giuridiche. Così, SPIELMANN, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *15 Camb. YB. Eur. Leg. St.*, University of Cambridge, CELS Working Paper Series, 29 February 2012, 117 o GALLAGHER, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, Research Paper No. 52/2011, 10: «*the very vagueness of the concept of margin of appreciation undermines its effectiveness as a protection against an overexpansive interpretation of the Convention*», oltre a DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto*, cit., 5-6.

gliere la propria condanna; senza nemmeno guardare alla solidità delle accuse, tanto basta a sancire l'infrazione del *fair trial*.

Si possono, così, fissare alcune conclusioni sul caso.

Giustamente la Corte sceglie di esaminare le rimostranze del ricorrente da una prospettiva che le consenta di guardare all'evolversi del procedimento, dalle indagini alla sentenza di condanna: si tratta di comprendere se eventuali mancanze nell'interlocuzione con la difesa siano state compensate nelle fasi successive del giudizio o se, piuttosto, il difetto pregresso sia stato coltivato, aggravando le conseguenze del mancato ascolto dell'imputato. Ancora, occorre valutare se e come di questo percorso il giudice abbia dato conto nella propria motivazione, esaminando i tanti spunti comunque offerti dall'interessato.

Trova, allora, conferma il dato che il giudicante europeo non guarda al singolo istituto: la logica del *fair trial*, la ricerca di evenienze capaci di bilanciare lacune precedenti e l'idea di un equilibrio tra le parti presuppongono uno sguardo sull'intera vicenda processuale⁶⁸ per comprendere il modo in cui la stessa sia stata vissuta da chi l'ha subita e, quindi, se costui abbia avuto occasione di esprimersi appieno⁶⁹. Si nota, poi, come la giurisprudenza europea impieghi spesso lemmi afferenti ai campi semantici della parola⁷⁰ e dell'ascolto⁷¹, riconducendo il contraddittorio al frangente di dialogo nel quale la difesa deve esprimersi e deve essere ascoltata⁷².

Proprio sulla scorta di questi rilievi l'autorità turca viene condannata per la violazione dell'art. 6 C.E.D.U.; la riflessione è, però, utile ad affrontare alcuni

⁶⁸ In questa esatta direzione, Corte EDU, 7 giugno 1989, Briemont c. Belgio.

⁶⁹ Per ulteriori riflessioni sul rapporto tra equità e prova penale, si rinvia a LA ROCCA, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, in *La prova penale*, vol. I, diretto da Gaito, Torino, 2008, 161; ZAGREBELSKY, *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Prova penale e Unione Europea. Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea" (Bologna, 18-19 aprile 2008)*, a cura di Illuminati, Bologna, 2009, 113 ss.; ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo". Processo penale e giustizia europea. Atti del convegno, Torino 26-27 settembre 2008*, Milano, 2010, 14. Sul tema dei nessi tra contraddittorio, difesa ed equità, UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *La cooperazione di polizia in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Rafaraci, Milano, 2011, 43 ss.

⁷⁰ A cui è ovviamente riconducibile l'idea stessa dell'esaminare il testimone: così, tra le tante, Corte EDU, 3 dicembre 2013, Vararu c. Romania.

⁷¹ Ancora una volta, Corte EDU, Grande Camera, 16 novembre 2010, Taxquet c. Belgio, cit.

⁷² Un esempio per tutti, in rima con i precedenti sin qui studiati, è quello della persona che, sentita a s.i.t., accusi l'indagato, salvo, poi, ritrattare la propria versione: se la difesa ha avuto la possibilità di esaminare i *dicta* accusatori nel contraddittorio, la condanna può pure essere fondata su di essi. Così, Corte EDU, 13 novembre 2014, Bosi c. Italia. Su questa pronuncia, BALSAMO, LO PIPARO, *Quando il collaboratore ritratta in giudizio le precedenti dichiarazioni*, in *Cass. Pen.*, 2015, 2039.

nodi irrisolti del diritto processuale nostrano: ad essi è dedicata la parte terminale di questo lavoro.

4. *Futuribili. Per una funzione terapeutica dell'inutilizzabilità.* La connessione tra equità, prova e contraddittorio induce ad alcuni pensieri ulteriori, riferiti alla tenuta del giusto processo nell'ordinamento nostrano.

L'acquisizione delle evidenze dichiarative è il banco di prova più affidabile per testare il funzionamento del *fair trial*⁷³. Si badi, non certo per sottoporre a censura le norme procedurali interne – s'è visto: non è questa la funzione della Corte⁷⁴ –, quanto piuttosto per criticare alcune prassi che, di per sé, rischiano di minare gli equilibri tra le parti⁷⁵ e che necessitano di essere approfondite alla luce dei rapporti tra la giurisdizione strasburghese e il diritto domestico⁷⁶.

Si punta l'accento su quelle variazioni dalle regole codicistiche sulla *cross examination* che la Cassazione reputa innocue, poiché non accompagnate dalla previsione di invalidità⁷⁷ e che rendono il giudice libero di gestire il contraddittorio per la prova dichiarativa nel modo ritenuto più opportuno⁷⁸.

Risulta addirittura intuitivo il dato per cui suggestioni giudiziali, controesami bloccati indebitamente o uno scarso controllo della corte sulle domande altrui possano incrinare, talora irrimediabilmente, gli equilibri tra i protagonisti

⁷³ Proprio in relazione alle circostanze che possono emergere nel contraddittorio tra le parti a seguito dell'escussione di un teste e che influiscono sulla decisione: Corte EDU, 2 giugno 2005, Göktepe c. Belgio.

⁷⁴ Anche perché, pure in tema di prova dichiarativa, vale il principio per cui il vaglio sull'equità del procedere va compiuto sulla globalità del giudizio: così, Corte EDU, 1° giugno 2010, Gäfgen c. Germania.

⁷⁵ Qui è in gioco, ancora una volta, lo spazio lasciato alla difesa, se, cioè, essa possa esprimersi, esporre le proprie tesi e contestare quelle avversarie. Un tale criterio è espresso in Corte EDU, 9 maggio 2017, Cherpion c. Belgio, cit.

⁷⁶ Sui rapporti tra gli ordinamenti della Grande Europa e dei Paesi membri, Italia in particolare, vedi, ancora, ALLEGREZZA, *Violazione della CEDU e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi*, cit., 24.

⁷⁷ La giurisprudenza sul punto è copiosa: tra le tante e più recenti, Cass., Sez. V, 2 maggio 2018, H.F., in *Mass. Uff.*, n. 273233; Cass., Sez. III, 3 ottobre 2017, M.D., in *Mass. Uff.*, n. 271883; Cass., Sez. III, 9 ottobre 2014, Cifaldi, in *Mass. Uff.*, n. 260872; Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2013, Rionero, in *Mass. Uff.*, n. 257026; Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, B., in *Mass. Uff.*, n. 252134.

⁷⁸ Qualche segnale – diremmo – di speranza proviene da Cass., Sez. IV, 19 maggio 2020, C.C., con note di GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in www.sistemapenale.it e di BENEVIERI, *Il giudice suggestivo. L'esame testimoniale condotto dal giudice in una prospettiva tra diritto e linguaggio*, in www.penaledp.it che, in un caso di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, riteneva l'illegittimità delle domande suggestive poste alla persona offesa dal consigliere d'appello e annullava la condanna che ne derivava. In particolare, nella pronuncia si legge che l'esame della vittima «non ha fornito un sapere certo. La teste si è limitata, per gran parte dell'esame, ad assecondare ... il giudice che la interrogava». Insomma, il decisore non è *legibus solutus* nel rapportarsi ai dichiaranti; il che restituisce valore alle regole poste dagli artt. 498 e 499 c.p.p.

del processo, con successivo nocumento per l'equità del giudizio.

Ecco, allora, che è utile applicare al tema di indagine gli insegnamenti che la Corte ha espresso in *Ayetullah*.

Sono due gli aspetti che meritano approfondimento per comprendere se il richiamo all'art. 6 C.E.D.U. possa essere utile a superare un orientamento che, nei fatti, priva di effettività le norme sulla dinamica della prova dichiarativa⁷⁹.

Il primo è uno spunto – diremmo – storico: inteso il *fair trial* come un diritto inviolabile del singolo, si valuta di attualizzare l'adagio della Consulta che, ormai mezzo secolo fa, affermò: «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁸⁰. In una battuta, si tratta di comprendere se il principio valga anche per le attività *europaisticamente* illegittime che tali sono, cioè, perché poste in contrasto con il diritto unionista o con quello strasburghese⁸¹.

Il secondo è un rilievo di metodo. La Corte europea, nell'attestare l'equità di una procedura, compie un giudizio d'insieme, senza soffermarsi sul singolo atto probatorio; nondimeno, essa non decide seguendo i nostri criteri di valutazione⁸², ma apprezza, di nuovo, la tenuta dei referenti convenzionali nella globalità della vicenda interna e può, in ipotesi, finire per ritenere legittime

⁷⁹ E su cui si rinvia a GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 70 o, con specifico riferimento alla già menzionata Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, n. 7373, B., in *Mass. Uff.*, n. 252134, C. VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 165 ss.

Per approfondire la natura dei divieti nelle singole norme che regolano l'acquisizione della prova orale, CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 889; CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 781; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 534; CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1768.

In tema, utile, pure, lo studio di SCILLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, t. I, Torino, 2009, 494; PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (dir. proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3241. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 293.

⁸⁰ Ovviamente si sta richiamando Corte cost., n. 34 del 1973.

⁸¹ Sotto questo profilo si sviluppano alcune considerazioni esposte da chi scrive al Convegno *Intercettazioni e diritto di difesa* (Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara, 9-10 ottobre 2020).

⁸² Proprio su questo aspetto, DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione. Atti del Convegno presso l'Università di Bari, Ostuni, 8-10 settembre 1989*, Milano, 1991, 27 parla di «ipertrofia strutturale» del nostrano diritto della prova, che consta di regole che non trovano spazio oltre confine.

evidenze che non lo sarebbero secondo il diritto nazionale⁸³: un esempio può essere quello della condanna sorretta da un'unica prova indiziaria acquisita nel contraddittorio; l'assenza di riscontri concordanti viola l'art. 192, comma 2, c.p.p., ma la garanzia dell'*audiatur et altera pars* potrebbe mandare l'autorità nazionale esente da censure sul piano dell'art. 6 C.E.D.U.⁸⁴

Inquadrate le problematiche, si scenda ora nel dettaglio.

Appare possibile attualizzare le parole della Consulta all'attuale sistema multi-livello di protezione dei diritti⁸⁵, richiamando il concetto di *ordine pubblico europeo* inteso come fondamento comune dei valori che riempiono l'*European human rights law*⁸⁶ in quanto derivati dalle tradizioni costituzionali comuni, dall'Unione europea e dalla Convenzione E.D.U. come interpretata dalla Corte di Strasburgo⁸⁷.

Un tale percorso argomentativo porta all'impossibilità di assicurare effetti ad attività che, nel processo, si siano svolte a detrimento delle posizioni individuali assicurate dalla Costituzione o dai diritti europei.

Bisogna, poi, arrivare a tale conclusione, sempre considerando l'art. 53 C.E.D.U.⁸⁸: non c'è disposto convenzionale che possa essere letto in modo tale da limitare o da pregiudicare diritti riconosciuti dalle leggi nazionali o da altro accordo sottoscritto dagli Stati⁸⁹.

⁸³ Per un esempio, Corte EDU, 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia, con nota di BALSAMO, *Ancora su contumacia e su dichiarazioni predibattimentali*, in *Cass. Pen.*, 2007, 3092 ss.

⁸⁴ Per simili, condivisibili considerazioni e per un esempio analogo in tema di esame del correo nel contraddittorio, ma senza riscontri, ALLEGREZZA, *Violazione della CEDU e giudicato penale*, cit., 25, nota 22. L'Autore osserva come in ipotesi del genere si arriverebbe al paradosso di una condanna fondata su una prova contraria al diritto nazionale, senza la possibilità di un rimedio a livello europeo per il diverso canone adottato dalla Corte di Strasburgo.

⁸⁵ Riflette sul ruolo del giudice (e, quindi, della giustizia) penale in un tale sistema, MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁶ Seppure in chiave molto critica, riconduce l'*ordre public* all'*European human rights law*, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 58-59. Secondo l'Autore *ordine pubblico europeo e ordine pubblico nazionale* sono nozioni rischiose: in entrambi i casi «sono sempre e comunque le mutevoli e "poco controllabili" esigenze di difesa sociale a giustificare la fluidificazione dei diritti fondamentali di coloro che "incarnano" fenomeni percepiti come (più o meno) pericolosi e (più o meno) destabilizzanti» (p. 59). Il pericolo, ad esempio, è che, nel conflitto tra il reo e la vittima, vinca la seconda a prescindere (p. 58).

⁸⁷ In rima con le considerazioni di Corte EDU, 23 marzo 1995, Loizidou c. Turchia.

⁸⁸ Sul quale già ci si è intrattenuti nell'apertura di questo studio, considerando il principio di maggior tutela come logica fondante il lavoro interpretativo della Corte E.D.U. Oltre ai contributi citati, per una panoramica dei rapporti tra i diritti europei, si rimanda ad ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR, Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, vol. I, a cura di Ligeti, Oxford, Portland, 2013, 908 ss.

⁸⁹ Disposto omologo è l'art. 53 della Carta di Nizza, che fa espressa menzione della Convenzione

Ne deriva, allora, che il giusto processo – qualificato come equilibrata relazione tra il giudice e le parti – è un bene riconosciuto a livello domestico e sovranazionale; in base alla logica della maggior tutela, va protetto impiegando gli strumenti più efficaci tra quelli previsti dall’ordinamento interno e da quelli europei⁹⁰.

Ancora, pure intendendo l’ordine pubblico europeo come nozione servente ad un’idea di sicurezza comune e, quindi, capace di scongiurare fenomeni percepiti come pericolosi e destabilizzanti⁹¹, non per forza le vanno attribuiti connotati negativi: circoscrivendo la considerazione al tema di analisi, basta ricordare come un giudizio iniquo sia effettivamente una circostanza dannosa per la solidità delle istituzioni democratiche e, quindi, in aperto contrasto con gli obiettivi fissati in ambito europeo e con una Costituzione – la nostra – che predica l’esercizio della giurisdizione mediante il giusto processo.

La prima conclusione, quindi, è che le parole che la Consulta pronunciò nel 1973 possono tranquillamente riferirsi (anche) al modo in cui l’Europa protegge i diritti individuali⁹²: così, attività che li offendano non producono effetti nel processo a carico di chi le abbia subite; l’avverbio *costituzionalmente*, posto a fianco dell’aggettivo *illegittime*, può essere sostituito con il meno eufonico – ma, forse, più adatto all’odierna temperie – *eupeisticamente*⁹³.

E.D.U.: il collegamento è interessante, atteso che, nella logica della Piccola Europa, i diritti fondamentali esistono in quanto sono funzionali (o, comunque, non di ostacolo) al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione. La clausola in parola, quindi, porta a proteggere le situazioni sancite dai diritti interni e/o da Strasburgo al di là del livello utile alle esigenze eurounitarie. Approfondisce questi temi RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 3, 3 ss.

⁹⁰ In argomento sono interessanti le riflessioni di VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo. Qualche osservazione dall’angolo visuale di un penalista*, in www.penalecontemporaneo.it sul rapporto tra tutele costituzionali e strasburghesi a partire da Corte cost., sent., 30 novembre 2009, n. 317, e di DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione Europea*, cit., specie per quel che riguarda il *maximum standard* e i rapporti tra Piccola e Grande Europa.

⁹¹ Si riprendono le parole di V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali*, cit., 59.

⁹² Intesi nella loro universalità di posizioni riconosciute per «*all human beings*», come ricorda LEUPRECHT, *General Course on Human Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *Academy of European Law, Collected Courses 1996*, The Hague, 1997, 2.

⁹³ Per il processo penale questa appare la soluzione più idonea a fronteggiare la vaghezza con cui, specie nel diritto unionista, ci si riferisce ai diritti fondamentali: sono solo nominati e la loro infrazione non è associata a previsioni sanzionatorie. Per analogia critica, oltre agli Autori già citati, CAIANELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at eu Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, 317 ss.; SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, 141 ss.; AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, in *German Law Journ.*, 2013, 1919 ss.

La chiosa torna utile per sciogliere il secondo nodo, relativo ai diversi modelli decisionali della giurisdizione strasburghese e delle corti italiane.

La visione d'insieme tipica della Corte alsaziana non è di per sé incompatibile con i criteri adottati dal giudice nostrano per acclarare la legittimità della prova⁹⁴. Attesa la diversità di impostazione, è senz'altro opportuno tornare sul principio di maggior tutela e ricordare come si stia discutendo di un diritto che merita il massimo livello di protezione, in quanto posto alla base dello Stato democratico⁹⁵.

Occorre ragionare di conseguenza e distinguere tra le due ipotesi in cui il sistema nazionale attrezzi salvaguardie meno efficaci di quelle europee e il caso opposto. Fa da sfondo la considerazione per cui non appaga il *refrain* della Suprema Corte per cui il giudice che violi gli artt. 498 e 499 c.p.p. commette una mera irregolarità, dal momento che si tratta di norme che prescrivono precisi divieti in ambito istruttorio⁹⁶: senza volere uscire dal tema di quest'indagine - e rimanendo, quindi, sul piano europeo - si invocano qui percorsi alternativi alla configurazione di un'inutilizzabilità per il solo fatto di applicare l'art. 191 c.p.p. all'infrazione degli schemi probatori descritti dal codice in tema di *cross examination*. Meglio detto: si arriva, sì, a quella norma, ma perché lo suggerisce la corretta configurazione dei rapporti tra il sistema interno e la Grande Europa.

Per sceverare le due ipotesi, occorre rammentare che la Corte di Strasburgo si esprime nel senso della violazione dell'art. 6 C.E.D.U. nel caso in cui la sentenza sia resa sulla base di un percorso processuale iniquo: occorre, quindi, che la prova orale assunta in spregio alle norme sulla *cross examination* sia stata determinante per la decisione finale e, al contempo, siano mancati fattori di compensazione a vantaggio della parte che abbia subito la violazione⁹⁷.

⁹⁴ S'è parlato in merito di uno «scontro-incontro tra legalità diverse» (RIONDATO, *Ineffettività italiane della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e ruolo del giudice penale interno*, in www.penale.it) che, però, a nostro avviso, non impedisce di avvalersi di soluzioni capaci di conciliare le peculiarità dei due ordinamenti.

⁹⁵ Lo ricordano GAITO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "Codice Vassalli": quel poco che ne rimane...*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 1 ss., ripercorrendo i trascorsi che condussero all'inserimento del giusto processo nella Carta fondamentale; di recente, critico sulle posizioni assunte in materia dalla Consulta, NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 1, ss.

⁹⁶ In argomento, FERRUA, *La prova nel processo penale. I. Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 150-151; VARRASO, *La violazione del divieto di domande suggestive: il ruolo delle parti ed il potere del giudice*, in *Cass. Pen.*, 2006, 2868; COLAMUSSI, *In tema di "domande suggestive" nell'esame testimoniale*, in *Percorsi di procedura penale*, a cura di Perchinunno, Milano, 1996, 323.

⁹⁷ Ci si è semplicemente limitati ad ipotizzare un caso di iniquità secondo i criteri di *Al-Khawaja*, peraltro, richiamati con costanza dalla Corte europea. Alcuni esempi molto recenti, al di là di quelli già men-

In un caso siffatto la patologia processuale offende i referenti sovranazionali e non può produrre effetti: se avesse un seguito, infatti, verrebbe smentito l'assunto espresso dalla Consulta mezzo secolo fa e attualizzato al sistema multilivello dei diritti; nondimeno, ci si scontrerebbe con la logica della miglior tutela: infatti, l'evidenza dichiarativa rimarrebbe decisiva⁹⁸ ai fini dell'epilogo processuale, pur violando i necessari equilibri tra le parti e, quindi, il paradigma convenzionale del *fair trial*⁹⁹.

Il contributo lesivo dei diritti consacrati nella Convenzione va espunto dal procedere: in modo analogo a quel che si disse all'entrata in vigore del codice Vassalli, la strada da percorrere è proprio quella dell'inutilizzabilità; d'altro canto, nel lemma "legge" dell'art. 191 c.p.p. ben possono rientrare anche le fonti superiore alla primaria: Costituzione e, oggi, norme europee¹⁰⁰.

Va recuperata l'idea di una *sanzione forte*¹⁰¹ che, d'altra parte, allignava già nei lavori preparatori al codice vigente, quando si affermava: «nello stabilirsi (articolo 191) che le "prove illegittimamente acquisite" sono "inutilizzabili", si è inteso designare un fenomeno tipico conseguente alla ammissione di prove vietate in contrapposizione alla "nullità", riservata alla violazione delle forme degli atti processuali. Non si tratta di una novità in senso assoluto. Legislazione, dottrina e giurisprudenza hanno negli ultimi anni mostrato una chiara

zionati nel presente lavoro: Corte EDU, 22 ottobre 2020, Bokhonko c. Georgia o Corte EDU, 13 ottobre 2020, Zakharov e Varzhabyan c. Russia.

⁹⁸ Nel senso di determinarlo, toccando la sostanza della garanzia: su una tale prospettiva già s'è detto; resta da considerare che questo è l'unico approccio possibile, visto che il modello di equità processuale derivante dall'art. 6 C.E.D.U. è destinato a confrontarsi con ordinamenti nazionali estremamente variabili; taluni, pure, intrisi di inquisitorialità. Così, SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 142.

⁹⁹ Insomma, lo schema è quello tratteggiato in queste parole: «*le fait que la cour considère la procédure "dans son ensemble" pour juger de son caractère équitable signifie, a contrario, que, lorsque la cour admet une violation de l'article 6 CEDH, les irrégularités constatées revêtent une certaine importance et peuvent être de nature à jeter un doute sur le bien-fondé du résultat de la procédure inéquitable*»: così, RUEDIN, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruxelles, 2009, 278.

¹⁰⁰ Così, già CAMON, *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi "cellulari", acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria*, in *Cass. Pen.*, 1996, 3721. Che poi con "legge" si indichino pure le fonti superiori è cosa nota all'interprete, non solo esperto di materia penale: basti pensare all'elaborazione civilistica sul danno non patrimoniale e alla risarcibilità *ex art.* 2059 c.c. per il diretto nocimento alla situazione costituzionalmente protetta, anche quando non sia configurabile un reato: cfr. Corte cost., n. 233 del 2003.

¹⁰¹ L'inutilizzabilità può essere così intesa a dispetto del previgente assetto delle invalidità: ad essa si riferisce in questi termini GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 337-338. Si vedano pure CHIAVARIO, *Note sul tema delle inosservanze di regole per l'esame testimoniale (1996)*, in *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Torino, 1998, 92-93 e NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Foro it.*, 1989, 646.

propensione a designare con tale nome la sanzione per i vizi del procedimento probatorio, nella consapevolezza degli inconvenienti derivanti dall'uso dello schema della nullità nel settore del diritto probatorio»¹⁰².

Nell'ottica dei compilatori, quindi, l'inutilizzabilità indica un esperimento le cui risultanze non trovano spazio nel processo poiché viziato dalla violazione di un divieto¹⁰³: l'approccio è di sostanza e punta ad escludere una prova che sia altro da quel che il giudice deve impiegare per il decidere¹⁰⁴.

Rovesciando i termini della questione, l'inutilizzabilità indica alla corte quali sono i materiali di cui può avvalersi nella ricostruzione del fatto: in una parola, è guida per il corretto esercizio dell'attività giurisdizionale ed esprime, esaltandoli, i valori del giusto processo¹⁰⁵.

La lettura dell'art. 191 c.p.p. alla luce del percorso storico-evolutivo che ha condotto all'odierna formula consente pure qualche apprezzamento circa la natura del divieto da cui scaturisce la patologia.

È tale quella preclusione che esprima una scelta di «politica processuale», giustificata dall'esigenza di preservare i valori del giusto processo: questa affermazione è in linea con la giurisprudenza, sia costituzionale¹⁰⁶, sia di legittimità¹⁰⁷.

¹⁰² La Relazione al testo definitivo del codice (G.U. Serie Generale, 24 ottobre 1988, n. 250 - Suppl. Ordinario n. 93) pone in luce come, già sotto la vigenza del codice Rocco, si sia fatto uso del lemma «utilizzabile» e dei suoi derivati. Si porta l'esempio dell'art. 304, comma 3, c.p.p. 1930, per il quale non potevano «essere *utilizzate*» le dichiarazioni autoindizianti di colui che era sentito come testimone, in assenza di difensore; in modo analogo, l'art. 226 *quinquies* c.p.p. 1930 escludeva l'utilizzabilità delle intercettazioni effettuate al di fuori dei casi di legge.

¹⁰³ Come ricorda PISANI, *Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III del Progetto di un nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, in particolare 203, i «risultati eterodossi dell'atto» sono determinati dal divieto, per il giudice, di considerare quella prova. In argomento, e sempre con richiamo al distinguo tra nullità e inutilizzabilità, pure ARICÒ, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell'Istituto di diritto e procedura penale (Università di Salerno)*, Salerno, 1993, 20.

¹⁰⁴ Proprio in quest'ottica la resa finale dell'art. 191 c.p.p. introduce l'avverbio «legittimamente», riconducibile - ancora, secondo la Relazione del 1988 - ad una prova che sia conforme ai valori cui il processo penale pretende di ispirarsi. In argomento, anche DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 39.

¹⁰⁵ Parlano in questo senso di un'«antigiuridicità più marcata» per la «rilevanza dei diritti attinti dall'atto» inutilizzabile CONTE, GEMELLI, LICATA, *Le prove penali*, Milano, 2011, 521-522.

¹⁰⁶ Corte cost., n. 219 del 2019 con commenti di PICARI, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 1 ss. e di CASIRAGHI, *La Corte costituzionale non esclude l'inutilizzabilità derivata in materia probatoria*, in *www.sistemapenale.it*. Il virgolettato «politica processuale» è da questo arresto della Consulta.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Mass. Uff.*, n. 204644 lo dice espressamente: «qualsiasi divieto probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale».

Ecco, allora, che dall'art. 6 C.E.D.U. - quale norma a tutela del *fair trial* - derivano divieti la cui disattenzione nell'acquisire una prova ne determina l'inutilizzabilità, nel solco, peraltro, del monito dei giudici costituzionali del 1973, attualizzato all'osmosi tra ordinamento nazionale e diritti europei: con altre parole, la Convenzione impedisce l'attività istruttoria condotta in modo da bloccare o da limitare gli equilibri tra le parti, con il risultato di rendere la vicenda processuale complessivamente iniqua.

Certo - s'è visto - per la Corte di Strasburgo la violazione di diritti fondamentali che si traduce in una prova illecita rileva quando questa sia decisiva per il verdetto: è lì, infatti, che ha luogo la lesione dell'equità¹⁰⁸.

Torna, a questo punto, la dicotomia tra i compiti del giudicante europeo e quelli delle corti domestiche¹⁰⁹: non spetta certo al primo di controllare, in astratto, se la legislazione interna assicuri adeguata tutela alle posizioni giuridiche convenzionali¹¹⁰; il suo intervento sopraggiunge alla definitiva chiusura del processo nazionale. La Corte di Strasburgo ragiona su una patologia che già ha manifestato i propri sintomi e non dispone di strumenti capaci di frenarne la diffusione mentre è in corso¹¹¹; viceversa, a livello interno, esistono congegni a difesa dell'ortodossia processuale, sia per ciò che riguarda le forme, sia per quel che attiene ai valori più profondi che la informano¹¹².

Se, allora, si accetta che l'inutilizzabilità sia posta a presidio del giusto processo¹¹³, non vi sono difficoltà a ritenerla la risposta più utile alla prova che, inse-

¹⁰⁸ In questi termini, CASSIBBA, *Art. 6 - Diritto a un processo equo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Viganò, Ubertis, Torino, 2016, 166, ma pure, dello stesso Autore, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2bis c.p.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*. In argomento, ancora, UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, 87.

¹⁰⁹ A più riprese rammentata in questo contributo e pure nella pronuncia che si annota.

¹¹⁰ Cfr. la già citata Corte EDU, 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, §109. Sul punto, NOBILI, *Torbide fonti ed adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, 161 ricorda pure come la Corte di Strasburgo non disponga della possibilità di applicare sanzioni processuali all'autorità interna, né tantomeno viga nel sistema convenzionale un principio di tassatività delle violazioni censurabili equiparabile a quello che anima la disciplina interna delle invalidità.

¹¹¹ Riecheggiano le parole della Suprema Corte nostrana nella sentenza *Somogyi* (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in *Mass. Uff.*, n. 235036): «qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto», ben ricordate da GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, cit., 21.

¹¹² In questo, si crede, va ripresa la dicotomia tra nullità e inutilizzabilità, rammentando che si tratta sempre di capire quali siano «i requisiti della legittima acquisizione della prova al giudizio»: così, SCIELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2001, 168.

¹¹³ Come pure di recente ricordato dalla Consulta: ancora, Corte cost., n. 219 del 2019.

rita in giudizio, potrebbe astrattamente offendere la Convenzione E.D.U. e i valori di cui si fa latrice¹¹⁴.

Non ha senso, quindi, distinguere tra «prova assunta in violazione di divieti posti dalla legge» e «prova assunta con modalità diverse da quelle prescritte»¹¹⁵: pure quest'ultima può essere in grado di infrangere i corretti rapporti tra le parti e il giudice, e, quindi, di rendere iniquo il processo.

Con una battuta, quindi, se la Corte europea censura l'autorità interna per una condotta contraria all'art. 6 C.E.D.U. che, purtroppo, già ha prodotto conseguenze sulle parti, il giudice nazionale ha il dovere¹¹⁶ di evitare un tale scenario. Egli interviene in un momento nel quale non ha ancora chiare le concrete ripercussioni del vizio, poiché il giudizio ancora non è giunto al termine. Non può, quindi, che astenersi dall'uso dell'elemento probatorio ogni volta in cui, in astratto, sia idoneo a squilibrare i rapporti processuali.

È questa, peraltro, l'opzione che maggiormente risponde alla logica della maggior tutela.

Da un lato, il diritto interno salvaguarderebbe il *fair trial* ad un livello superiore della Convenzione E.D.U., eliminando pure quelle evidenze che, in potenza, avrebbero contraddetto l'art. 6 C.E.D.U. ma che, nel concreto, non si sono rivelate determinanti per la decisione finale: una prova, infatti, o è inutilizzabile o non lo è; è impensabile assicurarle effetti¹¹⁷, ancorché limitati, per il solo fatto che il giudice ha deciso *anche*¹¹⁸ sulla scorta di altri elementi o, co-

¹¹⁴ Con buona pace di quella «cultura inquisitoria» che «continua a dominare e a frenare l'autonomia delle parti nell'esame diretto e incrociato», rendendo quello «un percorso di sofferenza e di frustrazione che registra continui scontri con l'altare su cui è collocato il giudice. Poiché egli tutto vede e tutto sa, l'esaminatore deve sopportare interferenze e intromissioni di ogni tipo». Con queste efficaci parole, su un contesto di evidente frizione con l'ideale di equità propugnato da Strasburgo, AMODIO, *La cross examination all'italiana*, in *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, 192.

¹¹⁵ Sottigliezza inaccettabile, tipica di un orientamento giurisprudenziale ormai affermato in materia di prova dichiarativa: il virgolettato è da Cass., Sez. V, 17 luglio 2008, Cutone e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242025 ma identiche nel fraseggio sono svariate altre pronunce, sia più risalenti, sia più recenti.

¹¹⁶ Torna FAZZALARI, *Istituzioni di diritto*, cit., 429: il giudice *può* perché *deve*.

¹¹⁷ Condivisibile l'idea per cui «dire che l'elemento inquinato non ha un ruolo determinante nella decisione significa comunque riconoscergli un valore probatorio», espressa da ALLEGREZZA, *Violazione della CEDU e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi*, cit., 25.

¹¹⁸ Il connettivo «anche» va evidenziato. Secondo la *sole or decisive rule*, infatti, per determinarsi l'infrazione dell'art. 6 C.E.D.U. occorre che la prova patologica sia stata il fondamento unico - o, comunque, quello decisivo - per il verdetto finale. Su questo i criteri *Al-Khawaja* sono chiari, al pari dell'altra giurisprudenza europea sin qui esaminata sul tema dell'equità. Orbene, se pretendessimo di trapiantare concetti siffatti in Italia, finiremmo per riconoscere comunque un valore alla prova astrattamente iniqua - e, quindi, non utilizzabile - ogni volta in cui essa fosse assistita da risultati probatori analoghi. Oltre che intrinsecamente erronea, questa conclusione indurrebbe ad operazioni difficilmente gestibili: per quanto possa esservi compatibilità tra gli esiti dei vari esperimenti istruttori, non è detto che, togliendone uno dal patrimonio cognitivo del giudice, l'esito rimanga lo stesso; e tanto, poiché il

munque, senza ritenerla dirimente nella formazione del proprio convincimento.

D'altra parte, una siffatta lettura dell'inutilizzabilità permetterebbe all'autorità interna di anticipare l'attivarsi del giudice strasburghese, rendendolo probabilmente inutile. Altrimenti detto, la sanzione agirebbe esattamente a baluardo dei valori convenzionali¹¹⁹; la corte domestica interverrebbe a processo ancora in corso e, quindi, impedirebbe ad una condotta potenzialmente contraria all'art. 6 C.E.D.U. di spiegare effetti nefasti sulla complessiva equità del giudizio.

Viene in luce la *funzione terapeutica* dell'inutilizzabilità, correttamente intesa come risposta a contegni che offendono i più elevati principi a tutela del processo giusto. Proprio nel segno di una tale concezione, sono inaccettabili disquisizioni sulla portata dell'art. 191 c.p.p., capaci di disapplicarlo sulla base di rilievi meramente formali, magari legati ad un imperfetto *draft* normativo (es. la prova non è inutilizzabile poiché viola un divieto a cui il legislatore non ha associato previsioni di invalidità¹²⁰) o a distinzioni artificiose che non trovano risposta nelle norme processuali (es. la prova assunta in violazione di un divieto di legge rispetto a quella acquisita con modalità diverse da quelle previste¹²¹).

5. Conclusioni. Il complesso dei rapporti tra inutilizzabilità ed equità processuale, se applicato ad una vicenda complessa come quella esposta dal ricorrente in *Ayetullah*, obbliga l'autorità interna ad una più responsabile gestione del proprio ruolo¹²².

Con un maggiore grado di precisione, se correttamente si parla di un *dovere*

ragionamento giudiziale non è un'operazione matematica.

Lo avevano inteso già un secolo fa i commentatori del codice liberale: «molte volte lo stesso giudicante sarebbe imbarazzato a graduare la virtù probatoria delle risultanze e degli argomenti, così che anche le solite frasi “a prescindere”, “senza rilevare” o simili, son da prendersi con beneficio d'inventario»: così, MOSCHINI, *L'art. 531 del nuovo cod. proc. pen.* in *Riv. dir. proc. pen.*, 1913, I, 581.

¹¹⁹ Il percorso è sempre quello avviato da Corte cost., n. 34 del 1973, cit.

¹²⁰ Così, la più volte menzionata, Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, B., in *Mass. Uff.*, n. 252134.

¹²¹ Tra le tante menzionabili, recente, la già citata Cass., Sez. III, 3 ottobre 2017, M.D., in *Mass. Uff.*, n. 271883 che, addirittura, arrivava a ritenere legittima la rinnovazione dell'esame testimoniale davanti al nuovo giudice, condotta con la semplice conferma di quanto già detto dal *loquens* al decisore precedente, benché con evidenza contraria ai primi due commi dell'art. 499 c.p.p. non essendovi domande su fatti specifici, ma, di fatto, un'unica questione capace di suggerire la risposta.

¹²² Ci si può riferire all'inutilizzabilità nei termini di una regola di condotta rivolta proprio al giudice o, durante le indagini, all'autorità investigativa. Così, già subito dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli, ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di Gaito, Padova, 1989, 187.

giurisdizionale e, prim'ancora, di un *dovere* di indagare, l'inutilizzabilità è la replica all'inadempimento del decisore o dell'inquirente¹²³.

Segnali a conferma provengono proprio dalla sentenza in commento.

Già si è notato che la Corte esamina le censure proposte in una soluzione unitaria, come unica violazione dell'equità¹²⁴ che ha origine dalle indagini preliminari e si spinge fino al processo e alle motivazioni della condanna.

Ciò significa che, fin dalle battute iniziali dell'accertamento, si erano verificate situazioni capaci di mettere in angolo l'indagato, limitandone in modo irrimediabile la difesa: una perquisizione o un sequestro arbitrari e non convalidati, proprio come l'impedire il contatto tra l'arrestato e il suo legale, rendono ardua - se non impossibile - la preparazione di una strategia difensiva efficace o la raccolta di elementi utili a smentire le accuse¹²⁵.

Immaginando di tradurre un'ipotesi del genere nel sistema nostrano, prima di tutto, correrebbe in soccorso dell'inquisito una previsione di invalidità dei singoli atti d'indagine contrari alle sue prerogative¹²⁶.

D'altro canto, ammettere l'impiego di risultanze in tal senso viziate ai fini della scelta tra archiviazione e richiesta di rinvio a giudizio significherebbe avviare un processo su evidenze illecite, che non potrebbero essere utilmente impiegate per il decidere proprio perché contrastanti con i valori di giustizia processuale¹²⁷.

Proprio in questo sta l'importanza della pronuncia annotata, che evidenzia il nesso tra l'indagine e il processo, sottolineando come già nell'approvvigionamento degli elementi utili a sostenere l'accusa si debba osservare il dogma dell'equità: un'inchiesta che non ne tenga conto è destinata a sfociare in un giudizio che, necessariamente, non sarà equo. O, meglio, che

¹²³ L'approdo è desumibile dalla stessa gerarchia delle fonti: il giudice non può certo fare uso di un contributo che viola le posizioni protette al livello più elevato; tanto traspare senza possibilità di equivoco da Corte cost., n. 34 del 1973, cit.

¹²⁴ Secondo un *modus operandi* - s'è visto - tipico pure di più risalenti arresti europei: v., ad esempio, Corte EDU, 23 febbraio 2016, Navalnyy e Ofitserov c. Russia.

¹²⁵ Ancora una volta, e in una sola battuta, un tale contegno impedisce il processo equo: è proprio in questo concetto che si compendiano le garanzie sancite dall'art. 6 C.E.D.U., come anche ereditate dal nostrano art. 111 Cost. Su questo collegamento, oltre alla bibliografia già indicata nelle pagine che precedono, si rinvia a LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico (Studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, Torino, 2008, 153 ss.

¹²⁶ Donde l'ovvio riferimento all'inutilizzabilità come sanzione posta a garanzia delle posizioni difensive, come rilevato da Cass., Sez. III, 24 settembre 2015, Carambia, in *Mass. UIt.*, n. 266791).

¹²⁷ Per una riflessione sulle varie letture dell'inutilizzabilità, alla luce dei vari interessi in gioco e, quindi, della possibile contrapposizione tra esigenze dell'accertamento e diritti individuali, GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

erediterà le patologie della fase precedente¹²⁸.

Sul piano dei rapporti tra equità e inutilizzabilità, va notato come l'art. 191 c.p.p., operando anche durante le indagini preliminari¹²⁹, ben possa atteggiarsi, pure in quel momento, a tutela del *fair trial* nell'ampia accezione disegnata dalla Corte europea¹³⁰.

Di più, l'approccio dei giudici strasburghesi impone un'esegesi di alcune regole codicistiche che sappia adeguarsi ai principi convenzionali¹³¹.

Talune delle norme meritevoli di intervento - s'è visto - riguardano il segmento dibattimentale: è ormai impensabile¹³² leggere gli artt. 498 e 499 c.p.p. senza associare alla violazione dei divieti ivi espressi l'inutilizzabilità della prova dichiarativa, in quanto elemento potenzialmente capace di alterare gli equilibri tra le parti¹³³.

Altri correttivi, invece, toccherebbero le indagini: si sceglie di approfondire un caso in questa direzione, così da rimarcare l'importanza degli orientamenti europei analizzati in queste pagine.

L'art. 350, comma 7, c.p.p. concede alla polizia giudiziaria di ricevere dichiarazioni spontanee dall'indagato, pur vietandone «la utilizzazione nel dibattimento», se non a fini di contestazione e, quindi, per il vaglio di credibilità

¹²⁸ Il fenomeno, poi, è amplificato allorché si pensi all'ingresso nel fascicolo dibattimentale di atti irripetibili o ad alcune prassi che deviano dagli artt. 431 ss. c.p.p., consentendo al giudice di apprendere direttamente i contenuti dell'attività investigativa (in tema, GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 2, 1 ss., ma pure VOENA, *Rapporto tra indagini e dibattimento*, in *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi*, a cura di Kostoris, Milano, 2018, 113).

¹²⁹ Pur con il limite, su cui ci si attarderà a breve e su cui insiste certa giurisprudenza, della prova viziata valida come mero spunto d'indagine o come notizia di reato: un esempio, in Cass., Sez. III, 11 febbraio 2014, n. 6386, Keka, con nota di PIRAS, *Inutilizzabili le dichiarazioni spontanee non verbalizzate*, in www.dirittoegiustizia.it proprio sulle dichiarazioni spontanee dell'indagato, raccolte dalla polizia giudiziaria.

¹³⁰ In argomento, per un caso di interrogatorio svoltosi senza il rispetto delle garanzie difensive e, quindi, integrante la violazione dell'art. 6 C.E.D.U., Corte EDU, 24 gennaio 2019, Knox c. Italia, con nota di GIALUZ, *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³¹ Solleva perplessità circa la prova 'inconvenzionale' quando non vi sia corrispondenza tra la norma interna e la disposizione sovranazionale, GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova*, cit.

¹³² A meno di non ricadere in una lettura delle norme che neghi «il valore epistemologico di un contraddittorio *reale* nell'assunzione della prova, dando conto *a contrario*, ma ineludibilmente, del fatto che in linea teorica una prova acquisita in violazione dei divieti statuiti dal legislatore *potrebbe tranquillamente essere assunta a fondare una decisione di condanna, purché se ne motivi l'attendibilità*». Questo accade, infatti, quando si riconosce agli artt. 498 e 499 c.p.p. il solo ruolo di indici il cui rispetto, al più, assicura credibilità al dichiarante, degradando una norma di esclusione della prova in una servente alla sua sola valutazione. Il virgolettato è da VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 161.

¹³³ Il pensiero torna, ovviamente, al nesso tra contraddittorio ed effettività della difesa tecnica. *Mutatis mutandis*, v. i rilievi dei giudici strasburghesi in Corte EDU, 27 novembre 2018, Soytemiz c. Turchia.

dell'accusato.

L'interpretazione - o, meglio, l'applicazione - letterale del virgolettato potrebbe essere foriera di iniquità.

L'esempio chiarirà il concetto¹³⁴.

In un caso nel quale una persona veniva tratta in arresto perché sorpresa a vendere droga, gli agenti si accorgevano che la targa della vettura sulla quale si trovava al momento del controllo era stata contraffatta; ne derivavano due procedimenti, che la Procura iscriveva separatamente: uno per spaccio e l'altro per falsità materiale commessa dal privato; dal verbale delle operazioni di polizia si evinceva che *spontaneamente* l'arrestato affermava di avere alterato la sequenza alfanumerica della targa con un pezzo di nastro adesivo nero.

Limitando al solo dibattimento l'inutilizzabilità di questa dichiarazione, essa potrà essere impiegata per l'esercizio dell'azione, ma pure nel rito abbreviato o per scongiurare un proscioglimento immediato in caso di patteggiamento o di messa alla prova.

Nondimeno, nel caso di specie, la confessione occorreva in un frangente nel quale l'arrestato ancora non era stato raggiunto dal difensore e non era edotto sulle conseguenze processuali del proprio agire, diversamente da quanto sarebbe accaduto durante l'interrogatorio.

È piuttosto evidente come l'indagato si sia trovato a parlare in un contesto di forte emotività, senza l'assistenza di un legale, confidando, magari, di uscire più facilmente da quella situazione se avesse ammesso le proprie colpe. Questi rilievi, già di per sé, bastano a comprendere quanto grave fosse lo squilibrio tra l'autorità inquirente e il singolo che ad essa era assoggettato¹³⁵; nondimeno, ad attribuire effetti ad una confessione siffatta, il rischio è di trasmettere nel prosieguo del procedimento il medesimo stato di intrinseca fragilità in cui versava l'arrestato, parlando spontaneamente¹³⁶.

Le considerazioni tornano utili se s'immagina un rito abbreviato che si chiude con la condanna del confidente: l'art. 438, comma 6*bis*, c.p.p. non verrebbe in aiuto all'imputato, poiché, ad accettare la lettera dell'art. 350, comma 7,

¹³⁴ L'esempio è tratto dal caso deciso da G.i.p. Rovigo, ord., 4 novembre 2020, inedita.

¹³⁵ Esplora il tema della pressione psicologica esercitata dalla polizia su chi si trovi in stato di arresto Corte EDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia.

¹³⁶ Qui non tanto per il discorso sull'irripetibilità degli atti per cui già si è rinviato a GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., 1 ss., quanto per la stessa formula dell'art. 350, comma 7, c.p.p. che, limitando l'inutilizzabilità alla sola fase dibattimentale, per converso ammette la possibilità di impiegare le dichiarazioni spontanee in tutti gli altri contesti del procedere (fase investigativa, udienza preliminare, riti speciali, esecuzione, sorveglianza, ecc.).

c.p.p., il giudice che utilizzasse la dichiarazione spontanea, non incapperebbe in alcun divieto probatorio. Il risultato sarebbe, però, una pronuncia criticabile a livello europeo per la sua contrarietà ai principi del *fair trial*.

In maniera non troppo diversa, qualora l'indagato optasse per il patteggiamento o per la messa alla prova, impedire il proscioglimento immediato a causa di quella confessione violerebbe senz'altro l'art. 6 C.E.D.U., che non fa distinzioni quanto al tipo di provvedimento finale, limitandosi a censurare la decisione assunta sulla base dell'unica o determinante prova iniqua.

Da ultimo, ritenere la dichiarazione spontanea utilizzabile dal pubblico ministero per decidere sull'azione porta comunque ad un assurdo logico: il processo verrebbe incardinato sulla scorta di un elemento che non troverebbe spazio nel dialogo dibattimentale. Non solo: sulla scia della confessione potrebbero essere adottati i provvedimenti che, in varia misura, caratterizzano la fisiologia delle indagini, dalle restrizioni cautelari personali alle reali, dalle opzioni sulla richiesta di incidente probatorio a quelle sull'istanza archiviativa, e così via.

Ignorare le ricadute di un contributo istruttorio sul piano della complessiva equità del procedimento significa - sia durante le indagini, sia nel dibattimento - accettare il rischio di una decisione giudiziale ingiusta.

La soluzione sta, ancora, una volta nel concepire l'inutilizzabilità come sanzione forte, idonea a rimediare ai guasti del *fair trial*.

La sentenza *Ayetullah* è illuminante sotto questo profilo: l'approccio della Corte considera l'evolversi del procedimento subito dal ricorrente ed evidenzia i pericoli che derivano dall'accogliere, già dalle indagini, un elemento patologico, permettendogli di diffondersi nei successivi segmenti del giudizio.

La metafora medica è molto efficace: rende bene l'esigenza di una cura, che blocchi il dilagare della malattia.

Sono i diritti nazionali a doverla prevedere: l'intervento strasburghese - s'è visto - è postumo; per il sistema nostrano viene, quindi, in aiuto l'art. 191 c.p.p. che, letto in chiave europeistica¹³⁷, riesce ad assicurare la funzione terapeutica dell'inutilizzabilità; proprio per il suo ruolo di protezione dei valori fondanti il giudizio nei sistemi democratici, essa è rilevabile sempre, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo¹³⁸. Funge, così, da farmaco sempre

¹³⁷ E, quindi, pure in un'ottica punitiva per quello Stato che contravvenga gli impegni assunti a livello internazionale nei confronti degli altri Paesi della Grande Europa, come bene evidenzia GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 11.

¹³⁸ In effetti, l'art. 191, co. 2, c.p.p. riflette quell'idea di sanzione forte su cui a lungo si sono intrattenuti i compilatori.

disponibile di fronte alla prova inquinata dall'infrazione dei principi di fonte superiore a guida del *fair trial*.