



Università degli Studi di Trieste

XXVIII ciclo del Dottorato di ricerca in Scienze penalistiche

**LE REGOLE DI ESCLUSIONE DELLA PROVA
NEL PROCESSO PENALE EUROPEO**

Settore scientifico-disciplinare: IUS/16 DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Dottorando
ANDREA CABIALE

Coordinatore
Chiar.mo Prof. PAOLO PITTARO

Supervisore di tesi
Chiar.mo Prof. MITJA GIALUZ

Anno accademico 2014-2015

Indice

Introduzione.....	5
-------------------	---

PARTE I

I meccanismi europei di esclusione della prova.

Scopi e funzionamento

CAPITOLO I

Ricerca della verità ed esclusione probatoria

1. La verità come aspirazione comune dei sistemi processuali	7
2. (segue) Ricerca della verità e giustizia della decisione	14
3. L'esclusione come ultima difesa del metodo probatorio	17

CAPITOLO II

Le regole di esclusione poste a tutela dell'accertamento

1. La disciplina inglese e quella italiana dell' <i>hearsay evidence</i>	23
2. (segue) L'esclusione del materiale probatorio pregiudizievole.....	34
3. Il metodo misto tedesco e la libertà della prova francese.....	45
4. Inaffidabilità della prova e sfiducia nel giudice.....	57
5. (segue) Il ruolo della fiducia nel giudice nello sviluppo delle discipline probatorie di Francia e Germania	64
6. (segue) Scelte epistemiche e scelte ideologiche nella disciplina probatoria italiana	70
7. Il metodo migliore.....	77
8. L'alternativa all'esclusione: il criterio di valutazione probatoria.....	86

CAPITOLO III

L'esclusione delle prove illegittimamente acquisite

1. I "limiti" alla ricerca della verità.....	92
--	----

2. I silenzi del legislatore in Inghilterra e Germania	94
3. Le invalidità probatorie in Francia e Italia.....	105
4. L'esclusione delle prove "derivate"	121

PARTE II

Le regole di esclusione della prova nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

CAPITOLO I

Il trattamento di *hearsay*, *bad character* e *opinion evidence* in ambito convenzionale

1. Premessa: il sistema probatorio convenzionale	131
2. L' <i>hearsay rule</i> secondo la Corte europea.....	136
3. (segue) Da <i>Al-Khawaja e Tahery c. Regno unito</i> a <i>Schatschaschwili c. Germania</i>	147
4. <i>Bad character</i> e <i>opinion evidence</i>	152

CAPITOLO II

La protezione dei diritti fondamentali dell'accusato

1. Le prove acquisite in violazione della "legalità convenzionale"	157
2. Il diritto all'assistenza tecnica.....	158
3. Il diritto all'assistenza linguistica.....	167
4. Il divieto di tortura.....	170
5. Il diritto al rispetto della vita privata	179
6. « <i>The right not to be incited to commit a crime</i> »	188
7. Le valvole di sicurezza del sistema: il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione	194
8. (segue) L'approccio casistico della Corte.....	198
9. La violazione "derivata" dei diritti convenzionali	203
10. Il diritto a un uso "equo" della prova	205

PARTE III

Le regole di esclusione della prova nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” dell’Unione europea

CAPITOLO I

Le direttive in materia di garanzie processuali per l’accusato

1. Il diritto delle prove eurounitario	209
2. Il rafforzamento dei diritti processuali dell’accusato.....	214
3. L’apparente mancanza di “sanzioni” nella direttiva «sul diritto all’interpretazione e alla traduzione» e in quella «sul diritto all’informazione».....	215
4. I criteri di valutazione della direttiva «sul diritto di avvalersi di un difensore».	221
5. (segue) L’analogia soluzione adottata nella direttiva sul «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza».....	229
6. Un uso distorto del richiamo alla <i>fairness</i> processuale.....	232

CAPITOLO II

I nuovi strumenti della cooperazione

1. «Un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera»	236
2. (segue) Le “sanzioni” probatorie nella direttiva sull’OEI	242
3. Il pubblico ministero “europeo”	249
4. Il lungo cammino verso regole comuni.....	259
Conclusioni.....	269
Bibliografia.....	273

Introduzione

La perdita di dati conoscitivi attinenti all'oggetto del processo è senza dubbio un sacrificio piuttosto rilevante, che ogni sistema processuale – peraltro, per ragioni più che comprensibili – vorrebbe, in genere, evitare.

Eppure, in molti ordinamenti, questa sorte spetta – almeno potenzialmente – a diversi elementi del compendio probatorio.

A volte, una prova viene esclusa perché considerata nociva per l'accertamento fattuale: si ritiene, infatti, che possa indurre il giudicante in errore, oppure comprometterne l'obiettività.

In altre circostanze, è invece l'inosservanza delle regole a causare l'estromissione dal fascicolo: la mancanza di una formalità può aver generato informazioni inattendibili, oppure, più semplicemente, si vuole “sanzionare” la condotta negligente, o addirittura illegittima, della parte interessata.

Le situazioni appena descritte sono disciplinate con modalità anche molto diverse fra loro: una determinata categoria di prove può essere esclusa sempre, oppure solo in determinate condizioni; in alcuni casi, i divieti probatori sono prestabiliti dalla legge, mentre, in altri, ci si affida del tutto alla discrezionalità del giudice.

Il lavoro che si presenta intende studiare questi variegati fenomeni in un'ottica prettamente “europea”, partendo dagli ordinamenti domestici, per poi soffermarsi sul diritto prodotto dalle istituzioni che più ne rappresentano la sintesi, ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo e l'Unione europea.

Nella prima parte, quindi, con l'obiettivo di cogliere, nel loro insieme, le più recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali della materia in questione, vengono analizzate le *exclusionary rule* previste in quattro ordinamenti nazionali: la Francia e l'Inghilterra, come emblemi, rispettivamente, della tradizione inquisitoria e di quella accusatoria; la Germania e l'Italia, in quanto sistemi processuali frutto di contaminazioni più o meno recenti fra i due modelli archetipici.

La seconda parte è invece dedicata all'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dopo aver tratteggiato le caratteristiche salienti del "sistema probatorio convenzionale", si concentra l'attenzione sulle circostanze in cui i giudici di Strasburgo limitano l'uso delle prove acquisite in violazione dei diritti consacrati nella Convenzione, nonché sugli strumenti utilizzati per svolgere tale delicato compito.

Il raffronto con le corrispondenti fattispecie nazionali è poi finalizzato alla scoperta di somiglianze e diversità fra i due livelli di tutela, nonché a una migliore comprensione del modo di ragionare della Corte e delle *rationes* sottese ai suoi orientamenti.

Nell'ultima parte, vengono esaminate le più recenti iniziative dell'Unione europea, il cui intervento in materia di cooperazione penale, a seguito del Trattato di Lisbona, si è fatto più intenso e ha finito per lambire numerosi e problematici aspetti della disciplina processuale.

Le direttive sui «diritti della persona nella procedura penale» (art. 82, par. 2, lett. b, TFUE) e la regolamentazione dell'ordine europeo di indagine penale racchiudono infatti i primi segni di un diritto delle prove eurounitario, che, però, come vedremo, manifesta la sua più grande debolezza proprio nella mancanza di un'adeguata disciplina dei profili sanzionatori.

Infine, la disamina della proposta di regolamento relativa all'istituzione della Procura europea offre lo spunto per alcune riflessioni conclusive in merito alla prospettiva futura della libera circolazione delle prove in tutto il territorio dell'Unione.

PARTE I

I meccanismi europei di esclusione della prova.

Scopi e funzionamento

CAPITOLO I

Ricerca della verità ed esclusione probatoria

SOMMARIO. 1. La verità come aspirazione comune dei sistemi processuali. – 2. (segue) Ricerca della verità e giustizia della decisione. – 3. L'esclusione come ultima difesa del metodo probatorio.

1. La verità come aspirazione comune dei sistemi processuali

Sembra difficile immaginare che un qualsiasi sistema processuale, indipendentemente dalla propria tradizione di origine – inquisitoria, o accusatoria, che sia – possa rinunciare a inserire, più o meno esplicitamente, la ricerca della verità fra i suoi compiti istituzionali.

A ben vedere, infatti, è sufficiente volgere brevemente lo sguardo ad alcuni ordinamenti processuali europei, provenienti da matrici diverse, per rendersi conto di come il raggiungimento della verità – malgrado sfumature e interpretazioni a volte differenti – conservi costantemente una certa importanza. Semplicemente, in alcuni casi, questa affermazione trova più facile riscontro, mentre in altri è necessario cercare più a fondo.

Il codice di procedura penale francese e quello tedesco rientrano sicuramente nella prima categoria.

Quello francese, in particolare, contiene numerosissimi riferimenti alla «*manifestation de la vérité*», la quale, addirittura, diventa il criterio che deve essere

utilizzato dall'autorità giudiziaria per prendere diverse importanti decisioni¹: ad esempio, l'art. 42-5 permette la restituzione delle cose sequestrate soltanto qualora non siano più necessarie alla manifestazione della verità; l'art. 53, comma 3, prevede che il procuratore della Repubblica, per far emergere la verità, possa prolungare la durata della fase investigativa; inoltre, sempre a tal fine, l'art. 144 consente la "detenzione provvisoria" del «*mise en examen*», in vista della conservazione di prove e indizi.

Le disposizioni più significative sono però quelle che affidano direttamente al giudice il compito di accertare il vero: l'art. 81, comma 1, afferma che «*le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité*», mentre, secondo l'art. 310, il presidente della corte d'assise «*est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité*»².

Il codice di procedura penale tedesco presenta disposizioni simili: ad esempio, secondo l'art. 58 a, la deposizione delle persone informate sui fatti deve essere registrata, qualora vi sia il rischio di una successiva irripetibilità «*und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist*»; allo stesso modo, l'art. 81 c consente di compiere un'ispezione personale di soggetti diversi dall'imputato, senza il loro consenso, «*soweit zur Erforschung der Wahrheit festgestellt werden muß, ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat befindet*». Infine, similmente ai già citati artt. 81 e 310 del codice francese, l'art. 244, par. 2, prevede che «*das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind*»³.

¹ Si veda M. DELMAS-MARTY, *La preuve pénale*, in *Droits*, 1996, n. 23, p. 55.

² Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^a ed., Parigi, 2013, p. 309, secondo cui «*l'une des grandes fonctions de l'institution judiciaire pénale est de traduire devant les tribunaux les présumés délinquants. Or cet objectif suppose la mise en oeuvre d'institutions permettant de découvrir la vérité dans sa double dimension, factuelle et criminologique*»; nello stesso senso, si vedano A. ATAYA, *La légalité des moyens de preuve*, t. I, *La légalité des moyens de preuve dans les procès pénal en droit Français et Libanais*, Saarbrücken, 2014, pp. 9-15; X. LAGARDE, *La vérité, image doctrinale du droit de la preuve*, in *Droits*, 1996, n. 23, p. 33.

³ Cfr. K. JAVERS, *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 931; E. SCHLÜCHTER, *Compendio di procedura penale tedesca*, 2^a ed., Padova, 1998, p. 12; T. VORMBAUM-M. BOHLANDER, *A Modern History of German Criminal Law*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, pp. 83-84.

Insomma, all'interno di questi due ordinamenti, il conseguimento della verità sembra essere percepito come il fine ultimo del processo; e proprio per questa ragione, vengono affidati al giudice ampi poteri d'iniziativa probatoria. Quest'ultimo, infatti, «non è tenuto a fondare la sua decisione su ciò che gli presentano il pubblico ministero e l'imputato: ha facoltà e dovere di ordinare e compiere di propria iniziativa, 'd'ufficio', quelle ulteriori indagini che stimi utili alla scoperta della verità»⁴.

Per quanto riguarda i paesi di *common law*, il ragionamento deve essere più complesso.

Il processo, che si svolge all'interno di tale sistema, viene spesso raffigurato come una mera contesa fra due versioni dei fatti parziali e partigiane, inscenata davanti a un giudice-arbitro e a una giuria inerte⁵. Di qui, come è noto, si trae a volte l'idea di una giustizia penale che considera la ricerca della verità come un valore secondario ed è maggiormente interessata alla "risoluzione del conflitto" fra le parti⁶ e al rispetto delle regole del confronto⁷.

⁴ Così si esprimeva, in relazione all'ordinamento italiano, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6^a ed., vol. I, a cura di G.D. Pisapia, Torino, 1967, p. 203. Queste parole, tuttavia, paiono ancora attualissime, se confrontate con quelle scritte in un lavoro, ben più recente, nell'intento di descrivere l'analogo potere del giudice penale tedesco: «*the major feature that justifies calling the system in Germany an inquisitorial system, is the rule that the aim of any investigation and trial is the ascertainment of the material truth (materielle Wahrheit), not the truth based on facts adduced by the prosecution and defence. The court is not bound by any declarations of the parties, and investigates the facts of its own motion*»; si tratta di M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford-Portland, 2012, p. 27.

⁵ Si veda, su tutti, M.J. DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, pp. 580-587; ID., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, pp. 150-174.

⁶ Per approfondire questa nozione e la sua nota contrapposizione con l'idea di «processo come attuazione di scelte politiche», si veda M.J. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, pp. 173-299.

⁷ Cfr., ancora, M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 179, secondo cui «lo scopo di risoluzione dei conflitti eleva altresì i problemi di correttezza dello scontro [...] alla condizione di valori che possono interferire con la ricerca della verità. È il primato della concezione della risoluzione di conflitti che spiega perché negli ordinamenti angloamericani lo stile competitivo di accertamento dei fatti è accettabile, o addirittura desiderabile, benché comporti deviazioni rispetto alle modalità ordinarie di accertamento dei fatti»; nello stesso senso, si vedano M.L. FRIEDLAND, *Searching for Truth in the Criminal Justice System*, in *Criminal Law Quarterly*, 2014, p. 519; E. GRANDE, *Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth*, in AA.VV., *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirijan Damaška*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Oxford-Portland, 2008, p. 147; K. WILSON, *Fact-finding in Criminal Procedure*, in *The Carrington Rand Journal of Social Sciences*, 2014, n. 2, p. 140.

A ben vedere, però, almeno per quanto riguarda il processo penale inglese, la situazione non pare esattamente coincidere con quella appena descritta.

Innanzitutto, se è vero che la giuria non può sostanzialmente prendere alcun tipo di iniziativa, non altrettanto può dirsi del giudice togato. Quest'ultimo, infatti, gode di poteri piuttosto incisivi sullo svolgimento della vicenda processuale: egli può, fra l'altro, indicare alle parti nuovi temi di prova; citare testimoni e periti d'ufficio, qualora appaia necessario «*in the interests of justice*»⁸; decidere autonomamente di risentire dichiaranti già escussi dalle parti⁹; - come meglio si vedrà in seguito - escludere discrezionalmente prove di per sé ammissibili e ammetterne altre inammissibili; prosciogliere immediatamente l'imputato al termine del caso dell'accusa¹⁰; fornire alla giuria, durante l'*instruction*, precise e determinanti indicazioni sull'uso delle prove¹¹; assumere d'ufficio, nella fase del *sentencing*, informazioni sul fatto commesso e sulla personalità del condannato, nonché, infine, dopo il *guilty plea*, acquisire di propria iniziativa prove necessarie per dirimere questioni fattuali rimaste controverse fra le parti¹².

Del resto, così come il giudice non pare svolgere semplicemente il ruolo di arbitro, allo stesso modo, l'accusa non sembra essere soltanto una parte, totalmente libera di perseguire la propria versione dei fatti: la *section 2* del *Criminal Procedure and Investigations Act* del 1996, emendato nel 2005, obbliga infatti espressamente il *prosecutor* a svelare all'accusato non solo gli elementi a carico, ma anche quelli a discarico, che sono stati scoperti durante le indagini¹³.

Infine, un ausilio ben più importante per comprendere l'attuale assetto della giustizia penale inglese proviene dalle *Criminal Procedure Rules*, introdotte, nella loro prima versione, nel 2005. La *rule 1.1*, infatti, pone come principale obiettivo

⁸ Per ulteriori approfondimenti, si vedano A. KEANE-P. MCKEOWN, *The modern Law of Evidence*, 10^a ed., Oxford, 2013, p. 145.

⁹ Per ulteriori precisazioni, si veda anche L. MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 833-835.

¹⁰ Si veda A.A.S. ZUCHERMAN, *The principles of criminal evidence*, Oxford, 1989, pp. 53-56.

¹¹ Cfr. R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, 13^a ed., Oxford, 2013, pp. 41-42.

¹² Cfr. D. SHARPLEY, *Criminal Litigation. Practice and Procedure*, Guildford, 2014, pp. 124 e 254.

¹³ La disposizione in commento prevede che «*the prosecutor must - a) disclose to the accused any prosecution material which has not previously been disclosed to the accused and which might reasonably be considered capable of undermining the case for the prosecution against the accused or of assisting the case for the accused*».

(«*overriding objective*») della nuova codificazione, che i «*criminal cases be dealt with justly*»; subito dopo, però tale disposizione scende ancora più nel dettaglio e stila un elenco di priorità: «*dealing with a criminal case justly*» – si afferma espressamente – significherebbe, in primo luogo, «*acquitting the innocent and convicting the guilty*». Insomma, fra le regole che attualmente disciplinano lo svolgimento dei processi penali in Inghilterra, si è voluto specificare che la principale caratteristica di una decisione “giusta” è “l’assoluzione dell’innocente e la condanna del colpevole”; una simile dichiarazione d’intenti è molto significativa e consente di comprendere quanto, almeno idealmente, sia ormai distante l’immagine del processo come una mera competizione fra narrazioni più o meno persuasive, il cui esito, poco sensibile a istanze accertative, consisterebbe nella scelta dell’interpretazione “vincente”¹⁴.

Peraltro, anche il dibattito dottrinale sembra tutt’altro che indifferente al tema della verità e, anzi, ci si domanda costantemente se l’attuale disciplina della *law of evidence* sia in grado di conseguirla¹⁵. In altre parole, il problema più discusso non è se la giustizia penale abbia o meno bisogno della verità, ma, più che altro, quale sia il metodo migliore per cercarla.

¹⁴ Cfr. J.R. SPENCER, *Evidence*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty-J.R. Spencer, Cambridge, 2006, pp. 636-637: «*above all – and contrary to what is sometimes heard – the two groups of system [processo accusatorio e inquisitorio] are united on what the rules of evidence have as their essential aim. In every system this is the manifestation of the truth*»; W. TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2^a ed., Cambridge, 2006, p. 76, il quale, fra le più importanti assunzioni condivise fra i principali Autori anglo-americani, in tema prova, inserisce quella secondo cui «*establishing the truth about particular past events in issue in a case (the facts in issue) is a necessary condition for achieving justice in adjudication; incorrect results are one form of injustice*»; T. WEIGEND, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2011, p. 392, secondo cui «*society tolerates (because it has to) a margin of error as to the court’s findings of fact and law, but even in common law system, a judgment that does not even claim to have a basis in ‘true facts’ will not be accepted as a just resolution of conflict and instead will appear as an arbitrary judicial fiat*». Nello stesso senso, si esprimono A.L.T. CHOO, *Evidence*, 4^a ed., Oxford, 2015, p. 17; I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, 5^a ed., Londra, pp. 1-4; M.T. KING, *Security, Scale, Form, and Function: The Search for Truth and the Exclusion of Evidence in Adversarial and Inquisitorial Justice Systems*, in *International Legal Perspectives*, 2002, n. 12, p. 185; A.A.S. ZUCHERMAN, *The principles of criminal evidence*, cit., pp. 6-7.

¹⁵ Per un riassunto delle varie posizioni esistenti in merito al problema della ricerca della verità nella dottrina processual-penalistica di *common law*, si vedano A. RYAN, *Towards a System of European Criminal justice. The problem of admissibility of evidence*, Oxon, 2014, pp. 7-9; K. WILSON, *Fact-finding in Criminal Procedure*, in *The Carrington Rand Journal of Social Sciences*, 2014, n. 2, p. 132.

Il caso italiano è decisamente il più particolare. Come è noto, fino al 1988, la situazione non era molto diversa da quella francese e tedesca e, in più punti del codice di rito, si potevano trovare riferimenti alla “verità”¹⁶.

Durante l’elaborazione della nuova procedura, però, i codificatori, memori degli abusi che erano stati compiuti invocandone la ricerca, hanno preferito bandire tale valore dal lessico processuale¹⁷, affermando tuttavia di non voler «certamente accreditare l’idea che il nuovo processo non tenda» più al suo conseguimento¹⁸.

Sulla base di queste premesse, si è dunque seguita una soluzione di compromesso: la norma che, nel vecchio codice, così come in quelli francese e tedesco, concedeva al giudice poteri d’iniziativa probatoria d’ufficio, è stata riproposta anche nella nuova procedura, sebbene il riferimento all’accertamento della verità sia stato omissivo. Così, ora, secondo l’art. 507 c.p.p., «terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prova».

In sostanza, ci si è limitati a non spiegare più per quale ragione è necessario acquisire nuove prove; cosicché, conoscendo l’origine storica della norma, il richiamo alla verità potrebbe apparire quasi implicito¹⁹. Questa impressione è stata

¹⁶ Ci si riferisce, in particolar modo, all’art. 299, secondo cui «il giudice istruttore ha obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell’istruzione appaiono necessari per l’accertamento della verità». Una norma simile era poi prevista per il dibattimento, nell’art. 457, comma 2.

¹⁷ Cfr. A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, p. 152; G. CARLI, *Fatto e verità nell’ideologia della riforma e della controriforma del codice di procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 230-234; M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2^a ed., Torino, 1990, p. 123; M. NOBILI, *Il nuovo ‘diritto delle prove’ ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 395; M. PISANI, «Italian style»: figure e forme del nuovo processo penale, Padova, 1998, p. 96; M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Milano, 1975, p. 314; da ultimo, F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 609.

¹⁸ Cfr. G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 550.

¹⁹ Cfr. A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., p. 180, secondo cui le eccezioni alla «esaltazione del ruolo della parti nella formazione della prova», inserite nel codice del 1988, «tradiscono una inescusabile reviviscenza della concezione del primato del giudice nella ricerca della verità che era sancita nell’art. 299 c.p.p. 1930». Si vedano anche P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1079; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2^a ed., Milano, 2014, p. 144, secondo cui «l’iniziativa probatoria svolta dal giudice d’ufficio è configurata come residuale [...]; si tratta di uno strumento che serve per raggiungere lo scopo del processo, e cioè tendere ad accertare la verità». Cfr. anche E. RANDAZZO, *L’assunzione di nuove prove e le integrazioni inquisitorie del giudice dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1691, il quale afferma che «se la necessità deve raffrontarsi

del resto confermata dalla Corte di cassazione, la quale ha anche recentemente ribadito la «natura sostanziale» dell'art. 507 c.p.p., «che è dirett[o] alla ricerca della verità»²⁰.

Peraltro, anche al di là della norma appena citata, il riferimento a tale obiettivo appare un elemento costante sia nella giurisprudenza del Giudice delle leggi²¹, sia in quella della Corte di legittimità²², e compariva, seppur incidentalmente, anche all'interno della direttiva n. 73, contenuta nella legge delega per l'emanazione del codice (art. 2, l. 16 febbraio 1987, n. 81)²³.

Insomma, il processo penale italiano, come tutti gli altri sopra esaminati, non sembra aver rinunciato a porre fra i suoi obiettivi la scoperta del vero²⁴; piuttosto, tale obiettivo, esattamente come accade per il sistema inglese, si legge fra le righe, individuandone le tracce sparse.

all'accertamento della verità [...] dobbiamo ammettere la estrema e pericolosissima opinabilità del parametro».

²⁰ Ci si riferisce a Cass., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 43552, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 695, con nota di A. INNOCENTI, *Violazione della discovery e poteri di integrazione probatoria del giudice ex art. 507 c.p.p.* (p. 696).

²¹ Si veda, fra le altre, Corte cost., 23 maggio 1991, n. 258, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2096, secondo cui il processo penale «è ispirato al principio della ricerca della verità materiale e della più ampia facoltà di prova dei fatti oggetto del giudizio». Come è noto, nello stesso senso, si espressero poco tempo dopo altre sentenze della medesima Corte, le quali, tuttavia, utilizzarono il vessillo della ricerca della verità, per «demoli[re] i pilastri dell'edificio accusatorio» (così si esprime P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3^a ed., Bologna, 2012, p. 3) e consentire un ampio recupero dibattimentale delle dichiarazioni rese agli investigatori, nella fase delle indagini preliminari. Ci riferisce a Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, p. 114; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, *ivi*, p. 1932; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, *ivi*, p. 1961. Per ulteriori approfondimenti, si veda anche P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 157.

²² Cfr., Cass., sez. un., 5 giugno 1997, n. 21832, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 578, la quale afferma che «la strumentalità rispetto all'accertamento della verità materiale» costituisce uno dei «principi cui è improntato l'intero sistema processuale».

²³ Cfr. G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, Padova, 1990, p. 642: «potere del presidente, anche su richiesta di altro componente il collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande».

²⁴ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 131, secondo cui «l'accertamento della verità [...], in funzione di una giusta applicazione delle norme giuridiche alle fattispecie concrete, non può non integrare uno degli scopi istituzionali del processo»; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 109: «anche se cambiano i mezzi di accertamento, il processo non può non avere come scopo, per sua stessa natura, la ricerca della verità, che si tenta sempre di raggiungere nel migliore dei modi»; R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. pen. proc.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1997, p. 9; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 298; M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 312.

D'altra parte, questa circostanza non dovrebbe stupire: quale legittimazione potrebbe mai avere una condanna, emessa a seguito di un meccanismo processuale, che si sia proclamato disinteressato alla ricerca della verità²⁵? È piuttosto probabile che una sentenza di questo genere non riuscirebbe a trovare una valida giustificazione su cui fondarsi in alcun contesto²⁶.

2. (segue) *Ricerca della verità e giustizia della decisione*

Finora si è chiarito che ogni sistema processuale, indipendentemente dal modello di riferimento, sembra tendere immancabilmente alla ricerca della verità, né, d'altro canto, potrebbe fare altrimenti, senza rischiare di perdere la propria legittimazione.

Come viene spesso ricordato in dottrina, però, una simile ricerca non è affatto semplice: il processo, infatti, ha come oggetto accadimenti del passato, ormai sensorialmente irraggiungibili, il cui accertamento può avvenire solo per via mediata, attraverso le prove²⁷; queste ultime, per giunta, oltre a essere variamente disciplinate dalla legge²⁸, subiscono anche l'interpretazione del giudice, inevitabilmente condizionato dal proprio bagaglio di esperienze e conoscenze²⁹.

Sicuramente, non pare esserci alcun dubbio che i confini fisiologici e normativi cui va incontro l'accertamento processuale rendano estremamente difficoltosa, o addirittura solo probabilisticamente verificabile, la ricostruzione

²⁵ Cfr. P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., pp. 1078-1079, secondo cui «quale che sia il modello, accusatorio, inquisitorio, misto, ogni processo, definendo il tema storico dell'imputazione, esibisce come veri i propri asserti».

²⁶ Si veda, in questo senso, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, pp. 42-43, secondo cui «oltre che teoricamente possibile, la ricerca della verità dei fatti nel processo penale è anche ideologicamente opportuna ed anzi per molti aspetti necessaria». Cfr. anche F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione*, cit., p. 622.

²⁷ Si veda, in questo senso, F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 22.

²⁸ Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 33: «l'interferenza di una serie di comandi caratterizza a tal punto l'attività conoscitiva del giudice, che la eventuale divergenza tra fatto storico da provare e conseguente accertamento giudiziale non costituisce un fenomeno patologico; in certi casi essa può essere addirittura voluta».

²⁹ Per ulteriori approfondimenti, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, pp. 24-36.

fattuale: guardare il passato tramite le prove non potrà mai equivalere a una percezione sensoriale diretta.

Tuttavia, a ben vedere, non è tanto questa l'insidia da temere: ben più preoccupante, infatti, è che la consapevolezza dei limiti del processo, anziché fungere da sprone per la creazione di mezzi idonei a compensarli, ha frequentemente sortito l'effetto opposto; il dibattito non si è infatti concentrato sul modo migliore per ricostruire i fatti del passato; al contrario, si è preferito ripiegare su obiettivi più facilmente raggiungibili, sostenendo che il processo è in grado di conseguire soltanto verità "approssimative"³⁰, "giudiziali"³¹, o "nominali"³², ossia dipendenti dalle prove a disposizione e dal modo in cui vengono interpretate. In sostanza, in questa prospettiva, ogni procedimento diventa in grado di creare una sua propria verità e quanto emerso dagli atti, per ciò solo, finisce anche per fregiarsi della qualifica di "vero"³³.

Non è tuttavia di questo che ha bisogno il processo penale: il suo primo obiettivo – che va ben oltre quello di proclamare il conseguimento di una qualsiasi verità – dovrebbe essere la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente. La realizzazione di questo canone di giustizia – come si è detto, previsto espressamente solo nell'ordinamento inglese, ma certamente valevole per ogni altro³⁴ – non può dunque fare a meno di un costante riferimento a quanto effettivamente accaduto: non servirebbe a nulla affermare di aver ottenuto una

³⁰ Cfr., in questo senso, F. CALLARI, *Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1351; A. DE CARO, voce *Procedimento probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 540; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 23-24.

³¹ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., p. 132; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, cit., p. 298.

³² Cfr. O. MAZZA, voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 715. Ci si riferisce, in questo caso, alla cosiddetta «concezione semantica della verità», secondo cui, in estrema sintesi, un enunciato fattuale può dirsi "vero", se la descrizione dei fatti in esso contenuta corrisponde a quella emergente dall'insieme delle prove acquisite nel corso del procedimento. Per ulteriori approfondimenti su questa teoria, si vedano L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 20-23; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, pp. 15-19.

³³ Cfr. O. MAZZA, voce *Verità reale e verità processuale*, cit., p. 715, secondo cui il giudice non dovrebbe «chiedersi se l'imputato abbia effettivamente commesso il reato che gli viene ascritto [...]; il suo compito, molto meno ambizioso, sar[ebbe] quello di valutare la sufficienza o meno delle prove acquisite per la verifica dell'enunciato fattuale dell'accusa».

³⁴ Cfr., in questo senso, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, p. 16, secondo cui «la sentenza è 'giusta', quando, oltre a rispettare le regole procedurali, condanni il colpevole e assolva l'innocente»; nello stesso senso, si esprime G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 18-19.

verità quantomeno “approssimativa”, emergente dagli atti, se poi colui che è stato dichiarato assolto era, nei fatti, colpevole, o peggio ancora, il condannato era innocente.

Insomma, per quanto sia difficile da attestare, «il significato della parola ‘verità’» deve restare, nel processo, «quello della corrispondenza ai fatti, alla realtà»³⁵.

Pertanto, o ciò che viene affermato in sentenza coincide con quanto effettivamente accaduto, oppure bisognerebbe essere disposti ad ammettere che quella decisione non afferma il vero. Che poi quest’unica verità – a causa dei già citati limiti delle attività cognitive processuali – possa essere stabilita solo in termini di probabilità e non in via assoluta, è certamente un’altra spinosa questione; ma, in ogni caso, non sufficiente per giustificare l’abbassamento della posta in gioco, attraverso la creazione di nozioni di “vero” più facilmente – ma anche più pericolosamente – raggiungibili.

Gli ordinamenti processuali, in effetti, sembrano aver pienamente colto i rischi che si celano dietro certe interpretazioni e non paiono per nulla accontentarsi di facile prede; anzi, tentano sempre di ottenere la più nitida rappresentazione processuale di quanto realmente avvenuto: sebbene – come si è visto – l’opera di ricostruzione dei fatti, svolta nel processo, non sia sempre esplicitamente accostata alla “ricerca della verità” (come accade nei sistemi di *common law*³⁶ o, per fare un esempio più specifico, nell’art. 507 del codice italiano³⁷), vengono comunque

³⁵ Così, testualmente, P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1083; nello stesso senso, M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 138, secondo cui «quando si rompe l’accordo tra parola e mondo’, non ha senso preoccuparsi dell’accuratezza dell’accertamento o del fatto che le sentenze non riflettono la verità»; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 81, secondo cui «non appare giustificato alcun relativismo sostanzialmente nichilistico a proposito del concetto di verità, essendo la verità di un enunciato [...] determinata dalla realtà degli accadimenti che quell’enunciato descrive». Si vedano anche F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 26; J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2007, p. 79; ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, pp. 85-86; A. STEIN, *Foundations of evidence law*, Oxford, 2005, p. 56.

³⁶ Cfr. M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 430-431; A. STEIN, *Foundations of Evidence Law*, cit., p. 10, secondo cui «*accuracy in fact-finding (also identified as error-avoidance, or ‘rectitude of decision’, in Bentham’s terms) is a straightforward understandable objective of the law*».

³⁷ Cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, n. 41281, in *Guida dir.*, 2007, n. 2, p. 84, secondo cui «senza neppure scomodare i grandi principi (in particolare quello secondo cui lo scopo del processo è l’accertamento della verità) può più ragionevolmente affermarsi che la norma [l’art. 507 c.p.p.] mira

sempre approntate regole, più o meno complesse, volte – almeno nelle intenzioni – a promuovere un’elevata qualità dell’accertamento fattuale.

Insomma, le differenze terminologiche fra i vari sistemi processuali non paiono poi così importanti: ciò che conta è che l’esistenza stessa di siffatti meccanismi – al di là, poi, della loro concreta efficacia –, testimonia la volontà di avvicinarsi il più possibile a quanto effettivamente accaduto, senza accontentarsi di chiamare “verità” qualsiasi risultato emerga dagli atti.

3. *L’esclusione come ultima difesa del metodo probatorio*

L’aspirazione, più o meno esplicita, al raggiungimento di una verità, intesa come corrispondenza ai fatti, costituisce dunque il pilastro più importante su cui viene costruita la disciplina delle prove di ogni sistema processuale.

Come si è sopra accennato, infatti, l’esigenza di ottenere una fedele ricostruzione dei fatti, ai fini dell’emissione di una decisione “giusta”, spinge ciascun ordinamento a dotarsi di un proprio “metodo”³⁸ – quello ritenuto migliore nel contesto interno – per disciplinare l’ammissione, l’acquisizione e la valutazione delle prove. Queste ultime, infatti, rappresentano il cardine dell’accertamento

esclusivamente a salvaguardare la completezza dell’accertamento probatorio sul presupposto che se le informazioni probatorie a disposizione del giudice sono più ampie è più probabile che la sentenza sia equa e che il giudizio si mostri aderente ai fatti». In dottrina, si vedano le riflessioni di H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, pp. 70-74, il quale si mostra critico verso l’accostamento fra l’art. 507 c.p.p. e il fine della ricerca della verità e sembra invece ritenere più opportuno collegarlo a una esigenza di «completezza dell’accertamento» (p. 79); F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 286, secondo cui tale disposizione «salvaguarda l’imperiosa esigenza sociale di accertare i fatti»; P.P. PAULESU, *Considerazioni sull’intervento probatorio «ex officio» del giudice dibattimentale*, in *Giur. it.*, 1995, II, cc. 646-647; P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, pp. 26-30. Per una notazione più generale, cfr. L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti*, cit., pp. 122-123, il quale osserva che, nel nuovo codice, le espressioni «ricerca della verità» e «accertamento della verità» sono state per lo più sostituite con la locuzione «accertamento dei fatti»; si veda anche P.P. RIVELLO, *Limiti al diritto alla prova*, in AA.VV., *Le prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 1.

³⁸ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 139, il quale afferma che «in ogni procedimento di carattere epistemico ha importanza decisiva il metodo, ossia l’insieme delle modalità con cui vengono selezionate, controllate e utilizzate le informazioni che servono a dimostrare la verità delle conclusioni»; si vedano anche A. DE CARO, voce *Procedimento probatorio*, cit., pp. 540-541; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, cit., pp. 319-320, che parla di «metodo probatorio giudiziale».

fattuale³⁹, i tasselli del mosaico che, all'esito del processo, rappresentano gli avvenimenti del passato, davanti agli occhi del giudice e delle parti. La qualità di questo materiale, nonché il modo in cui viene utilizzato, sono dunque aspetti fondamentali, sui quali l'ordinamento tenta di lasciare la propria impronta, a volte, anche relativamente ai profili di più difficile normazione.

Il metodo probatorio, tuttavia, non può essere volto soltanto ad assicurare l'accuratezza dell'accertamento: la ricerca della verità non viene mai lasciata totalmente libera. Come è noto, infatti, senza freni, l'aspirazione al vero rischia di trasformarsi in «ossessione», in una pericolosa «ansia di conclusioni veritiere»⁴⁰, pronta a travolgere anche le più importanti garanzie individuali⁴¹.

Per questa ragione, ogni sistema processuale irreggimenta l'attività di ricerca e acquisizione delle prove, incanalandola all'interno di precisi binari normativi, al fine di tutelare diritti e libertà fondamentali dei soggetti in essa coinvolti⁴².

Disposizioni di questo genere, finalizzate ad esempio a tutelare la libertà del domicilio, la segretezza delle comunicazioni, o, più semplicemente, il diritto di difesa, vengono spesso etichettate come limiti alla scoperta della verità⁴³; addirittura, secondo alcuni, nemmeno apparterebbero al diritto delle prove, facendo piuttosto parte della disciplina relativa alla garanzia, di volta in volta, protetta⁴⁴.

³⁹ In questo senso, D. SIRACUSANO, voce *Prova*. III) *Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. dir. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2003, p. 1.

⁴⁰ Così, testualmente, F. CORDERO, *La riforma del processo*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 153.

⁴¹ Cfr. M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 312.

⁴² Si vedano C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, pp. 697-700; M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., p. 249; G. DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione. Atti del convegno presso l'Università di Bari. Ostuni, 8-10 settembre 1989*, Milano, 1991, pp. 21-22; W. PAKTER, *Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1985, pp. 2-3.

⁴³ Cfr., fra gli altri, G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, cit., p. 319. Nello stesso senso, si vedano F. CALLARI, *Verità processo prova certezza*, cit., p. 1351; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 11; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. XI; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 35; J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 71; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1078; R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. pen. proc.)*, cit., p. 9.

⁴⁴ Si veda, in questo senso, A. STEIN, *Foundations of evidence law*, cit., p. 27.

Attraverso questo tipo di classificazioni, però, le norme in esame finiscono inevitabilmente per assumere una connotazione negativa e quasi apparire come un ostacolo per la ricostruzione dei fatti.

Sembrerebbe allora preferibile abbandonare l'idea di uno scontro fra esigenze contrapposte, in cui l'una finisce per essere sacrificata in favore di altre, e pensare, piuttosto, che siffatte regole traccino la via da seguire per scoprire il vero. Ragionando in questi termini, la verità conseguita attraverso percorsi diversi da quelli indicati dall'ordinamento smette di essere un'appetibile conquista e si trasforma in una patologia priva di qualsiasi valore⁴⁵; cosicché, spogliata di ogni valenza – anche solo apparentemente – negativa, l'osservanza delle norme volte a tutelare garanzie fondamentali della persona non rappresenta più un intralcio e diventa parte integrante del metodo probatorio.

All'interno della disciplina delle prove, è poi individuabile un terzo ordine di disposizioni, che attuano interessi completamente extraprocessuali⁴⁶, come, ad esempio, le varie forme di segreto. Queste ultime, al contrario delle precedenti, costituiscono vere e proprie limitazioni alla possibilità di ricostruire i fatti del passato; sebbene, infatti, a prima vista, possano apparire simili, in realtà, svolgono un ruolo completamente opposto: mentre le regole che tutelano diritti e libertà fondamentali, potenzialmente lesi dalle attività processuali, come si è visto, mostrano il sentiero da seguire a chi voglia andare in cerca della verità, quelle del terzo tipo lo sbarrano⁴⁷; non forniscono indicazioni, limitandosi semplicemente a inibire. In altre parole, più che far parte del metodo, sembrano comprimerne l'ambito di applicazione. Ciò, comunque, non significa che la tutela degli interessi a esse sottese sia – in linea di principio – meno giustificabile di quella di altri; se ne vuole soltanto porre in rilievo la diversa natura e il rapporto di contrapposizione, più che di cooperazione, con le esigenze conoscitive del processo.

⁴⁵ Cfr., in questo senso, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 22, secondo cui «i risultati della ricerca contano nella misura in cui sono osservate le regole preposte ai modi di produzione della verità»

⁴⁶ Si veda G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, p. 36.

⁴⁷ Si veda P. SPAGNOLO, *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Milano, 2015, p. 5, la quale afferma che, «nell'ambito del processo penale il segreto può concernere fatti rilevanti per il processo, sostanziandosi così in un limite all'attività conoscitiva e all'accertamento della verità».

Ogni sistema processuale fa uso di vari strumenti per disciplinare il fenomeno probatorio⁴⁸: molteplici disposizioni regolano le modalità di acquisizione delle prove; i criteri di valutazione limitano, o condizionano, le inferenze da esse ricavabili; le regole di giudizio stabiliscono il grado di probabile veridicità dell'ipotesi accusatoria necessario e sufficiente per condannare⁴⁹; infine, l'onere motivazionale obbliga il giudice a rendere conto di come ha utilizzato le prove, indirizzandolo esclusivamente verso decisioni logiche e razionali⁵⁰.

Tuttavia, l'istituto che, più di ogni altro, è in grado di offrire ampia tutela agli svariati interessi coinvolti nelle attività processuali, è sicuramente rappresentato dalle regole di esclusione⁵¹; queste ultime, infatti, anziché limitarsi a regolare – dall'interno del procedimento – la formazione e l'uso delle prove, operano a monte, impedendo che esse entrino a far parte del compendio probatorio⁵².

L'esclusione può riguardare due diversi tipi di prove.

Innanzitutto, viene escluso il materiale conoscitivo il cui ingresso è di per sé vietato: si tratta di prove, che, a causa di una qualche loro intrinseca caratteristica, non possono concorrere a formare il convincimento giudiziale; si pensi, per quanto riguarda la disciplina processuale italiana, alle notizie coperte da segreto di Stato (art. 202 c.p.p.), alla perizia criminologica (art. 220, comma 2, c.p.p.), al documento anonimo (art. 240 c.p.p.), oppure agli atti di indagine preliminare in relazione al dibattimento (artt. 511-514 c.p.p.).

Fra le prove escluse, però, vi sono anche quelle che – pur astrattamente ammissibili – non sono state acquisite secondo formalità ritenute imprescindibili:

⁴⁸ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 333.

⁴⁹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione*, cit., p. 625: «quando i dubbi che permangono sono unicamente di natura scettica, sarebbe irrazionale ritenere non accertato il fatto: e per quanto detto circa i rapporti tra verità e giustificazione, ritenere accertato un fatto significa ritenere vero l'enunciato che lo descrive».

⁵⁰ Si veda, in questo senso, A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, cit., p. 304.

⁵¹ Cfr. C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, p. 99, la quale afferma che, «cuore pulsante del processo penale, sono i divieti probatori a scolpire il volto della prova e, di conseguenza, i contorni (ed i confini) dell'accertamento perseguibile».

⁵² Cfr., fra gli altri, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 18; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 3; I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 87; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 12; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 347.

ad esempio, l'«interrogatorio di persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza» è di per sé ammesso; tuttavia, qualora non venga «documentato integralmente [...] con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva» è inutilizzabile (art. 141 *bis* c.p.p.); allo stesso modo, i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati, qualora le operazioni di registrazione siano state compiute, senza giustificato motivo, con impianti diversi da quelli installati nella procura della Repubblica (art. 271, comma 1, c.p.p.).

Altre formalità – probabilmente più importanti – sono invece quelle che non si limitano a regolare la documentazione, o mere modalità operative, dell'atto acquisitivo, ma possono invece incidere direttamente sul contenuto della prova; si pensi, ad esempio, all'interrogatorio svolto senza prima fornire all'indagato, o imputato, i tre avvisi di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p.: è ben possibile che tale soggetto, se fosse stato correttamente informato della facoltà di non rispondere, oppure dell'eventualità di assumere la qualità di testimone per quanto riguarda il fatto altrui, non avrebbe reso alcuna dichiarazione, o comunque si sarebbe ben guardato dal menzionare altri soggetti.

In sostanza, le regole di esclusione operano nei primi due momenti del procedimento probatorio, impedendo che determinate informazioni giungano nella disponibilità del giudicante ai fini della terza fase della valutazione⁵³: alcune prove non possono *tout court* esservi immesse; altre vi entrano, ma vengono comunque escluse a causa di un vizio – formale, o sostanziale – intercorso durante la loro acquisizione⁵⁴.

Indipendentemente dai concreti meccanismi di funzionamento dell'esclusione e dei dati conoscitivi da essa potenzialmente colpiti, una cosa è sicura: non esiste strumento più efficace per difendere il metodo probatorio rispetto all'eliminazione delle prove che non ne soddisfano i parametri⁵⁵.

⁵³ Nel senso che il procedimento si compone delle tre fasi dell'ammissione, della assunzione e della valutazione, si vedano P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 97-98; M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 151. Per una diversa opinione, G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 122-123.

⁵⁴ Cfr. F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 55.

⁵⁵ Si veda J.I. TURNER, *The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law*, in *Southern Methodist University Dedman School of Law Review*, 2014, p. 832, la quale, nel suo lavoro, fa notare come molti ordinamenti, soprattutto in America Latina ed Europa dell'Est, nella fase di transizione da un regime

D'altra parte, però, non si può certo nascondere che una prova esclusa, in quanto qualitativamente inaffidabile, poteva comunque contenere informazioni utili; per non parlare, poi, di elementi dalla sicura forza probante, espunti dal compendio probatorio, perché – pur di ottenerli – sono state violate formalità più o meno importanti.

Insomma, l'integrità del metodo e il rispetto dei percorsi legali tracciati per la ricerca della verità – bisogna ammetterlo – possono avere un costo, a volte anche molto significativo⁵⁶.

Sta a ogni ordinamento decidere quando e come sacrificare l'efficacia dimostrativa di una prova. Come si vedrà, a volte, le soluzioni raggiunte sono diverse: cambiano i valori tutelati tramite l'esclusione, l'utilizzo di strumenti alternativi diviene più o meno frequente e, infine, mutano le possibilità di scelta concesse al giudicante.

Quel che è certo, però, è che, all'interno di ogni sistema processuale, la preclusione del contatto fra il giudice e una prova viene considerato – in linea di principio – l'*extrema ratio*, ossia l'eccezione a una regola generale che consente l'accesso a ogni prova – quantomeno – rilevante⁵⁷.

dittatoriale a un sistema democratico, abbiano adottato diverse regole di esclusione, proprio perché considerate lo strumento più severo ed efficace per garantire il rispetto di diritti fondamentali e libertà individuali.

⁵⁶ Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 71, il quale parla di «sacrificio epistemologico».

⁵⁷ Cfr. M. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2011; ID., voce *Giusto processo. II) Processo penale*, in *Enc. dir. Treccani*, vol X, Roma, 2001, p. 15; A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *Aa.Vv., La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, pp. 106-107; P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, in *AA.VV., Principles of evidence in international criminal justice*, a cura di K.A.A. Khan-C. Buisman-C. Gosnell, Oxford, 2010, p. 100, i quali affermano che, nell'attuale *law of evidence* inglese, vige il principio secondo cui «*all relevant evidence is admitted unless excluded by specific legal rule of admissibility deriving from statute or judicial law*»; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pp. 124-128.

CAPITOLO II

Le regole di esclusione poste a tutela dell'accertamento

SOMMARIO. 1. La disciplina inglese e quella italiana dell'*hearsay evidence*. – 2. (segue) L'esclusione del materiale probatorio pregiudizievole. – 3. Il metodo misto tedesco e la libertà della prova francese. – 4. Inaffidabilità della prova e sfiducia nel giudicante. – 5. (segue) Il ruolo della fiducia nel giudice nello sviluppo delle discipline probatorie di Francia e Germania. – 6. (segue) Scelte epistemiche e scelte ideologiche nella disciplina probatoria italiana. – 7. Il metodo migliore. – 8. L'alternativa all'esclusione: il criterio di valutazione probatoria.

1. La disciplina inglese e quella italiana dell'*hearsay evidence*

Il primo scopo per cui può essere imposta una regola di esclusione è dunque la difesa del metodo probatorio prescelto; attraverso l'eliminazione delle prove che non ne rispettano i canoni, il sistema processuale tenta di garantire che l'accertamento fattuale venga condotto soltanto attraverso materiali ritenuti di elevata qualità⁵⁸.

La più diffusa di queste regole, volte a tutelare l'accuratezza della ricostruzione dei fatti, è certamente rappresentata dall'*hearsay rule* di matrice anglosassone.

Il presupposto sottostante è, fondamentalmente, che l'unica prova dichiarativa affidabile sia quella formata nel contraddittorio fra le parti, in dibattimento e davanti al giudice che decide; per questa ragione, ogni altra dichiarazione, resa in sedi e modi diversi, dovrebbe – in linea di principio – restare esclusa dal compendio probatorio e quindi non poter essere utilizzata come tassello del convincimento giudiziale⁵⁹.

⁵⁸ Si vedano, in questo senso, C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. pen. proc.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 2004, p. 3.

⁵⁹ Cfr. R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 228, in cui compare la seguente definizione della *hearsay rule*: «an assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings»

Questa regola, originariamente sviluppatasi e consolidatasi come precetto della *common law*, è ora quasi interamente regolata dal *Criminal Justice Act 2003*.

In linea di massima, rientrano nella categoria dell'*hearsay evidence*, tutte le dichiarazioni rese al di fuori del *trial* («*out-of-court*»), indipendentemente dalle circostanze in cui si sono formate e dal mezzo con cui sono state veicolate in giudizio⁶⁰: non ha quindi alcuna importanza se la dichiarazione precedente è contenuta in un documento, è racchiusa nel verbale di un atto investigativo, oppure viene riferita da un testimone indiretto. Per il solo fatto di essersi formato al di fuori del dibattimento, ognuno di questi contributi dichiarativi è assoggettato alla medesima regola generale di inammissibilità.

Le eccezioni sono, però, rilevantissime.

Le dichiarazioni precedenti – qualsiasi forma esse assumano – diventano prova, innanzitutto nel caso in cui il testimone non possa essere sentito in giudizio a causa di morte, infermità, assenza dal territorio del Regno Unito, irreperibilità, o timore di pregiudizio – fisico o economico – per sé o per altri (*section 116*, par. 2)⁶¹.

In secondo luogo, la *section 117* esenta dall'*hearsay rule* diverse categorie di documenti ritenute più affidabili di altri: indipendentemente dalla disponibilità del dichiarante, sono infatti liberamente acquisibili quelli redatti nel contesto di operazioni commerciali, attività professionali, o pubblici impieghi, come le ricevute di pagamento, gli atti notarili, o le attestazioni di vario genere, pubbliche o private⁶².

Allo stesso modo, non incontrano limiti di ammissibilità gli atti dichiarativi formati senza intento comunicativo⁶³: è pertanto estraneo alla categoria dell'*hearsay*

is inadmissible as evidence of any fact asserted»; si vedano anche D. SHARPLEY, *Criminal litigation*, cit., pp. 357-360; A.A.S. ZUCHERMAN, *The principles of criminal evidence*, cit., p. 179.

⁶⁰ Si veda I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 670, secondo cui *l'hearsay rule* serve a «prevent a party using evidence of an out-of-court statement for the purpose of proving that a fact stated in the statement was true».

⁶¹ Per ulteriori approfondimenti su ogni ipotesi, si vedano A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., pp. 306-314; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, 2ª ed., Oxford-Portland, 2014, pp. 129-144.

⁶² Cfr. R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 303, secondo cui «the activity in the course of which the documents is created or received is not restricted to commercial undertakings, but extends across the entire spectrum of private and public organizations, large or small». La ragione di questa particolare deroga alla regola generale andrebbe ricercata nel fatto che «the existence of a duty to preserve information and record it accurately is a strong indication of reliability».

⁶³ Questa eccezione viene ricavata dalla *section 114*, par. 3, in cui si precisa che *l'hearsay rule* opera soltanto qualora «the purpose or one of the purposes of the person making the statement appears to the court

il contenuto di un diario – tipicamente scritto per non essere divulgato ad altri –, in cui la vittima descriva i raggiri subiti⁶⁴; è invece di regola inammissibile, se non sussiste nessuna delle deroghe previste dalla *section 116*, una lettera con cui l'impiegato di un'azienda avverta il proprio datore di lavoro delle malversazioni compiute da alcuni suoi colleghi⁶⁵.

Quando il testimone si presenta in udienza per essere esaminato, bisogna dire che ben poco di quanto ha precedentemente dichiarato e che sia rimasto impresso in un documento, o in un verbale, resta escluso dal *trial*.

In questo caso, tutte le dichiarazioni rese *out-of-court* (dunque anche agli investigatori) possono essere utilizzate sia per le contestazioni (*section 119*), sia per corroborare la deposizione dibattimentale (*section 120*, par. 2) e, per giunta, in entrambi i casi, esse assumono, a tutti gli effetti, valore di piena prova.

Inoltre, entrano a far parte del compendio probatorio anche i documenti utilizzati in aiuto alla memoria, o su cui comunque verte l'esame (*section 120*, par. 3), nonché le precedenti dichiarazioni riguardanti descrizioni di persone, oggetti, o fatti, qualora il testimone confermi di averle rese e ne ribadisca la veridicità; con questa stessa tecnica, diventa poi addirittura utilizzabile la querela presentata alla polizia giudiziaria (*section 120*, par. 4-7).

Un'altra ampia deroga all'inammissibilità dell'*hearsay evidence* è prevista per le dichiarazioni autoincriminanti, rese dall'imputato, durante le indagini, le quali possono essere acquisite in giudizio in base alla *section 76* del *Police and Criminal*

to have been»: «(a) to cause another person to believe the matter», «(b) to cause another person to act or a machine to operate on the basis that the matter is as stated». Per ulteriori approfondimenti sulle implicazioni di questa eccezione, che non esisteva nell'abrogata disciplina di *common law*, cfr. A.L-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 286-287.

⁶⁴ Si veda J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., p. 85, il quale spiega che «as the diary was a private one and intended for the eyes of one but the maker, the purpose of making the statements contained in it was not 'to cause another person to believe the matter'».

⁶⁵ Cfr. D. BIRCH, *Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?*, in *Criminal Law Review*, 2004, pp. 564-566.

Evidence Act del 1984⁶⁶, indipendentemente dal fatto che questi scelga di testimoniare⁶⁷.

Ma non è ancora tutto. Al di là di tutte queste eccezioni, ancora più incisivo è il potere, espressamente attribuito al giudice inglese, di acquisire, «*in the interests of justice*» – ossia, in sostanza, se necessario «*secure a result that is factually accurate*»⁶⁸ –, qualsiasi forma di *hearsay*, che, per legge, sarebbe inammissibile (*section* 114, par. 1-a): si tratta di una «*safety valve*», la cui introduzione è stata giustificata dalla Commissione di riforma con il timore che «*without such discretion its proposed reforms would be too rigid*»⁶⁹; in questo modo, però, anche i limiti di ammissibilità previsti dalla *section* 116 – per il caso in cui il dichiarante non si sia presentato in dibattimento – finiscono per essere prontamente superabili⁷⁰.

Infine, sempre in tema di poteri giudiziali, bisogna anche rammentare che sia la *section* 126 del *Criminal Justice Act* 2003, sia la *section* 78 del *Police and Criminal Evidence Act* 1984 consentono al giudice di escludere una dichiarazione precedente che, di per sé, doveva essere ammessa: la prima, nel caso in cui il pregiudizio derivante dall'ammissione appaia superiore all'importanza della

⁶⁶ Anche in questo caso, come nelle fattispecie dei *business document*, di cui alla *section* 117, la deroga all'inammissibilità dell'*hearsay evidence* viene giustificata sulla base dell'affidabilità della dichiarazione precedente. Sul punto, si veda A. CHOO, *Evidence*, cit., p. 92, che spiega come «*the traditional justification for the confession exception to the hearsay rule is that only a guilty person would make a statement against his or her own interest*».

⁶⁷ Per una illustrazione approfondita della disciplina inglese dell'imputato dichiarante, si veda C. CONTI, *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese dopo il Criminal Justice Act 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 89. Cfr. anche A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un "giusto" equilibrio tra scrittura e oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 488-491.

⁶⁸ Così si esprime J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., p. 107. Si vedano anche R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 306, i quali si dimostrano critici nei confronti di questo particolare potere concesso al giudice, affermando che «*it is a broad provision drafted in rather vague terms, so that it is open to misuse if not closely controlled by judges*».

⁶⁹ Così, testualmente, A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 318, i quali ricordano i «*risks of inconsistency and unpredictability*» sottesi a tale potere giudiziale; per questa ragione, infatti, ritengono debba essere esercitato come «*last resort*».

⁷⁰ Si vedano, a tal proposito, le perplessità da J.R. SPENCER, *Orality and the Evidence of Absent Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 1994, pp. 633-635: «*is it right that whether a defendant can be damned by a hearsay statement from a witness whom he has been unable to confront or cross examine should be a matter of judicial discretion? I believe that it is not*».

prova⁷¹; la seconda, ancora più genericamente, qualora l'acquisizione possa comportare «*an adverse effect on the fairness of the proceedings*»⁷².

Insomma, astrattamente, il sistema inglese sostiene ancora l'idea che il metodo migliore di formazione della prova dichiarativa sia caratterizzato dai requisiti dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio; tuttavia, dietro questa adesione meramente formale, in realtà, si sviluppa un sistema dotato di ampie eccezioni e composto di una struttura flessibile, che il giudice può plasmare in relazione alle caratteristiche del caso concreto.

D'altra parte, la disciplina appena illustrata non rappresenta un improvviso ripensamento del legislatore inglese, ma è anzi il frutto di decenni di riflessioni e precedenti riforme.

Quando ancora l'*hearsay rule* era interamente disciplinata dalla *common law*, infatti, si basava su regole di esclusione molto più rigide di quelle attuali, che, però, avevano generato gravi inconvenienti. Negli anni Sessanta, fece scalpore un caso giudiziario nel corso del quale vennero dichiarati inammissibili come prova i registri di una casa automobilistica: l'accusa li aveva prodotti in giudizio per dimostrare che alcuni veicoli erano stati rubati e poi rivenduti con numeri identificativi falsi, ma la *House of Lords* – investita della questione – arrivò addirittura a sostenere che, anziché richiedere l'acquisizione di tali documenti, il *prosecutor* avrebbe dovuto citare, come testimoni, gli operai che, a suo tempo, li avevano compilati⁷³. Quanto costoro avrebbero effettivamente potuto ricordare di automobili assemblate in serie anni prima fu un problema che non interessò i supremi giudici.

⁷¹ Cfr. anche A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 333, ove si spiega che il termine «*value*» utilizzato dalla *section 126*, par. 1, lett. b, sembra riferirsi non solo al «*probative value*» della prova, ma anche al suo «*value in the sense of its reliability or weight*».

⁷² Si veda ancora J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., p. 107, secondo cui tale potere è «*open ended*»; «*within limits it can be used to suppress prosecution evidence, whatever the nature of the reason that moves the court to find that its admission would render the trial unfair*»; ad esempio, si precisa, se ne potrà fare uso quando – benché legittima – l'acquisizione della dichiarazione precedente «*would infringe the defendant's right to confrontation as guaranteed by Article 6(3) (d) ECHR*». Cfr. anche A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 333.

⁷³ Per un resoconto più dettagliato di questa vicenda, si veda J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., pp. 8-9.

L'evidente irragionevolezza di siffatto arresto convinse allora le autorità governative a istituire alcune commissioni di riforma, il cui lavoro ha condotto al *Criminal Justice Act* del 1967⁷⁴ e poi a quelli del 1988 e del 2003.

In sintesi, di fronte alle disfunzioni di una disciplina di *common law* troppo intransigente e considerata eccessivamente devota alla *cross-examination*⁷⁵, si è avvertita la necessità sempre crescente di elaborare regole legislative più duttili e tendenti a una maggiore inclusività; è comunque solo con l'*Act* del 2003, che è stato introdotto il generale potere di ammissione del giudice e che le dichiarazioni utilizzate per contestare e confermare la deposizione dibattimentale hanno assunto valore di piena prova⁷⁶.

L'ordinamento italiano, almeno per certi versi, si dimostra ben più fedele alle proprie scelte epistemiche.

Fin dall'entrata in vigore del codice del 1988, infatti, proprio come nei paesi di *common law* - dal cui modello si è dichiaratamente attinto⁷⁷ -, la prova dichiarativa più affidabile viene considerata quella assunta con il contributo dialettico delle parti e tale preferenza, già in origine, era supportata da regole di

⁷⁴ In merito a questo provvedimento, si veda M. SCAPARONE, *Il Criminal Justice Act 1967 e la riforma del processo penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 472.

⁷⁵ Si veda, in questo senso, J. MCEWAN, *Evidence and the Adversarial Process. The Modern Law*, Oxford, 1992, la quale - prima dell'emanazione del *Criminal Justice Act* del 2003 - affermava che «*a significant factor in our traditional devotion to the hearsay rules lies in our obsession with cross-examination*». In effetti, l'idea dell'esame incrociato, come insostituibile metodo euristico, presenta ormai ben più di un'increspatura; si veda, ad esempio, A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 80-81, secondo cui «*contrary to popular belief, the utility of cross-examination in ensuring the reliability of evidence may be limited. Cross-examination may well be of little use in exposing a witness's insincerity*». Per approfondire le origini dell'*hearsay rule*, si veda J.H. LANGBEIN, *The origins of adversarial criminal trial*, Oxford, 2003, pp. 233-251, il quale spiega che, inizialmente, le dichiarazioni rese *out-of-court* venivano escluse, perché non erano state rese a seguito di giuramento; solo a partire dalla fine del diciottesimo secolo, infatti, è stato chiamato in causa il *deficit* di contraddittorio. Cfr. anche T. RIVERSO, *L'evidence nella prassi processuale inglese*, Gaeta, 2000, pp. 109-112.

⁷⁶ L'elenco delle principali novità introdotte, in tema di *hearsay evidence*, con il *Criminal Justice Act* 2003, è riportato da J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., pp. 29-30.

⁷⁷ Cfr. E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio-M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. LIII, secondo cui «la tradizione europea e l'insegnamento della *common law* si fondono nel nuovo sistema italiano in un intreccio ancora difficile da dipanare in tutti i suoi profili»; si vedano anche G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 540.

esclusione rigide e vincolanti, volte a impedire l'ingresso in giudizio del materiale probatorio formato diversamente⁷⁸.

Come è noto, poi, a seguito di numerosi interventi della Corte costituzionale, succedutisi a più riprese nel corso degli anni Novanta e conosciuti come "svolta inquisitoria"⁷⁹, questa scelta metodologica è stata anche direttamente scolpita nella prima parte dell'art. 111, comma 4, Cost., il quale tuttora dichiara solennemente che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

La novella ha avuto due importanti conseguenze: da un lato, è stata finalmente garantita solidità alla scelta dei codificatori di affidarsi alla «forza epistemica del contraddittorio»⁸⁰; dall'altro, però, l'opzione per tale «metodo di accertamento»⁸¹ è divenuta strettamente vincolante a livello codicistico, senza

⁷⁸ Cfr. O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 250, il quale parla di «contraddittorio probatorio», ritenendo che «il valore euristico riconosciuto al contraddittorio dall'epistemologia contemporanea trova la sua massima esaltazione quando il metodo dialettico viene direttamente applicato alle attività istruttorie»; si vedano anche S. BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, p. 355; C. CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 633.

⁷⁹ Per una ricostruzione dei fatti antecedenti alla riforma costituzionale, si vedano M. CECCHETTI, *Il principio del 'giusto processo' nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, pp. 56-62; M. CHIAVARIO, *Contraddittorio e 'ius tacendi': troppo coraggio o troppa prudenza nell'attuazione di una riforma costituzionale 'a rime (non sempre) obbligate'?*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 141-143; O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA.VV., *Il giusto processo. Atti del convegno presso l'Università di Salerno. Salerno, 11-13 ottobre 1996*, Milano, 1998, pp. 79-99; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., pp. 1-17, il quale riassume tutto il percorso dall'emanazione del codice vigente alla riforma dell'art. 111 Cost.; F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 77; M. GIALUZ, *The Italian Code of Criminal Procedure: a Reading Guide*, in AA.VV., *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation*, a cura di M. Gialuz-L. Lupária-F. Scarpa, Padova, 2014, pp. 20-21; F.M. IACOVIELLO, *Prova ed accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2028; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, Torino, 2002, pp. 12-13; F. PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 688; ID., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 294; G. UBERTIS, *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 311.

⁸⁰ L'espressione è di P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 107. In relazione al dibattito sull'implicita costituzionalizzazione del principio di "immediatezza" accanto a quello del «contraddittorio nella formazione della prova», si veda, su tutti, P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., pp. 47-68; ID., *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata» in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale disposta a seguito di mutamento del giudice*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 679-680.

⁸¹ Così si esprime P.P. PAULESU, *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, in AA.VV., *Il Giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, p. 126. Cfr. anche C. CONTI, *Le due 'anime' del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in

possibilità di discostarsene⁸², se non entro i ben delimitati confini delle eccezioni previste nel comma 5 del medesimo art. 111 Cost. («consenso dell'imputato», «accertata impossibilità di natura oggettiva», «provata condotta illecita»).

I dati conoscitivi, che hanno maggiormente subito gli effetti di questo assetto normativo, sono senza dubbio gli atti delle indagini preliminari formati unilateralmente e in segreto.

Il codice prevede infatti una serie di limiti di ammissibilità, che consente alle dichiarazioni acquisite dalle parti, durante la fase investigativa, di entrare nel fascicolo dibattimentale, soltanto in particolari circostanze⁸³, come, ad esempio, l'impossibilità di ripetizione originaria (art. 431), o sopravvenuta – quest'ultima solo se oggettiva e imprevedibile – (art. 512 c.p.p.), la subornazione del teste (art. 500, comma 4, c.p.p.), oppure l'accordo delle parti (artt. 500, comma 7, e 493, comma 3, c.p.p.). Al di fuori di queste ipotesi, l'uso di tali verbali è consentito – in genere – esclusivamente per saggiare la credibilità del testimone escusso in dibattimento (artt. 500 c.p.p.). Per la medesima ragione, è stato anche previsto il divieto, per ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, di testimoniare in merito alle dichiarazioni di cui hanno curato l'acquisizione (art. 195, comma 4, c.p.p.).

Per quanto riguarda le dichiarazioni, rese dai futuri testimoni, davanti agli investigatori, le differenze con la disciplina inglese sono dunque estremamente rilevanti: in quest'ultima, infatti, non viene formalmente attribuito alcun peso al motivo per il quale il testimone si è allontanato dal territorio nazionale, o comunque non è più rintracciabile; i verbali fanno ingresso in giudizio indipendentemente da

Dir. pen. proc., 2000, p. 198, la quale parla di «metodo di conoscenza»; C. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, p. 200.

⁸² Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4813-4814, la quale specifica che fra i Paesi esaminati nel suo lavoro soltanto l'Italia sembra sottrarsi al «progressivo incremento dell'uso delle dichiarazioni raccolte nella fase predibattimentale come prova in dibattimento» e addebita tale peculiarità proprio «all'intervento del legislatore costituzionale che, con la riscrittura dell'art. 111 Cost., ha fissato dei rigidi paletti all'utilizzazione come prova in dibattimento delle dichiarazioni precedentemente assunte nelle indagini».

⁸³ Si tratta della cosiddetta inutilizzabilità fisiologica, volta a estromettere dal dibattimento l'«atto a contenuto probatorio eseguito in sede preprocessuale», a causa della «sua natura ibrida di atto intrinsecamente inidoneo a fornire elementi probatori in senso stretto»; così, testualmente, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 7. Si vedano anche, fra gli altri, A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, pp. 120-134 e, da ultimo, E.N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, Roma, 2013, pp. 81-83.

ogni valutazione sulla prevedibilità dell'irripetibilità; durante l'esame dibattimentale del testimone, il loro uso va ben oltre lo scopo della mera contestazione; infine, qualora ricorra uno dei casi elencati nella *section* 116, è anche pacificamente ammessa la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria⁸⁴.

Sorprendentemente, però, il codice di rito italiano – molto restrittivo nei confronti dell'acquisizione degli atti d'indagine – si dimostra invece ben più indulgente verso i contributi dichiarativi formati al di fuori del contesto procedimentale⁸⁵.

Infatti, nonostante, a rigore, la preferenza adottata per la costruzione dialettica della prova – soprattutto dopo la riforma costituzionale del 1999 – avrebbe dovuto indurre a «limitare quanto è più possibile il ricorso a materiali preformati»⁸⁶, nel codice, nessuna regola di esclusione colpisce i “documenti” contenenti dichiarazioni, di cui sia noto l'autore: si pensi a un diario, o a una lettera⁸⁷. Allo stesso tempo, anche la testimonianza indiretta risulta, di per sé, pienamente ammissibile⁸⁸, venendo esclusa, soltanto qualora, nonostante una richiesta di parte, il teste di riferimento non venga sentito, salve, comunque, le rilevanti ipotesi di morte, infermità e irreperibilità (art. 195, commi 1 e 3, c.p.p.)⁸⁹.

⁸⁴ Cfr., in questo senso, E. CAPE-J. HODGSON, *The investigative stage of the criminal process in England and Wales*, in AA.VV., *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Oxford, 2007, p. 74.

⁸⁵ Si veda P. TONINI, *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 484-485. Per una ricostruzione delle varie teorie sull'utilizzabilità delle dichiarazioni contenute in documenti, sorte subito dopo l'emanazione del codice, si vedano A. NAPPI, *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1186-1188; P. TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2212.

⁸⁶ Così si esprime E. MARZADURI, *Commento all'art. 1, l. cost. 23/11/1999 n. 2 ('giusto processo')*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 791. Cfr. anche G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 128, il quale parla di «specifica funzione surrogatoria della prova documentale». Si veda, però, in senso parzialmente diverso, M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo. II) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 2001, p. 16, il quale ritiene che «potrebbe essere una forzatura il ricavare dall'art. 111 Cost. una rigida regola di gerarchia tra prove costituenti e prove precostituite».

⁸⁷ Si vedano, fra gli altri, F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, p. 202; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, pp. 102-103; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 391-392.

⁸⁸ Cfr. G.G. DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 266; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Trento, 2002, pp. 219-220; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 314.

⁸⁹ Si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche sul tema, le perplessità sollevate da C. CESARI, voce *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2008, p.

Insomma, a una forte diffidenza verso le prove acquisite in maniera unilaterale durante le attività investigative, pare contrapporsi la tendenza a sottoporre più frequentemente al giudice quelle formate all'infuori del procedimento.

Questa particolare impostazione viene spesso giustificata, ricordando che la regola del contraddittorio nella formazione della prova «opera laddove può operare», ossia in relazione alle sole «prove da costituire»⁹⁰, e che «sarebbe grottesco ipotizzare», ad esempio, «che si formino in contraddittorio documenti»⁹¹.

Tuttavia, per quanto queste affermazioni possano anche essere condivise, resta comunque ben visibile una certa asimmetria nel disegno codicistico. A meglio considerare, infatti, il ragionamento potrebbe essere completamente opposto e assomigliare, per l'appunto, a quello generalmente svolto nei paesi di *common law*: infatti, anziché pensare che i documenti vadano indiscriminatamente ammessi perché non se ne può pretendere la formazione in contraddittorio, si potrebbe al contrario ritenere che, proprio a causa di questa loro intrinseca debolezza, almeno alcuni di essi debbano restare fuori dal compendio probatorio⁹².

1139, la quale afferma come «il problema di fondo posto dalla prova dichiarativa indiretta sia comunque il suo stridere con la maieutica processuale: se il contraddittorio è il metodo con il quale, secondo la legge fondamentale, si ottengono risultati probatori più completi ed attendibili, esso va esercitato sulla fonte di prova, ossia sulla persona che ha avuto percezione dei fatti da dimostrare e verificare in giudizio».

⁹⁰ Così si esprime ancora E. MARZADURI, *Commento all'art. 1, l. cost. 23/11/1999 n. 2 ('giusto processo')*, cit., p. 790. Nello stesso senso, si vedano P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., pp. 168-169; O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 253, il quale sostiene che «è doveroso il rispetto del metodo dialettico esclusivamente nell'assunzione di quelle prove costituenti che per loro stessa natura possono essere formate con l'apporto determinante delle parti»; A. NAPPI, *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, cit., pp. 1189-1190. Cfr. anche R. CANTONE, *La prova documentale*, Milano, 2004, p. 21, il quale, pur affermando che «le prove documentali [...] non sono in conflitto con il principio del contraddittorio ma sono parzialmente fuori del suo ambito di applicazione», ammette, però, che «un ingresso indiscriminato nel processo di documenti contenenti dichiarazioni avrebbe un effetto distorsivo [...] e rischierebbe di rappresentare il cavallo di Troia attraverso cui si ritornerebbe al processo scritto di tipo inquisitorio».

⁹¹ Così, testualmente, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 174. Altrettanto condivisibilmente, però, questo Autore sostiene che, nel caso in cui venisse richiesto l'esame del soggetto cui appartiene la dichiarazione riportata nel documento e questi si sottraesse al confronto, opererebbe almeno il criterio di valutazione di cui all'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p. (p. 177); nello stesso senso, si esprimono P. TONINI- C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 391-392.

⁹² Si vedano, a tal proposito, le considerazioni di F. ZACCHE', *La prova documentale*, Milano, 2012, pp. 88-121, per il quale il principio di cui all'art. 111, comma 4, Cost. dovrebbe trovare applicazione anche in riferimento alle dichiarazioni *extraprocedimentali*, contenute in documenti. Pertanto, in mancanza di una delle eccezioni stabilite dal successivo comma 5, questi ultimi dovrebbe essere utilizzati esclusivamente per le contestazioni di cui all'art. 500, comma 2, c.p.p. Nello stesso senso, si

I codificatori, posti di fronte a questa scelta, sembrano aver optato per la prima alternativa, anche dopo la riforma dell'art. 111, comma 4, Cost.; cosicché, l'esclusione delle dichiarazioni assunte nella fase investigativa non sembra riposare tanto nella mancanza di confronto dialettico – caratteristica che condividono con altre prove invece ammesse – quanto, piuttosto, nelle particolari circostanze in cui si sono formate, ossia sotto l'impulso e l'influenza della parte interessata. D'altro canto, come meglio si vedrà in seguito, non è certo un mistero il fatto che sia il disegno originario del codice, sia la riforma costituzionale del 1999 avessero principalmente di mira l'esclusione dibattimentale del materiale investigativo e non delle prove formate al di fuori del procedimento⁹³.

Insomma, da un lato, la versione italiana dell'*hearsay rule* pare meno estesa di quella inglese, in quanto si applica a un numero inferiore di tipologie probatorie; dall'altro, però, laddove opera, ossia, principalmente, nei confronti degli atti investigativi, è ben più severa.

Qualsiasi dubbio residuo sulla maggior flessibilità della disciplina britannica viene però meno, tenendo in considerazione i sopra citati poteri di ammissione ed esclusione conferiti al giudice inglese.

È quasi superfluo ricordare che simili strumenti non hanno eguali nel sistema italiano: è vero che l'art. 507 c.p.p. consente al giudice di acquisire d'ufficio nuove

esprimono F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 207; O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1535-1537, secondo cui «quando l'autore della dichiarazione consacrata nel documento può essere sottoposto a esame, le parti hanno diritto sia alla formazione dialettica della prova orale sia all'esclusione della prova preconstituita dall'orizzonte conoscitivo del giudice».

⁹³ Cfr., in questo senso, P. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in AA.VV., *Il Giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, p. 5, secondo cui «non c'è dubbio che la conseguenza più immediata della direttiva costituzionale [prima parte dell'art. 111, comma 4, Cost.] sia la messa al bando delle dichiarazioni raccolte unilateralmente nell'indagine preliminare, delle quali il giudice non potrà tenere alcun conto nella sentenza, salvo le eccezioni espressamente previste dalla stessa costituzione». Si vedano anche E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, vol. I, Art. 1-108, Milano, 1989, pp. XLIII-XLVII; M. CECCHETTI, *Il principio del 'giusto processo' nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, cit., pp. 56-62; M. CHIAVARIO, *Contraddittorio e 'ius tacendi'*, cit., pp. 141-143; F. CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in ID., *Ideologie del processo penale*, cit., pp. 169-176; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., pp. 1-17; G. LEONE, *Linee generali di una riforma del processo penale*, in ID., *Intorno alla riforma del codice di procedura penale*, Milano, 1964, pp. 67-68; D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, pp. 68-76.

prove, qualora «assolutamente necessario»; ciò, però, non significa affatto che egli possa far leva su tale disposizione per aggirare divieti probatori. Pertanto, si potrà forse discutere della possibilità di acquisire officiosamente atti appartenenti al fascicolo del pubblico ministero nelle ipotesi legislativamente previste come, ad esempio, nel caso *ex art. 512 c.p.p.*⁹⁴; tuttavia, al di fuori di tali fattispecie, non sembra sostenibile che questo potere possa essere invocato *contra legem*, al fine di eludere il generale divieto di lettura gravante su tali atti (art. 514 c.p.p.), o per dare ingresso nel fascicolo dibattimentale a dichiarazioni utilizzate per le contestazioni (art. 500, comma 2, c.p.p.)⁹⁵. Affinché il giudice possa agire in questo modo, sarebbe necessaria una disposizione che espressamente lo preveda – come avviene nel *Criminal Justice Act 2003* – la quale, però, rischierebbe sicuramente di essere tacciata d'incostituzionalità, soprattutto se finalizzata ad attenuare il rigore delle tre fattispecie derogatorie previste dall'art. 111, comma 5, Cost.

Allo stesso modo, nemmeno si può pensare che possano essere escluse prove legittimamente acquisite: in fase di valutazione, il giudice potrà certamente attribuire loro una scarsa efficacia probatoria; tuttavia, non sembra proprio possibile stabilire, in maniera formale, l'inutilizzabilità di una prova perfettamente ammissibile.

2. (segue) *L'esclusione del materiale probatorio pregiudizievole*

Accanto alla regole di esclusione volte a selezionare il materiale utilizzabile per l'accertamento, se ne possono individuare altre il cui fine è invece garantire che l'opera di ricostruzione dei fatti venga svolta in maniera obiettiva.

⁹⁴ Per ulteriori approfondimenti, si vedano R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, pp. 272-274; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, pp. 169-170; A. INNOCENTI, *Violazione della discovery e poteri di integrazione probatoria*, cit., p. 705, i quali tuttavia si esprimono per la soluzione negativa.

⁹⁵ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di T. GULLUNI, *Applicazioni perugine dell'art. 507 c.p.p. tra inutilizzabilità e sanatorie*, in *Rass. giur. umbra*, 1995, pp. 888-889.

Ci si riferisce, soprattutto, alle *exclusionary rule* di *bad character* e *opinion evidence*, le quali tentano di estromettere dal compendio probatorio informazioni che potrebbero ingenerare pregiudizi sul conto dell'imputato o dei testimoni, alterandone così indebitamente la percezione agli occhi del giudicante.

Anche la disciplina delle prove di *bad character* è ora principalmente contenuta nel *Criminal Justice Act* del 2003.

In estrema sintesi, secondo la *section* 98, rientra nella categoria del *bad character* - ed è, per questa ragione, assoggetta ad alcuni limiti di ammissibilità - ogni prova riguardante reati e altre condotte comunque biasimevoli riferibili all'imputato e ai testimoni⁹⁶, che non abbiano un legame diretto con i fatti contenuti nell'imputazione («*has to do with the alleged facts of the offence with which the defendant is charged*»).

Si immagini, ad esempio, che l'imputato sia accusato di aver commesso un furto in abitazione e che il *prosecutor* intenda addurre in giudizio il fatto che, due anni prima, questi era già stato condannato per un episodio simile; lo stesso discorso potrebbe valere per altri comportamenti, che, pur non assurgendo alla qualifica di reato, sono comunque da considerarsi rimproverabili: si pensi a un'imputazione di ingiurie e minacce e alla prova degli abituali scatti d'ira dell'accusato, nonché dei suoi furiosi litigi con i vicini di casa⁹⁷.

È almeno teoricamente possibile che informazioni del genere entrino a far parte del compendio probatorio soltanto nella fase del *sentencing*, ossia, qualora, dopo l'intervenuta condanna, il giudice debba procedere alla quantificazione della pena.

Innanzitutto, è necessario stabilire se la prova in questione appartiene effettivamente alla categoria del *bad character*: in caso di risposta affermativa,

⁹⁶ Cfr. I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 776, secondo cui «'character' simply means a person's tendency to behave in a particular way. [...] Bad character might be revealed by previous convictions, the commission of other criminal acts, other discreditable conduct, possession of incriminating or discreditable materials (e.g. paedophile literature), criminal associations, and reputation». Si veda anche C. TAPPER, *Evidence of Bad Character*, in *Criminal Law Review*, 2004, pp. 538-540.

⁹⁷ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di A.A.S. ZUCKERMAN, *The principles of Criminal Evidence*, cit., p. 222, il quale spiega efficacemente l'importanza dell'esclusione delle prove di *bad character*, sostenendo che «*the trier of fact may reason that because the accused stole a bottle of whisky from a supermarket five years earlier he must also have been guilty of the theft of the car with which he is now charged*». Nello stesso senso, si esprime A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 247-248.

quest'ultima può far parte del materiale probatorio soltanto qualora rientri in una delle fattispecie previste dalla *section 101*; nell'ipotesi opposta, è *tout court* utilizzabile. Questa valutazione dipende dall'interpretazione della locuzione «*has to do with the alleged facts of the offence with which the defendant is charged*», che, come si è visto, nella *section 98*, traccia il solco fra ciò che è e ciò che non è definibile come *bad character*.

Secondo l'indirizzo maggioritario, il legame fra la precedente *misconduct*, di cui si vuole introdurre la prova in giudizio, e quella oggetto del nuovo procedimento deve essere di tipo temporale⁹⁸: in sostanza, un furto commesso anni prima non avrebbe a che fare con la nuova accusa; soltanto prove relative a condotte immediatamente antecedenti, successive, o concomitanti non richiederebbero alcun ulteriore vaglio di ammissibilità⁹⁹. Una seconda interpretazione intende invece il nesso rilevante fra vecchie e nuove condotte dal punto di vista qualitativo¹⁰⁰: così, un furto avrebbe a che fare con un'altra imputazione analoga, indipendentemente dal tempo intercorso fra i due episodi¹⁰¹.

Ad ogni modo, anche qualora la prova venga considerata di *bad character* – perché non direttamente connessa alla nuova condotta contestata –, la sua acquisizione è comunque abbastanza frequente, posto che le ulteriori condizioni di ammissibilità, elencate nella *section 101*, non sono particolarmente severe¹⁰².

Questa, infatti, entra nel fascicolo processuale qualora, ad esempio, sia essenziale per la comprensione dei fatti oggetto del processo, o per valutare altre

⁹⁸ Cfr. A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., secondo cui «*evidence will not be admitted under principle if it relates to events so distant in time from crime as to be of little if any probative value*».

⁹⁹ Sembra esprimersi in questo senso, J.R. SPENCER, *Evidence of bad character*, 2^a ed., Oxford-Portland, 2009, pp. 38-39, il quale fa rientrare, nella locuzione «*has to do with the alleged facts of the offence with which the defendant is charged*», «*direct evidence of the defendant actually committing offence*», «*others criminal acts which the defendant commits at the same time and place as the main offence*» e, infine, «*other criminal acts which were committed by way of preparation*», «*shortly afterwardsshortly*».

¹⁰⁰ Si vedano, in questo senso, GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 154, secondo cui «*it might be more useful to look for a nexus in terms of common facts in addition to a nexus in time*».

¹⁰¹ Per un resoconto di questo contrasto giurisprudenziale, si veda A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 256-257.

¹⁰² Cfr. J.R. SPENCER, *Evidence of bad character*, cit., p. 39, il quale ricorda che, in forza di queste eccezioni, non ha molta importanza la questione del tipo di legame tra il fatto precedente e quello contestato; infatti, «*in practice, nothing of any legal significance depends on which of these two routes it is by which the evidence comes in*». Nello stesso senso, si veda P. DARBYSHIRE, *England and Wales*, in AA.VV., *Criminal Procedure in Europe*, a cura di R. Vogler-B. Huber, Berlino, 2008, p. 147.

prove; si riveli importante per stabilire la propensione dell'imputato a commettere il tipo di reato di cui è accusato; serva per correggere una falsa impressione creata dall'imputato su sé medesimo («*it is evidence to correct a false impression given by the defendant*»); oppure, infine, quest'ultimo abbia gettato discredito su un testimone («*the defendant has made an attack on another person's character*»). Regole simili – sebbene i casi di ammissibilità sia numericamente inferiori – valgono anche per le informazioni riguardanti i testimoni, compresa la vittima (*section 100*)¹⁰³.

Insomma, in maniera simile a quanto avviene per l'*hearsay rule*, la questione dell'appartenenza di un dato conoscitivo alla categoria del *bad character* è, il più delle volte, una questione meramente formale: a causa delle diverse eccezioni previste dalla legge, tali informazioni finiranno comunque molto spesso per diventare prove utilizzabili non solo per la determinazione della pena, ma anche nella fase di accertamento fattuale.

Va, infatti, rilevato che anche questa materia, prima dell'intervento legislativo del 2003, era regolata dalla *common law* in maniera ben più restrittiva¹⁰⁴. Tuttavia, esattamente come la regola di esclusione dell'*hearsay evidence*, anche quella di *bad character* generava irragionevoli disfunzioni, che hanno spianato la strada agli intenti riformatori: ad esempio, la presunta vittima di abusi poteva facilmente essere screditata, adducendo in giudizio le sue discutibili abitudini sessuali; d'altra parte, però, non era invece possibile rendere edotto il giudicante del fatto che l'imputato medesimo, in passato, era già stato condannato diverse volte per condotte analoghe¹⁰⁵.

Per porre rimedio a situazioni del genere, il *Criminal Justice Act* del 2003 è dunque intervenuto in due sensi: da un lato, le informazioni sull'imputato sono

¹⁰³ Su questo tema, si veda anche V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo 'adversary'*, Genova, 1988, pp. 288-292.

¹⁰⁴ Si veda I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 808, secondo cui «*it is clear from the case law that the new scheme has led greater admissibility of evidence of the bad character of defendants, in line with the Government's intentions*». Nello stesso senso, si esprimono R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 154; D. SHARPLEY, *Criminal litigation*, cit., p. 394.

¹⁰⁵ Si veda ancora J.R. SPENCER, *Evidence of bad character*, cit., p. 3, il quale – dopo aver riportato questo esempio – ricorda come, prima della riforma, «*for defendants, the rule was that they could produce evidence of their good character if they had one, but their bad character could not generally be used against them*». Cfr. anche P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, cit., p. 135; C. TAPPER, *Evidence of Bad Character*, cit., p. 535.

divenute più facilmente ammissibili¹⁰⁶; dall'altro, però, – sulla falsa riga della *section* 126 relativa all'*hearsay* –, l'allentamento della regola è stato compensato, permettendo al giudice di escluderle comunque, o nei casi espressamente previsti dalle *section* 101, par. 3 e 103, par. 3, dell'*Act* stesso¹⁰⁷, oppure in forza del già citato potere di esclusione di cui all'art. 78 del *Police and Criminal Evidence Act* 1984¹⁰⁸.

Al contrario delle due *exclusionary rule* appena esaminate, il generale bando che colpisce l'*opinion evidence* è invece ancora completamente disciplinato dalla *common law*.

Secondo tale regola, i testimoni devono limitarsi a parlare dei fatti di cui hanno conoscenza, senza poter trarre da essi conclusioni, oppure esprimere le proprie credenze e impressioni personali¹⁰⁹; in caso contrario, il giudice rischierebbe di essere suggestionato da aspetti di cui non avrebbe dovuto tenere conto, oppure di adagiarsi indebitamente sul parere dei testimoni¹¹⁰.

Sono previste soltanto due eccezioni: la prima, per l'*opinion evidence* «*inevitable*», che corrisponde all'ipotesi in cui il racconto dei fatti non può in alcun modo essere separato dalle impressioni ricavate; la seconda, per quella «*desiderable*»¹¹¹, che è tipicamente l'*expert evidence*, avente a oggetto materie la cui comprensione richiede speciali competenze non normalmente appartenenti al bagaglio conoscitivo del giudicante¹¹².

¹⁰⁶ Si veda ancora C. TAPPER, *Evidence of Bad Character*, cit., p. 543.

¹⁰⁷ Cfr. A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., pp. 486-487, i quali spiegano che la valutazione del giudice sull'esercizio della facoltà di escludere la prova si basa essenzialmente sul peso probatorio della medesima: «*if the evidence is inherently incredible, that is likely to be a strong factor against admitting it, but whilst the judge will have regard to the potential weight of the evidence, he should not usurp the jury's function of deciding what evidence is accepted and what rejected*». Si vedano, nello stesso senso, GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 207.

¹⁰⁸ Cfr. J.R. SPENCER, *Evidence of bad character*, cit., pp. 22-23.

¹⁰⁹ Si veda A.A.S. ZUCKERMAN, *The principles of Criminal Evidence*, cit., p. 59. Cfr. anche T. RIVERSO, *L'evidence nella prassi processuale inglese*, cit., p. 214

¹¹⁰ Così si esprime I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 868.

¹¹¹ Nello stesso senso, si esprimono GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 154, secondo i quali l'opinione espressa dal testimone «*usurps the function of the court to form an opinion on the fact in issue*». Cfr. anche T. RIVERSO, *L'evidence nella prassi processuale inglese*, cit., p. 214, la quale spiega che «chiunque vada a testimoniare davanti alla giuria, deve parlare solo di fatti visti da lui personalmente e non di fatti inferiti o inferibili a partire da questi attraverso un ragionamento che costituisce un'opinione».

¹¹² Così si esprime I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 868.

¹¹² Per una spiegazione più approfondita di queste eccezioni, si vedano GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 154.

Anche la perizia, però, sebbene generalmente ammessa, non può vertere su qualsiasi materia: restano, infatti, escluse le indagini peritali sulla cosiddetta *mens rea*, ossia, principalmente, sulle potenzialità delinquenziali dell'accusato, la quale, così come l'*opinion* del comune testimone, viene ritenuta fonte di possibili fraintendimenti e, in ultima analisi, di decisione sbagliate¹¹³.

Sebbene spesso si affermi che regole di esclusione, come quella che colpisce le prove di *bad character*¹¹⁴, rappresentino un tratto distintivo dei sistemi di *common law*, alcuni divieti probatori della disciplina processuale italiana sembrano sicuramente riferibili a scopi analoghi.

In quest'ottica, vanno ad esempio osservati i limiti posti all'oggetto della testimonianza dall'art. 194 c.p.p.

Nel comma 1, si legge, infatti, che il testimone «non può deporre sulla moralità dell'imputato, salvo che si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale».

Questa disposizione riecheggia evidentemente la sopra citata disciplina del *bad character* di cui alla *section 98* del *Criminal Justice Act 2003*: si vuole infatti impedire che abitudini e comportamenti dell'imputato possano diventare parte del giudizio sulla fondatezza dell'accusa, salvo, appunto, che «abbiano a che fare» con i fatti oggetto del processo; l'eccezione al divieto si giustifica dunque «solo quando le informazioni appaiano utili alla ricostruzione del fatto imputato o all'accertamento della sua pericolosità sociale»¹¹⁵.

In sostanza, come efficacemente osservato da autorevole dottrina, che l'accusato «mantenga un *harem* o non metta mai piede in chiesa, sono argomenti insignificanti nel processo dove sia imputato d'offesa alla bandiera d'uno Stato

¹¹³ Cfr. A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 318.

¹¹⁴ Cfr. C. CONTI, *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese*, cit., p. 90, la quale ricorda che quella delle prove di *bad character* è una tematica «del tutto propria dell'ordinamento inglese», che «può forse considerarsi un portato dell'etica protestante e del processo con giuria»; A. RYAN, *Towards a System European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 165.

¹¹⁵ Così si esprime T. PROCACCIANTI, voce *Testimonianza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. II, Torino, 2005, p. 1650; si veda anche N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Torino, 2013, p. 152, il quale precisa che tale disposizione è finalizzata a «mantenere distinto il giudizio sul fatto dal giudizio sull'autore del fatto stesso e, dunque, [a] evitare che il contributo testimoniale si trasformi in un mezzo per conoscere meglio la personalità dell'imputato, scoprendone lati in ombra e screditandone l'immagine e la reputazione».

estero, ma se gli fosse attribuita la calunnia consumata in lettere anonime, non sarebbero insignificanti gli aneddoti su una sua laboriosa malignità»¹¹⁶.

La seconda parte del comma 2 contiene poi una prescrizione analoga, volta però a tutela della persona offesa: «la deposizione sui fatti che servono a definir[n]e la personalità», infatti, «è ammessa solo quando il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona»¹¹⁷.

Infine, il successivo comma 4, secondo cui il dichiarante non può «esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione dei fatti» rappresenta chiaramente un divieto di *opinion evidence*, ribadendo, anche in relazione al nostro ordinamento, che «il testimone deve soltanto riferire i fatti che sono a sua conoscenza», senza poter esprimere valutazioni in merito agli stessi¹¹⁸.

Proprio come nel sistema inglese, poi, ci si può invece affidare ai giudizi valutativi degli esperti, ma, anche in questo caso, viene posto un limite ben preciso; l'art. 220, comma 2, c.p.p. stabilisce infatti che, «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

Nel codice del 1988, tale divieto non sembra tanto legato all'inaffidabilità di simili indagini scientifiche; a ben vedere, infatti, se così fosse, se ne proibirebbe l'uso anche *post sententiam*, come appunto prescriveva il codice Rocco¹¹⁹; piuttosto, anche

¹¹⁶ Con queste parole si esprime F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, p. 679.

¹¹⁷ Per ulteriori approfondimenti su questa disposizione e per la delicata questione della deposizione della vittima nei procedimenti aventi come oggetto reati di violenza sessuale, cfr. G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione europea e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupária, Padova, 2015, pp. 63-77; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2014, pp. 117-128; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pp. 209-210.

¹¹⁸ Così, testualmente, N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., p. 152. Nello stesso senso, si veda L. SCOMPARIN, *Testimonianza*, in AA.VV., *Le prove*, t. II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 16, secondo cui tale disposizione sarebbe collegata all'intento di tutelare «la necessaria obiettività del materiale sottoposto al vaglio giudiziale».

¹¹⁹ Un divieto analogo, ma assoluto, era infatti previsto anche nel codice abrogato, all'art. 314, comma 2, c.p.p. Sulle motivazioni che indussero i codificatori del 1930 a prevedere tale divieto, si vedano E. DOSI, *Il divieto della perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1558; P. MOSCARINI, *La perizia psicologica e il 'giusto processo'*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 929; G.D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, 5ª ed., Padova, 1988, p. 306, il quale afferma chiaramente che tale

all'interno della nostra attuale disciplina probatoria, sembra prevalso il timore che «tali accertamenti pregiudichino la posizione processuale dell'imputato, gettando su di lui una luce negativa» e «determinando l'insorgenza di veri e propri pregiudizi *contra reum*»¹²⁰.

Più complesso è invece paragonare il trattamento che i due ordinamenti riservano alle informazioni riguardanti le condanne precedenti.

L'art. 236 c.p.p. consente l'acquisizione «dei certificati del casellario giudiziale, della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché delle sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e delle sentenze straniere riconosciute, ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa» (comma 1). Questi documenti – che possono essere utilizzati anche «al fine di valutare la credibilità di un testimone» (comma 2) – possono entrare a far parte del fascicolo per il dibattimento sin dalla sua formazione, così come previsto dall'art. 431, comma 1, lett. g; il giudice ne ha quindi piena conoscenza ancora prima dell'inizio dell'istruzione dibattimentale, senza che sia stata avvertita l'esigenza di tenerli in qualche modo celati al giudicante¹²¹.

Il riferimento al «giudizio sulla personalità», contenuto nell'art. 236, comma 1, c.p.p., non sembra spiegare del tutto chiaramente quale uso possa essere fatto di tali informazioni, ossia se possano essere utilizzate già ai fini dell'accertamento dei fatti (come sembra avvenire in Inghilterra), oppure soltanto successivamente per la determinazione della pena.

divieto era «frutto della diffidenza, dimostrata dal legislatore del 1930, verso le indagini di carattere psicologico»; G. TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1325.

¹²⁰ Così si esprime P.P. RIVELLO, *La perizia*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., p. 422.

¹²¹ Tale disposizione, in genere, non è stata criticata per questo aspetto, quanto piuttosto per le numerose tipologie di documenti di cui consente l'acquisizione; cfr., fra gli altri, F. CORDERO, sub *art.* 236, in ID., *Codice di Procedura penale commentato*, Torino, 1989, p. 276, il quale, riferendosi alla documentazione custodita presso gli uffici dei servizi sociali degli enti pubblici e degli uffici di sorveglianza, parla di «novità pericolosa, nient'affatto coerente alla scelta garantistico-accusatoria»; G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 2521-2522; F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., pp. 54-56, il quale critica la preferenza che l'art. 236 c.p.p. accorda alla prova preconstituita anche «quando sarebbe possibile l'esame orale di chi l'ha formata».

A sostegno della seconda alternativa, propendono due ordini di argomentazioni.

In primo luogo, si può ricordare che la direttiva n. 9 della legge delega del 1974 per l'emanazione del nuovo codice (art. 2) prescriveva che, all'interno del processo, si svolgesse un «effettivo giudizio sulla personalità dell'imputato», da compiersi attraverso «l'acquisizione, in ogni stato e grado del giudizio di merito e in contraddittorio, di elementi che consent[issero] una compiuta conoscenza del soggetto».

Come è noto, però, tale prescrizione non è stata poi riproposta nel testo definitivo della successiva legge delega del 1987: ci si rese infatti conto che gravare esplicitamente il giudicante di tale compito avrebbe potuto comportare un'anticipazione del «giudizio sulla personalità rispetto a quello sulle componenti fattuali della responsabilità penale», favorendo «in certi casi il prevalere di veri e propri pregiudizi *contra reum*, in particolare sulla base dei 'precedenti' dell'imputato»¹²².

Insomma, pare piuttosto chiaro che i codificatori hanno inteso mantenere ben distinti, nonché cronologicamente separati, il giudizio sul fatto da quello sul suo autore, in quanto eventuali contaminazioni fra i due profili avrebbero potuto compromettere un'obiettiva ricostruzione dei fatti¹²³.

In secondo luogo, l'interpretazione, che lega il «giudizio sulla personalità» di cui all'art. 236 c.p.p. alla sola quantificazione della pena, trova palese conferma pure nella giurisprudenza della Cassazione.

In una recente decisione, i giudici di legittimità erano chiamati a chiarire se, anche a seguito della richiesta di giudizio abbreviato, fosse consentito, al pubblico ministero, produrre un certificato del casellario giudiziale più aggiornato rispetto a quello originariamente presente nel fascicolo. La risposta è stata positiva: secondo

¹²² Così, testualmente, M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., p. 39; si veda anche ID., *Considerazioni sul dibattimento nell'esperienza del processo statunitense*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 342.

¹²³ Si vedano, a tal proposito, le considerazioni di A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale (appunti dalle lezioni)*, Torino, 1970, p. 193, secondo cui «la regola del '*favor innocentiae*' sembra anche in questo caso operante. La prova che l'accusato ha un cattivo carattere o precedenti penali, non può essere consentita all'accusa per dimostrare che egli ha commesso il reato contestatogli, anche se essa mirerebbe a spiegarlo o ad indicarne la sistematicità».

la Corte, infatti, «lo ‘stato degli atti’ cui si riferiscono le norme sul rito abbreviato» riguarda il «contenuto probatorio», mentre l’acquisizione del «certificato penale dell’imputato» e «il suo doveroso aggiornamento» servirebbero soltanto «per esercitare secondo legittimità le valutazioni afferenti il trattamento sanzionatorio, ai sensi degli artt. 62 *bis*, 133, 164 e 175 c.p.»¹²⁴. In altre parole, sembrerebbe di capire che il certificato del casellario giudiziale non abbia alcuna rilevanza come prova ai fini del vaglio sulla fondatezza dell’accusa – di qui la possibilità di acquisirlo anche in un processo da decidere rigorosamente “allo stato degli atti” –, ma rilevi semmai unicamente dopo, qualora il giudice debba applicare la sanzione, *in primis* sulla base dei parametri stabiliti nell’art. 133 c.p.¹²⁵

Pertanto, mentre le *exclusionary rule* inglesi e italiane di *opinion evidence*, paiono piuttosto simili, lo stesso non si può dire per l’esclusione delle prove di *bad character* e, in particolare, delle informazioni relative alle precedenti condanne subite dall’imputato.

A prima vista, infatti, la disciplina italiana sembrerebbe più permissiva, in quanto il certificato penale di questo soggetto entra nel fascicolo dibattimentale sin dalla sua formazione.

Tuttavia, a meglio considerare, la situazione è probabilmente opposta: in primo luogo, sono talmente tanti i modi attraverso cui i “precedenti” dell’imputato diventano conoscibili dal giudicante inglese prima del *sentencing*, che la loro esclusione appare poco più di una petizione di principio.

Inoltre, all’interno di quest’ultimo ordinamento, siffatte informazioni, una volta acquisite, sembrano essere espressamente utilizzabili anche come ausilio per l’accertamento fattuale e non solo per determinare la pena, come invece, almeno formalmente, avviene in Italia: ad esempio, come si è visto, possono essere utilizzate per chiarire il significato di determinate prove, oppure per smentire la falsa

¹²⁴ Così si esprime Cass., sez. VI, 24 settembre 2013, n. 42823, consultabile in www.iusexplorer.it.

¹²⁵ Cfr. C. SQUASSONI, sub art. 236, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 653. Si vedano anche G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 707; A. CORBO, *I documenti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, p. 356.

reputazione che l'imputato ha costruito intorno a sé durante il processo¹²⁶, o per dimostrare la sua propensione alla commissione di reati dello stesso tipo di quello di cui è accusato¹²⁷. L'art. 236 c.p.p. non sembra invece consentire altrettanto.

In definitiva, al termine di questo confronto, le versioni italiane delle *exclusionary rule* di *hearsay* e *bad character*, paiono più restrittive di quelle inglesi.

Il *Criminal Justice Act* 2003, infatti, come si è detto, di fronte ai vistosi difetti manifestati da un eccesso di ortodossia probatoria, ha scelto di allentare definitivamente le briglie di una secolare *law of evidence* di matrice giurisprudenziale: dopo aver stabilito limiti generali di ammissibilità, li ha travolti con innumerevoli deroghe ed eccezioni e, come se non bastasse, gli ampi poteri attribuiti al giudicante – legittimato ad ammettere prove di per sé inammissibili, nonché a escluderne altre ammissibili – sono in grado di erodere non solo ciò che resta della regola, ma anche le eccezioni.

L'ordinamento processuale italiano – le cui regole di esclusione sono state adottate in tempi ben più recenti – si basa invece su una concezione completamente opposta: l'inutilizzabilità è un'invalidità estremamente statica, i divieti probatori sono rigidi e «la ricerca della verità» non può mai aver luogo con il «mezzo ritenuto idoneo a raggiungerla secondo una valutazione discrezionale»¹²⁸.

Le ragioni più profonde di evoluzioni normative tanto divergenti verranno analizzate a breve; tuttavia, è prima necessario completare l'analisi dei quattro

¹²⁶ Si veda, ancora, J.R. SPENCER, *Evidence of Bad Character* cit., p. 72, il quale illustra alcune significative ipotesi concrete: ad esempio, in un caso nel quale l'imputato aveva dichiarato di essere un «*hard-working, truthful, church-going individual*», all'accusa fu consentito di produrre prova della sua precedente condanna per furto. Ancora, in un'altra occasione, l'imputato, accusato di frode, aveva sostenuto che non avrebbe mai potuto compiere un reato simile, perché «*learned his lesson' from a previous conviction and prison sentence*»; il *prosecutor* informò allora la giuria che, subito dopo quella condanna, in realtà, l'imputato si era dato alla latitanza, pur di non scontare la pena.

¹²⁷ Cfr., ad esempio, J.R. SPENCER, *Evidence of Bad Character* cit., p. 72, secondo cui «*evidence of the defendant's bad character is not only admissible where it sheds light on some specific disputed issue, but also – to the extent that it shows he has a propensity to commit offences of this sort – where it sheds light on the general issue of whether he committed the offence or not*». Si veda, nello stesso senso, C. TAPPER, *Evidence of Bad Character*, cit., pp. 546-549.

¹²⁸ Così, testualmente, G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 521-522. Nello stesso senso, si vedano F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 16; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 242.

ordinamenti, ricercando eventuali regole analoghe nelle discipline processuali di Germania e Francia.

3. Il metodo misto tedesco e la libertà della prova francese

Come insegnato da autorevole dottrina, «le soluzioni adottate entro un singolo ordinamento sono relative e contingenti, anche se ‘dall’interno’ di quell’ordinamento possono apparire razionali, coerenti, e quindi dotate di un grado di fondatezza tale da far pensare che si tratti dell’unico regime possibile»¹²⁹. Non deve quindi stupire, sulla scorta di questa consapevolezza, che alcuni dei principi ritenuti fondamentali all’interno dei due sistemi processuali sopra esposti possano apparire secondari o addirittura del tutto irrilevanti in altri contesti.

In Germania e in Francia, infatti, la ricerca della verità viene compiuta in un modo alquanto diverso da quello finora esaminato e il metodo considerato migliore per raggiungerla è indubbiamente un altro.

In entrambi, il principio della formazione della prova nel contraddittorio fra le parti – considerato talmente importante in Italia da essere elevato a regola costituzionale – non trova concreta attuazione: il giudice conosce tutti gli atti formati unilateralmente durante le fasi precedenti al giudizio (in caso di organo collegiale, soltanto il presidente in Francia e i giudici togati in Germania)¹³⁰ e – in genere – conduce personalmente l’esame dell’imputato e dei testimoni¹³¹; inoltre, come si è già accennato, ampi poteri probatori d’ufficio, finalizzati alla scoperta del vero,

¹²⁹ Così, testualmente, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 351. Si veda anche G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in AA.VV., *Storia del diritto italiano*, diretta da P. Del Giudice, vol. III, parte II, Milano, 1927, p. 405, il quale ricorda che, «nei fatti giudiziari, specie criminali gli uomini non sono sempre andati alla ricerca della verità nella stessa maniera e non li hanno sempre interpretati cogli stessi criteri».

¹³⁰ Cfr., per la Germania, H.H. JESCHECK, *Il nuovo codice di procedura penale italiano visto dalla Germania*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, a cura di M. Chiavario, Milano, 1991, p. 39; T. WEIGEND-F. SالدITT, *The investigative stage of criminal process in Germany*, in AA.VV., *Suspects in Europe*, cit., p. 95. Per la Francia, si vedano le chiare parole di J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 350, secondo cui «c'est au cours de la phase préparatoire que se forme pour l'essentiel la preuve qui sera ensuite présentée et discutée devant la juridiction de jugement».

¹³¹ Cfr. R. JUY-BIRMANN, *The German system*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, cit., p. 316; R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, in AA.VV., *Criminal Procedure in Europe*, cit., p. 147.

fanno del giudicante – e non delle parti – il vero *dominus* della prova. Queste ultime, certamente, indicano testimoni da ascoltare e documenti da acquisire, ma non esiste un vero e proprio “caso” dell’accusa e uno della difesa¹³²; il controllo sta nelle mani del giudice che, in definitiva, è libero di seguire itinerari autonomi, proprio per portare a termine quella missione di cui la legge lo grava, ossia far luce su quanto realmente accaduto¹³³. Insomma, se non sono le parti – con le prove presentate – a disvelare la verità, è il giudice a doversene far carico, con iniziative ben lungi dall’essere sussidiarie o meramente integrative.

Questi, in estrema sintesi, per quel che interessa in questa sede, sono i tratti comuni in forza dei quali i sistemi processuali di Germania e Francia vengono considerati appartenenti a un comune ceppo di tradizione inquisitoria¹³⁴.

Le diversità sono però altrettanto cospicue, a partire, ad esempio, dal fatto che il processo penale tedesco non conosce più la figura della giuria, né quella del giudice istruttore, abolite rispettivamente nel 1924 e nel 1974¹³⁵, e che le sentenze sono sempre motivate in relazione a ogni profilo, diversamente da quanto avviene per le decisioni della corte d’assise transalpina¹³⁶.

Importanti differenze si manifestano però anche in relazione all’utilizzo di strumenti posti a tutela della qualità dell’accertamento fattuale.

Il codice di procedura penale vigente in Germania contiene anzitutto diverse disposizioni volte a esprimere una chiara e vincolante preferenza per le prove

¹³² Si veda, in questo senso, M.J. DAMAŠKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 845.

¹³³ Cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 28, il quale afferma che, nel processo penale Tedesco, «*once the case is admitted to trial and the hearings have begun, control is taken out of the hands of the prosecution and given to the court*». Si veda, per il sistema francese, M. DELMAS-MARTY, *La preuve pénale*, cit., p. 61, la quale spiega che «*il reste acquis que le juge garde la responsabilité de la recherche des preuves tout au long du procès*».

¹³⁴ Cfr., in questo senso, M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 6; C. BUISMAN-M. BOUAZDI-M. COSTI, *Principles of civil law*, in AA.VV., *Principles of evidence in international criminal justice*, cit., p. 9; T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*, in AA.VV., *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*, cit., pp. 39-43.

¹³⁵ Cfr., per maggiori approfondimenti, M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., p. 317; J.R. SPENCER, *Introduction*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, cit., pp. 11-13.

¹³⁶ Per ulteriori approfondimenti, si vedano M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., pp. 128-129; S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, Parigi, 2014, p. 1342, i quali ricordano che, in caso di condanna, «*la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises*».

dichiarative formate oralmente, in un rapporto di diretta interlocuzione fra il giudice e la fonte di prova¹³⁷. Pertanto, sebbene la testimonianza – come si è già detto – non si formi in contraddittorio attraverso l'esame incrociato¹³⁸, l'uso di documenti e verbali di atti investigativi subisce comunque rilevanti eccezioni¹³⁹.

Mentre, infatti, l'art. 249 si limita a prevedere che, di regola, i documenti e i verbali degli atti investigativi devono essere acquisiti tramite lettura, il successivo art. 250 pone invece una ben precisa limitazione: «*beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden*».

Il codice esige, quindi, che il testimone racconti direttamente in giudizio le percezioni che ha avuto di un determinato fatto, non potendo il suo esame essere sostituito dalla lettura di dichiarazioni contenute in documenti o verbali di atti investigativi¹⁴⁰. In altre parole, esattamente come accade nella disciplina processuale inglese, una generale regola di esclusione vieta l'ingresso in giudizio

¹³⁷ Cfr., in questo senso, B. HUBER, *Criminal procedure in Germany*, in AA.VV., *Criminal Procedure in Europe*, cit., p. 291; S.J. SUMMERS, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition ad the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, 2008, pp. 48-50; T. WEINGEND, *Germany*, in AA.VV., *Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1. A comparative Analysis*, a cura di K. Ligeti, Oxford, 2013, p. 297.

¹³⁸ Bisogna rilevare, invero, che il codice di rito tedesco, al par. 1 della *section* 239, prevede la teorica possibilità dell'esame incrociato: «*die Vernehmung der von der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten benannten Zeugen und Sachverständigen ist der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger auf deren übereinstimmenden Antrag von dem Vorsitzenden zu überlassen*». Tuttavia, come rilevato in dottrina, tali disposizioni «*are artefacts in the German system and have no practical relevance. They require a joint application by both prosecution and defence, and this never happens*»; così si esprime M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 119.

¹³⁹ Si ritiene, infatti, in forza di un principio di immediatezza «materiale», che le prove vadano assunte «direttamente davanti al giudice, senza essere sostituite da altri atti mediati». Così si esprime T.R. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t.1, Milano, 2008, p. 844. Si vedano anche N. FINI, *Appunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul processo inquisitorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, p. 36; K. JAVERS, *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, cit., p. 932; H.H. KÜHNE, *Germany*, in Aa.Vv., *Criminal Procedure Systems in the European Community*, a cura di C. Van Den Wyngaert-C. Gane-H.H. Kühne-F. McAuley, Londra-Bruxelles-Dublino-Edinburgo, 1993, p. 147, il quale afferma che, nel processo penale tedesco, «*the principle of immediacy (unmittelbarkeitsprinzip) requires the taking of evidence live by the court. As a rule, no evidence which has been obtained elsewhere than during the trial can be used as a ground for conviction*»; W. PIZZI-M. MONTAGNA, *The battle to establish an adversarial system in Italy*, in *Michigan Journal of Internation Law*, 2004, p. 434; E. SCHLÜCHTER, *Compendio di procedura penale tedesca*, cit., p. 16; T. VORMBAUM-M. BOHLANDER, *A Modern History of German Criminal Law*, cit., pp. 93-94.

¹⁴⁰ Si veda, in questo senso, T. WEINGEND, *Germany*, cit., p. 297.

delle prove dichiarative scritte, indipendentemente dal contesto – procedimentale o *extraprocedimentale* – di formazione¹⁴¹.

Anche in questo caso, però, sono previste diverse eccezioni¹⁴², molto simili proprio a quelle contenute nel *Criminal Justice Act 2003*.

Innanzitutto, sono esentati da limiti di ammissibilità pareri e certificazioni provenienti da pubbliche autorità, esperti, o medici specializzati (art. 256)¹⁴³.

La deposizione in udienza può poi essere sostituita dall'acquisizione delle precedenti dichiarazioni *extradibattimentali* in quattro diverse situazioni: in seguito ad accordo fra le parti; qualora il soggetto da esaminare sia deceduto, o non possa comunque essere sentito entro un lasso di tempo ragionevole per altra ragione; quando oggetto di prova è esclusivamente la quantificazione di perdite e pregiudizi finanziari; infine, se il dichiarante si trova a grande distanza dalla sede giudiziaria e l'atto da acquisire si è formato davanti a un giudice (art. 251).

Allo stesso modo, entrano nel fascicolo processuale i contributi dichiarativi utilizzati per le contestazioni durante l'esame dibattimentale dei testimoni (art. 253) e dell'imputato (art. 254, par. 2), nonché le eventuali dichiarazioni autoincriminanti rese in indagini da quest'ultimo (art. 254, par. 1).

Inoltre, siccome l'art. 250 si limita testualmente a proibire la sostituzione dell'orale con lo scritto, si ritiene che la testimonianza indiretta sia liberamente ammissibile¹⁴⁴, compresa quella della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti¹⁴⁵.

La più grande differenza con la disciplina britannica sta però nella mancanza di un autonomo potere giudiziale di ammettere prove inammissibili, o di escludere quelle ammissibili.

¹⁴¹ Cfr. B. HUBER, *Criminal procedure in Germany*, cit., p. 291; P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1992, p. 61.

¹⁴² Per una completa ricognizione di tali deroghe, si veda T.R. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., pp. 844-845.

¹⁴³ Cfr. T.R. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., p. 845, secondo cui quest'ultima deroga dipenderebbe «dall'autorevolezza attribuita a tali soggetti».

¹⁴⁴ Si veda P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 61.

¹⁴⁵ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito*, cit., p. 4815.

Il giudice ha, invero, il già citato potere di iniziativa probatoria previsto dal par. 2 dell'art. 244, ma – piuttosto inaspettatamente – si esclude che possa essere utilizzato per acquisire *hearsay evidence*. Anzi, sembra che accada l'esatto opposto: il dovere di agire per la scoperta della verità viene infatti interpretato come obbligo di compiere ogni sforzo possibile per sentire direttamente il testimone in udienza¹⁴⁶. In altri termini, anche qualora la legge gli consentirebbe di acquisire prove dichiarative scritte, si ritiene che il giudice debba invece prodigarsi per ottenere la presenza del dichiarante davanti a sé¹⁴⁷.

Vi sono poi anche alcune tracce di regole di esclusione delle prove di *bad character*.

L'art. 68 a consente di rivolgere al testimone domande su fatti che potrebbero metterne in ombra la reputazione, o che comunque riguardano la sua sfera privata, solo in caso di necessità, mentre quesiti concernenti eventuali condanne subite possono essergli posti soltanto se indispensabili per saggiarne la credibilità. Inoltre, secondo il par. 5 dell'art. 243, i precedenti penali dell'imputato possono essere rivelati in giudizio soltanto qualora appaiano rilevanti per la decisione.

Insomma, la disciplina probatoria tedesca pare estremamente composita. Da una parte, si rinvencono preoccupazioni tipiche di un sistema accusatorio, come la preferenza – tutelata attraverso regole di esclusione – per la formazione orale della prova dichiarativa¹⁴⁸; dall'altra, però, il ruolo centrale – tradizionalmente inquisitorio – affidato al giudicante comporta il rifiuto dell'esame incrociato,

¹⁴⁶ Si veda, in questo senso, P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 61, secondo cui il dovere del giudice di estendere «*ses recherches à tous les faits et moyens de preuve qui sont d'importance pour sa décision [...] peut s'étendre à un témoignage par oui-dire, mais il impose surtout l'obligation de rechercher dans la mesure du possible les preuves directes*». Cfr. anche J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., pp. 23-24.

¹⁴⁷ Cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 158, il quale fa riferimento anche ad alcune sentenze concordi in questo senso (nota 86): «*the law does allow exceptions from the rule in § 251 but, as in other contexts, it is worth remembering that the overarching duty under § 244 (2) may in and of itself require the viva voce examination. In other words, the court is not always allowed to do in the individual case what the law allows it to do in general*».

¹⁴⁸ Si vedano, infatti, le affermazioni di H.H. JESCHECK, *Il nuovo codice di procedura penale italiano visto dalla Germania*, cit., p. 32, secondo cui «il processo penale tedesco, che seguita ancora a fondarsi sul codice del 1877, è un processo accusatorio, il quale, tuttavia, a causa dell'obbligo del giudice di accertare la reale situazione di fatto (*Aufklärungspflicht*) e del suo essere vincolato alla verità materiale, presenta tratti fortemente inquisitori». Cfr. anche T. VORMBAUM-M. BOHLANDER, *A Modern History of German Criminal Law*, cit., p. 84.

un'iniziativa probatoria d'ufficio indipendente dalle allegazioni delle parti¹⁴⁹, nonché la conoscibilità di ogni atto acquisito prima del dibattimento¹⁵⁰.

Sorprende, però, come queste due anime sembrino convivere in armonia, anziché scontrarsi; come si è visto, infatti, il compito del giudice di scoprire la verità, chiaramente appartenente al versante inquisitorio di questo sistema processuale, viene posto al servizio di quello accusatorio, anziché essere invocato per tentare di soverchiarlo.

L'analisi dell'ordinamento francese immerge invece in un contesto completamente differente rispetto a quelli finora esaminati; mentre le discipline vigenti in Inghilterra, Italia e Germania hanno manifestato, in fin dei conti, alcuni tratti di somiglianza, quella transalpina presenta caratteristiche assolutamente peculiari.

All'interno di questo sistema processuale, «*la liberté dans la recevabilité de la preuve*» viene infatti considerata uno strumento assolutamente imprescindibile per «*lutter efficacemente contre la délinquance*»¹⁵¹.

Si sostiene che «*les intérêts supérieurs de la société commandaient que la répression ne fût pas désarmée par un système de preuve trop rigide*», soprattutto di fronte a «*délinquants inventifs qui font tout pour effacer les traces de leurs infractions et qui n'hésitent pas à anéantir les preuves existantes après leur action*»¹⁵²; allo stesso modo, l'imposizione di eventuali limiti alla «*recherche de la preuve pénale par certaines méthodes ou règles*» viene considerata un indebito vantaggio nei confronti di chi, al

¹⁴⁹ Cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 27, il quale ricorda che, nel processo penale tedesco, «*the court is not bound by any declaration of the parties, and investigates the facts of its own motion*».

¹⁵⁰ Si veda, a tal proposito, T.R. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit., p. 844, il quale precisa che comunque solo i membri togati del collegio conoscono gli atti formati in indagini; quelli laici, infatti, «sono tenuti a formare il loro convincimento esclusivamente sulla base dell'attività svolta oralmente nel dibattimento, per il divieto loro posto di prendere visione degli atti del giudizio». L'Autore, però, ricorda anche che «la giurisprudenza tende a temperare il divieto», consentendo a questi ultimi, «in vista di un miglior convincimento la consultazione soprattutto dei verbali di registrazioni e di intercettazioni telefoniche».

¹⁵¹ Così si esprime A. ATAYA, *La légalité des moyens de preuve*, cit., pp. 33-34. Si vedano anche N.M. HUR-VARIO, *L'administration de la preuve pénale: de l'irrecevabilité à la valeur probatoire*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2012, p. 544; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 351.

¹⁵² Così si esprimono S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., pp. 486-487.

contrario, ha potuto commettere «*l'infraction en toute liberté ou par divers modes et moyens*»¹⁵³.

In sostanza – sembra di capire –, siccome chi delinque non è potenzialmente soggetto ad alcun limite di mezzi, né nel momento in cui porta a compimento le proprie condotte criminose, né quando tenta di nasconderne le tracce, si è finito per pensare che anche l'autorità giudiziaria – per poter svolgere efficacemente il proprio compito – debba essere altrettanto libera di indagare e conoscere.

Accanto a questa radicale affermazione del principio di libertà della prova, si erge poi anche – e con essa si salda perfettamente – un giudizio di forte affidabilità degli atti compiuti nel corso della fase preliminare, contenuti nel *dossier* unico della procedura: questi ultimi, proprio perché raccolti dal *juge d'instruction*, dal *procureur de la République*, o anche, più semplicemente, dalla *police judiciaire*¹⁵⁴, non vengono affatto considerati prove di minor pregio, da utilizzare, al posto di quelle formate in dibattimento, solo in determinate circostanze¹⁵⁵. Anzi, si arriva addirittura ad ammettere che «il clima che regna nel gabinetto di un giudice istruttore o di un pubblico ministero [...] sembra più propizio ad una ricerca serena della verità»; all'udienza, «dove lo stile è un po' teatrale», i testimoni non sempre oserebbero

¹⁵³ Così, testualmente, A. ATAYA, *La légalité des moyens de preuve*, cit., p. 34. Nello stesso senso, si esprime J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 351.

¹⁵⁴ Vero è che, secondo quanto previsto dall'art. 430, gli atti d'indagine formati della polizia giudiziaria e dal pubblico ministero durante l'*enquête initiale* dovrebbero essere soltanto «*renseignements*», ossia avere «un semplice valore informativo» (così si esprime M.G. AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 735). Tuttavia, parte della dottrina ritiene che, «*en application du principe de la liberté de la preuve*», essi «*peuvent être produits en preuve devant le juge pénal, sans qu'il soit besoin qu'ils aient été repris au cours de l'instruction*». Fra l'altro, si sostiene anche che il codice francese attribuisca ai *procès verbaux* dell'*enquête initiale* tale valore, non tanto per decretarne l'inferiorità rispetto alle prove vere e proprie, ma piuttosto per ricordare che il giudice è libero di valutarli secondo il proprio convincimento, distinguendoli così da altri verbali che invece «*valent jusu'à preuve contraire*»; così si esprime J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 515. Si vedano, nello stesso senso, S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., pp. 486-487.

¹⁵⁵ Cfr. S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 486-487, secondo i quali «*il est à peine beson d'insister sur l'importance de ce dossier de la procédure dont la constitution va être souvent déterminant pour l'issue du procès pénal dans la mesure où, si son contenu peut toujours être enrichi, la manière dont la preuve a été administrée dans les premiers temps de l'enquête commande généralement la manifestation final de la vérité*»; si veda, nello stesso senso, R. LEMPERT, *Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law*, in *AA.VV., Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*, cit., p. 408.

parlare e potrebbero anche restare «destabilizzati dalle domande poste dagli avvocati»¹⁵⁶.

Peraltro, tale visione che, in altri ordinamenti, potrebbero forse destare perplessità, non sembra affatto il pensiero di isolata dottrina.

Per rendersene conto, è sufficiente leggere quanto suggerito dal *Comité de réflexion sur la justice pénale*, istituito il 13 ottobre 2008, dal Ministero della giustizia, a seguito dei gravi errori commessi dalla magistratura francese nella gestione del noto *affaire d'Outreau*¹⁵⁷.

Il rapporto del Comitato, presieduto da Philippe Leger, ricorda anzitutto che il presidente del collegio è l'unico a conoscere *ab initio* il *dossier* della procedura e che, solo a sua discrezione, gli atti in esso contenuti sono sottoposti agli altri giudici togati e alla giuria. Si propone, allora, per far sì che anche tali soggetti possano «*statuer dans les meilleures conditions possibles*», di consentire loro l'«*accès à toute pièce du dossier*», «*a tout moment, et ce jusqu'à la clôture des débats*» (p. 39). In altre parole, al fine di assicurare un accertamento più accurato e prevenire decisioni erranee, il Comitato non ha nemmeno ipotizzato l'eventualità di limitare, anche per il presidente, l'accesso agli atti formati unilateralmente e in segreto durante la *phase préparatoire*; all'opposto, ha suggerito di estenderne la conoscenza agli altri giudici.

Il codice di rito, a ben vedere, rispecchia pienamente questa mentalità: non viene stabilito alcun limite di ammissione in relazione a materiali probatori ritenuti di qualità inferiore ed è, al contrario, piuttosto palese la volontà di incoraggiare l'autorità giudiziaria all'apprensione di qualsiasi informazione utile per la decisione¹⁵⁸.

Il già citato art. 310 consente infatti al presidente della corte d'assise di «*entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent*,

¹⁵⁶ Così si esprime J. PRADEL, *La scomparsa del giudice istruttore italiano vista da un francese*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, cit., p. 85.

¹⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti su questo caso giudiziario e sulle reazioni che ne sono seguite, si vedano M.G. AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, cit., pp. 724-725; R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, cit., p. 261. In estrema sintesi, diverse persone furono accusate di far parte di una rete internazionale di sfruttamento della prostituzione minorile, ma, dopo diversi anni di custodia cautelare in carcere, furono definitivamente assolti.

¹⁵⁸ Cfr. C. MORSELLI, *Modelli processuali penali in Francia e in Italia*, Milano, 2013, p. 177, secondo cui la disciplina delle prove francese è caratterizzata da «minimalismo regolativo». Si vedano anche C. BUISMAN-M. BOUAZDI-M. COSTI, *Principles of civil law*, cit., p. 70.

d'après les développements donnés à l'audience, utiles à la manifestation de la vérité»; inoltre, il comma 1 dell'art. 427 – espressamente dettato per il *tribunal correctionnel*, ma pacificamente esteso a ogni giurisdizione¹⁵⁹ – ricorda che «*hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve*».

Insomma, sulla base di queste premesse, non dovrebbe allora stupire che tutte le prove siano considerate «*recevables*»¹⁶⁰, «*preuve par oral ou par écrit, preuve par constatation directe, par témoignage, par oui-dire ou par procès-verbal, preuve authentique, par expertise ou encore par l'aveu*»¹⁶¹; non conta nulla il momento in cui si sono formate, o i soggetti che le hanno assunte¹⁶².

La fase del giudizio è infatti completamente impostata su quanto contenuto nel *dossier*, che costituisce il *file rouge* dell'istruzione dibattimentale¹⁶³; il giudice non solo può conoscere tutto – come in Germania –, ma – a differenza di quanto accade nei tre ordinamenti sopra esaminati – nemmeno incappa in particolari limiti dettati dalle scelte epistemiche del legislatore.

Questo modo di procedere – come è facile intuire – influisce soprattutto sulla formazione delle prove testimoniali.

Spesso, soprattutto davanti al *tribunal correctionnel* e al *tribunal de police*, il dibattimento si risolve in una mera discussione sulle prove raccolte durante le indagini e l'escussione orale dei testimoni – in molti casi nemmeno citati – viene sostituita dalla lettura in udienza delle dichiarazioni precedentemente rese¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Cfr. F. DESPORTES-L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 13^a ed., Parigi, 2013, p. 406.

¹⁶⁰ Così si esprime J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit. p. 351.

¹⁶¹ Così si esprime A. ATAYA, *La légalité des moyens de preuve*, cit., p. 43.

¹⁶² Cfr. F. DESPORTES-L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., p. 405, secondo cui l'art. 427 implica che non si possano fare distinzioni «*selon que la preuve résulte des investigations des magistrats et officiers ou agents de police judiciaire ou qu'elle soit avancée par les parties*».

¹⁶³ Si vedano, in questo senso, S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 542; R.J. TERRIL, *World Criminal Justice System. A Comparative Survey*, 8^a ed., Waltham, 2013, p. 177.

¹⁶⁴ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 773, il quale spiega che «*une vieille jurisprudence, dictée par des considérations de simplification procédurale, validait l'usage en matière correctionnelle et de police de lire les procès-verbaux afin de ne pas déranger les témoins. Et aujourd'hui, quand le témoin est défaillant, le président peut lire sa déposition; ce qui contribue à donner du poids a dossier de la phase préparatoire*». Si vedano anche M.G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito*, cit., p. 4815; EAD., voce *Processo penale francese*, cit., pp. 724-725, secondo cui vi è una «*concezione del dibattimento quale luogo di critica e di controllo delle prove*»; A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 172.

La situazione è invece leggermente diversa in seno alla corte d'assise. Mentre la disciplina processuale dei sopra citati tribunali (competenti, rispettivamente, per *délit* e *contravention*) non contiene alcuna precisa preferenza in merito alla formazione delle prove, altrettanto non può dirsi del giudizio per le accuse riguardanti *crime*, l'unico con giuria.

L'art. 347 stabilisce infatti che il *dossier* non può essere portato nella *salle des délibérations* e che se, eccezionalmente, risulta necessario consultarne alcuni atti, tale operazione può avvenire solo alla presenza delle parti (commi 3 e 4); nella stessa direzione, si pone l'art. 379, secondo cui, nel verbale dell'udienza, non può essere trascritto il contenuto delle deposizioni dibattimentali di imputati e testimoni¹⁶⁵. Giudici togati e giuria, quando si trovano insieme in camera di consiglio per la decisione, devono quindi prevalentemente basarsi su quello che hanno udito in udienza, senza poter fare affidamento su atti scritti.

Da queste due disposizioni, che – pur non vietando l'acquisizione di alcuna prova – tentano comunque di favorire l'oralità della procedura, derivano principalmente due conseguenze: in primo luogo, documenti e verbali, per poter essere conosciuti e quindi utilizzati come prova, devono ovviamente essere letti in udienza¹⁶⁶; in secondo luogo, per prassi, si ritiene che la lettura integrale delle deposizioni rese davanti al giudice istruttore possa avvenire soltanto al termine dell'escussione dibattimentale del testimone¹⁶⁷.

¹⁶⁵ L'unica eccezione a questa regola è prevista dall'art. 333, il quale stabilisce che, d'ufficio, o su richiesta di parte, il presidente possa far annotare nel verbale d'udienza «*additions, changements ou variations qui peuvent exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations*». In sostanza, in tale verbale, risulteranno impresse soltanto le parti della deposizione dibattimentale in cui il testimone ha contraddetto le sue precedenti affermazioni.

¹⁶⁶ Cfr. S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 1286.

¹⁶⁷ Così si esprime J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 772. In effetti diverse sentenze della Corte di cassazione francese sembrano prevedere una qualche forma di preferenza per la deposizione orale dei testimoni, sebbene sia piuttosto evidente come tale modalità di acquisizione non sia vincolante e che il potere di scelta spetta comunque sempre al giudicante, in maniera del tutto autonoma: si vedano, ad esempio, Cass., Chr. crim., 24 giugno 2015, n. 14-86917, in *www.legifrance.gouv.fr*, secondo cui «*le président ne peut donner lecture de la déposition d'un témoin acquis aux débats défaillant sans que la cour d'assises ait préalablement décidé de passer outre à l'audition de ce témoin, à moins que les parties aient renoncé à cette audition*»; Cass., Chr. crim., 18 giugno 2014, n. 13-85540, *ivi*, per la quale «*lorsque le président a annoncé qu'il serait statué ultérieurement sur le sort d'un témoin absent, il ne peut ensuite, sans que la cour ait rendu un arrêt disant qu'il serait passé outre, donner lecture des déclarations à l'instruction de ce témoin*»; Cass., Chr. crim., 18 dicembre 2013, n. 13-80036, *ivi*, in cui si precisa che «*qu'après que la cour d'assises a refusé de décerner mandat d'amener contre M.Z., témoin cité et signifié, non comparant, en considérant qu'à ce stade des débats, l'audition de ce témoin n'est pas indispensable à la manifestation de la*

Ciò non toglie, evidentemente, che le prove dichiarative contenute nel *dossier* vengano a conoscenza degli *assesseurs* e della giuria.

Quando, infatti, il testimone non si presenta in udienza, il presidente del collegio può disporre la lettura della deposizione istruttoria, utilizzando il già citato potere conferitogli dall'art. 310 di «*prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité*»¹⁶⁸; inoltre, sembra che l'esame dei testi presenti – condotto sempre dal presidente – si risolva, sostanzialmente, in una serie di domande volte a cercare conferma o smentita di quanto precedentemente dichiarato, con riferimenti – anche letterali – ad ampie porzioni dei verbali redatti durante la *phase préparatoire*¹⁶⁹.

Senza dubbio, all'interno di altri ordinamenti, quelle appena descritte potrebbero apparire pratiche distorsive. Prima di giungere a questa conclusione, bisogna però tenere a mente il contesto generale in cui opera l'autorità giudiziaria francese: il codice di rito non pone alcun limite espresso all'uso degli atti formati unilateralmente prima del giudizio, né alla testimonianza indiretta¹⁷⁰; il contenuto del *dossier* – come si è detto – viene pacificamente considerato di dignità pari alle prove formate in dibattimento; il giudice – oltre a conoscere ogni atto della procedura sin dalla *notitia criminis* – gode di assoluta autonomia e ampi poteri d'iniziativa probatoria.

Insomma, se si tiene conto di tutti questi aspetti, diventa veramente difficile meravigliarsi se il dibattimento si trasforma, il più delle volte, in una mera verifica dei contenuti del *dossier*.

Peraltro, oltre a non essere individuabile alcuna regola di esclusione finalizzata a estromettere elementi ritenuti meno affidabili di altri, è assente anche qualsiasi disposizione relativa alle prove di *bad character* o di *opinion*. Anzi, la situazione sembra completamente opposta.

vérité, la présidente ne pouvait ensuite, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, donner lecture des procès-verbaux d'audition de M.Z., privant ainsi les accusés de leur droit fondamental d'interroger ce témoin, et se mettant en contradiction avec les motifs de l'arrêt incident».

¹⁶⁸ Si veda J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 820.

¹⁶⁹ Cfr. A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., pp. 169-175, che descrive alcune udienze davanti al *tribunal correctionnel* e alla corte d'assise cui ha personalmente assistito e riporta diverse interviste a giudici e avvocati.

¹⁷⁰ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito*, cit., p. 4815.

Innanzitutto, il comma 6 dell'art. 81 prevede che – quantomeno in materia di *crime* e facoltivamente per i *délit* – «*le juge d'instruction procède ou fait procéder [...] à une enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale*»; inoltre, secondo il successivo comma 8, può essere disposto «*un examen médical*», «*un examen psychologique*», o ordinata qualsiasi altra misura utile («*toutes mesures utiles*»), fra cui anche una vera e propria perizia criminologica, finalizzata a indagare eventuali «*anomalie mentales ou psychiques*» dell'indagato. Naturalmente, tutto il materiale così raccolto entra a far parte del *dossier*¹⁷¹.

In secondo luogo, il primo atto istruttorio compiuto dal giudice del dibattimento consiste nell'esame dell'imputato, durante il quale questi viene sottoposto – fra l'altro – a specifiche domande sulla sua personalità e sui suoi precedenti penali¹⁷².

Infine, per espressa previsione di legge (artt. 331, comma 4, e 444), i testimoni devono essere esaminati «*soit sur les faits reprochés au prévenu, soit sur sa personnalité et sur sa moralité*».

Sembra quindi che tutte le informazioni relative alla personalità dell'imputato, alla sua condotta di vita e alle precedenti condanne non vengano minimamente tenute nascoste al giudicante; anzi, all'opposto, per espressa previsione di legge, tutti questi profili possono e devono essere indagati.

Non ci sono dunque, in definitiva, prove sgradite nella disciplina processuale francese; ogni dato conoscitivo che, in altri ordinamenti, come si è visto, viene acquisito solo a determinate condizioni, oppure è *tout court* proibito, perché ritenuto inaffidabile, o magari poco obiettivo, è invece fagocitato all'interno del *dossier*.

Sarebbe però sicuramente sbagliato interpretare l'assenza di «limiti epistemologici»¹⁷³ alla ricerca della verità come una mancanza di metodo

¹⁷¹ Si veda J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 449-453. Per ulteriori approfondimenti sulla *enquête de personnalité*, si vedano J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 8ª ed., Parigi, 2013, pp. 241-254.

¹⁷² Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 793 e 826; A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 167; R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, cit., p. 217.

¹⁷³ L'espressione è di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 10.

probatorio; al contrario, a meglio considerare, anche questa è una ben precisa scelta: mentre i sistemi processuali di Inghilterra, Italia e Germania si basano sull'idea – seppur contornata da molte eccezioni – che l'accuratezza dell'accertamento fattuale dipenda anche dalla qualità del materiale probatorio fornito al giudice, semplicemente, la visione transalpina è un'altra: qualsiasi informazione anche solo minimamente utile deve essergli accessibile, affinché ogni sentiero che conduce alla scoperta di quanto realmente accaduto possa essere percorso¹⁷⁴.

4. Inaffidabilità della prova e sfiducia nel giudicante

La preoccupazione che una determinata prova possa provocare una decisione sbagliata – ossia, in ultima analisi, la condanna dell'innocente, o anche l'assoluzione del colpevole – può dunque indurre alla drastica scelta di bandirla dal processo¹⁷⁵; l'eventuale perdita di informazioni rilevanti viene in sostanza considerata un male di gran lunga inferiore rispetto alla formazione di un erroneo convincimento giudiziale, cosicché, nel dubbio, al fine di prevenire un simile fallimento della giustizia, si preferisce estromettere *ex ante* le presunte fonti di errore¹⁷⁶.

Non sempre, però, come si è visto, viene fatto questo ragionamento. La disciplina processuale francese, ad esempio, mostra un giudice decisamente

¹⁷⁴ Si vedano, in questo senso, le considerazioni di C. BUISMAN-M. BOUAZDI-M. COSTI, *Principles of civil law*, cit., p. 30, i quali affermano che, nei sistemi di *civil law*, «denying the professional adjudicators access to all available and attainable evidence is considered to hamper truth-finding because it is thought that the objective truth can be found in evidentiary material».

¹⁷⁵ Cfr. M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, 5^a ed., Torino, 2015, p. 375, il quale ricorda che, malgrado «l'ansia di verità [...] che pervade il processo penale, varie norme limitano la prova», proprio perché il legislatore ritiene che alcune di esse non agevolerebbero o addirittura «potrebbero fuorviare l'accertamento». Nello stesso senso, si vedano C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 20; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 20; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 145, secondo cui certi limiti di ammissibilità vengono applicati per la «prevenzione di errori di valutazione».

¹⁷⁶ Cfr., in questo senso, A. STEIN, *Foundations of evidence law*, cit., p. 134, il quale spiega che «fact-finding inquiries may involve risks of error that are too high and thus altogether unacceptable»; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012, p. 33, secondo cui «rules of proof are needed in order to satisfy the goals that the law of evidence should serve: minimising errors, reducing costs and allocating the risk of errors»; M. SCAPARONE, 'Common law' e processo penale, Milano, 1974, p. 107.

onnivoro e, anche altrove, la preferenza per specifici metodi di conoscenza, o il rifiuto di dare ingresso a certe tipologie di prove, si sono spesso dimostrati ben più cedevoli di quanto potessero *prima facie* apparire.

La scarsa affidabilità di una prova non viene dunque sempre considerata motivo sufficiente per sottrarla al giudicante; a volte, quest'ultimo viene gravato della responsabilità di sciogliere personalmente, caso per caso, l'astratta riserva sull'idoneità di un determinato dato conoscitivo a fondare l'esito processuale.

Che cosa distingue, allora, i casi in cui il diritto positivo impone il proprio punto di vista sulle qualità gnoseologiche di una prova, da quelli in cui, invece, si permette al giudice del caso concreto di occuparsi di tale spinosa questione?

A ben vedere, si può supporre che, quando l'ordinamento considera opportuno decretare *a priori* le prove utilizzabili – così sostituendo le proprie valutazioni a quelle che potrebbe fare il giudice¹⁷⁷ – agisca sul presupposto che, lasciato a se stesso, questi rischierebbe di indugiare su materiale probatorio nocivo per la ricostruzione dei fatti; in altri termini, è probabile che, dietro ad alcune regole di esclusione, non vi sia solamente un'attestazione di discredito verso determinate prove, ma si nasconda anche un non troppo celato scetticismo nell'autonoma capacità di quest'ultimo di distinguere le informazioni utili per la ricerca della verità da quelle pregiudizievoli¹⁷⁸.

Del resto, il livello di "ottimismo"¹⁷⁹ circa l'attitudine del giudice a selezionare, da solo, le informazioni, su cui basare la propria sentenza, sembra

¹⁷⁷ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 333.

¹⁷⁸ Si veda, in questo senso, M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 145, il quale afferma che determinate regole di esclusione «sembrano finalizzate a prevenire o ad evitare errori o fraintendimenti, nella determinazione del valore probatorio di determinate prove, da parte del soggetto o dell'organo che deve formulare la decisione sui fatti». Nel medesimo senso, si esprimono, fra gli altri, J. COHEN, *Freedom of proof*, in AA.VV., *Evidence and Proof*, a cura di W. Twining-A. Stein, New York, 1992, pp. 19-21; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 41; E.N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, cit., p. 46; P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, cit., p. 103; P. MURPHY, *No Free Lunch, No Free Proof. The Indiscriminate Admission of Evidence is a Serious Flaw in International Criminal Trials*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 547; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., p. 406; M. SCAPARONE, *'Common law' e processo penale*, cit., p. 107; F. SCHAUER, *On the supposed jury-dependence of evidence law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, pp. 173 e 179.

¹⁷⁹ Cfr. M.J. DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure*, cit., p. 514, il quale afferma che gli ordinamenti di *civil law* sembrano «*more optimistic*» sulla capacità dei «*factfinders, lay or professional*» di «*disregarding the influence of relevant but untrustworthy evidence*».

influire da sempre, in maniera decisiva, sulla conformazione delle discipline probatorie.

Nei sistemi di *common law*, questa connessione è spesso parsa piuttosto evidente: si afferma, infatti, tradizionalmente, che proprio la preoccupazione verso la scarsa perizia dei giurati abbia costituito uno dei principali fattori fondativi della *law of evidence*¹⁸⁰.

Questi ultimi – giudici inesperti, privi di addestramento¹⁸¹ e, per giunta, esonerati dall'obbligo di motivare i propri verdetti – erano considerati in generale meno abili dei togati nel soppesare il valore delle prove; soprattutto, si temeva che potessero focalizzare indebitamente l'attenzione su informazioni poco significative, oppure sovrastimare il peso di contributi probatori particolarmente insidiosi, come, ad esempio, le dichiarazioni rese *out-of-court*.

Nella prassi dei tribunali, avrebbe allora cominciato a imporsi la pratica – poi divenuta vera e propria regola della *common law* – di tenere la giuria tendenzialmente all'oscuro di certi tipi di prove, affidando un delicato compito di filtraggio delle informazioni rilevanti al magistrato professionale, il quale – in caso

Nello stesso senso, si vedano J.G. MIRABELLA, *Scales of justice: assessing italian criminal procedure through the Amanda Knox trial*, in *Boston University International Law journal*, 2012, p. 251; W.T. PIZZI-L. MARAFIOTI, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, in *The Yale Journal of International Law*, 1992, p. 7.

¹⁸⁰ Si esprimono, in questo senso, fra gli altri, E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 5; M. COEN, *Heasay, bad character and trust in the jury: Irish and English contrast*, in *The international journal of evidence and proof*, 2013, p. 253; L. DUFRAIMONT, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, in *McGill Law Journal*, 2008, pp. 202 e 217; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1989, p. 3; J.H., LAGBEIN, *The origins of adversarial criminal trial*, Oxford, 2003, p. 211; L. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 122, il quale afferma che «*the current rules of evidence abound situations where the courts fear that jurors may evaluate the evidence wrongly*»; M. TARUFFO, voce *Prova. VI) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991, p. 4, in cui si afferma chiaramente che tali regole «rispondono in gran parte all'esigenza di garantire preliminarmente che non vengano assunte prove la cui esatta valutazione sia eccessivamente difficile da parte della giuria; si tratta quindi di regole di garanzia contro il rischio di errori della giura». Si vedano, inoltre, le riflessioni di C. BUISMAN-M. BOUAZDI-M. COSTI, *Principles of civil law*, cit., p. 29, i quali sostengono che, in effetti, in alcuni paesi di *civil law*, non viene applicato un compiuto sistema di regole di esclusione, strumentali alla tutela dell'accertamento fattuale, proprio perché non è più presente un corpo autonomo di giurati che statuisce sulle questioni di fatto.

¹⁸¹ Cfr. L. DUFRAIMONT, *Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?*, in *Queen's Law Journal*, 2008, p. 262, secondo cui «*because jurors are untrained and generally unfamiliar with the justice system, they often lack the experience and knowledge required to evaluate the prosecution's evidence*».

di dichiarazione di inammissibilità – restava l'unico a esserne effettivamente venuto a conoscenza¹⁸².

Questa ricostruzione – sebbene appaia ancora attualmente maggioritaria – è stata, a volte, criticata in base a due ordini di ragioni¹⁸³: in primo luogo, viene ricordato che la giuria è divenuta parte integrante del modello di *common law* ben prima che si affermasse la tradizionale *law of evidence*¹⁸⁴; in secondo luogo, si obietta che le regole di esclusione hanno sempre trovato indifferentemente applicazione anche davanti alle *magistrates' court*, ove la giuria non opera¹⁸⁵.

Tali circostanze, di per sé, costituiscono dati oggettivamente indiscutibili; tuttavia, a meglio considerare, non sembrano affatto confutare la tesi dello stretto legame fra l'istituto della giuria e lo sviluppo di un compiuto sistema di regola di esclusione; anzi, per certi versi, sembrano offrire ulteriori elementi per argomentarla.

È vero, innanzitutto, che l'istituto della giuria ha attecchito nella procedura di *common law* secoli prima del consolidamento di precisi paletti all'ammissibilità delle prove¹⁸⁶; tuttavia, come è stato osservato da autorevole dottrina, ciò non

¹⁸² Cfr., in questo senso, A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 191, secondo cui, intorno al XVII° secolo, cominciò ad affiorare «progressivamente l'esigenza di un controllo e di una supervisione sull'operato della giuria», che «si venne orientando [...] nel senso di una limitazione alla ammissibilità della prova»; l'Autore, tuttavia, precisa che, allo sviluppo delle regole di esclusione, potrebbe aver contribuito anche l'influenza della retorica giudiziale, tipica dell'antico processo greco e romano e tramandata attraverso le opere di Cicerone, Quintiliano, Ermogene. Si vedano anche J.H. LAGBEIN, *The origins of adversarial criminal trial*, cit., pp. 318-343; M. SCAPARONE, 'Common law' e processo penale, cit., pp. 106-107; E. SWIFT, *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph*, in *California Law Review*, 2000, pp. 2447-2452.

¹⁸³ Per un riassunto delle varie posizioni, si vedano L. DUFRAIMONT, *Evidence Law and the Jury*, cit., pp. 220-241; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit. p. 11-14; A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 43.

¹⁸⁴ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di E.D. MORGAN, *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence*, in *The University of Chicago Law Review*, 1937, pp. 251-254, il quale, però, ammette anche che «it may be truly said that the jury is in part responsible for a portion of the law creating and governing exceptions to the hearsay rule»; T.P. GALLANIS, *The Rise of Modern Evidence Law*, in *Iowa Law Review*, 1999, pp. 534-553.

¹⁸⁵ Si esprimono, in questo senso, P. MURPHY, *No Free Lunch, No Free Proof. The Indiscriminate Admission of Evidence is a Serious Flaw in International Criminal Trials*, cit., p. 546; P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, cit., p. 102; M. SCAPARONE, *Il Criminal Justice Act 1967 e la riforma del processo penale inglese*, cit., p. 472; ID., 'Common law' e processo penale, cit., p. 108; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 124-125.

¹⁸⁶ Cfr., per ulteriori approfondimenti, G. ALESSI, voce *Processo penale (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, pp. 371-374; E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, p. 16-20.

significa affatto che, prima dello sviluppo delle *exclusionary rule*, ci si disinteressasse di selezionare gli elementi attraverso cui i giurati avrebbero dovuto formare il loro convincimento¹⁸⁷; molto più semplicemente, gli strumenti utilizzati per compiere tale delicata operazione erano differenti, a causa della diversa struttura del processo.

Il *trial* era infatti caratterizzato da un rapporto di intensa collaborazione fra i giurati e il giudice togato e, di conseguenza, quest'ultimo esercitava direttamente il proprio controllo sul materiale probatorio, indicando espressamente alla giuria il peso che doveva attribuire a determinati elementi¹⁸⁸. Insomma, le prove non restavano formalmente escluse, ma, ai *trier of fact*, veniva in sostanza detto cosa avrebbero dovuto farne.

L'ingresso sulla scena processuale dei difensori e il conseguente, progressivo passaggio «*from lawyer-free to lawyer-dominated procedure*»¹⁸⁹ modificò, però, questa situazione: il giudice cedette man mano il ruolo di *dominus* dell'istruttoria dibattimentale alle parti e il suo rapporto privilegiato con i giurati finì per interrompersi; questi – sempre più passivo, di fronte alle nuove prerogative conquistate dai *lawyers* – cominciò quindi ad astenersi dall'indicare esplicitamente il peso da attribuire a determinati elementi conoscitivi, limitandosi *tout court* a estromettere tali prove dal *trial*¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Si veda J.H. LANGBEIN, *The Historical Foundations of the Law of Evidence: a View from the Ryder Sources*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1194, il quale ricorda che «*from the Middle Ages to our own day, the driving concern animating the Anglo-American law of evidence has been to protect against the shortcoming of trial by jury*».

¹⁸⁸ Cfr. M.J. DAMAŠKA, *Free Proof and Its Detractors*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 346, il quale parla di «*mandatory instructions to the jury on evidentiary matters*»; J.H. LANGBEIN, *The Historical Foundations of the Law of Evidence*, cit., pp. 1190-1193; ID., *The origins of adversarial criminal trial*, cit., pp. 321-329.

¹⁸⁹ Così, testualmente, J.H. LANGBEIN, *The Historical Foundations of the Law of Evidence*, cit., p. 1197. Per ulteriori approfondimenti, si veda anche E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., pp. 94-100.

¹⁹⁰ Cfr. ancora J.H., LANGBEIN, *The origins of adversarial criminal trial*, cit., pp. 330-331, che parla del passaggio da un periodo in cui il giudice togato correggeva la giuria, a un periodo – ancora attuale – in cui invece se ne previene l'errore attraverso le regole di esclusione.

Il metodo di indirizzo espresso della giuria ha così lasciato il posto a un meccanismo di controllo più indiretto, rappresentato dal sistema di filtri preventivi che, ancora attualmente, seppur in forme più lievi, caratterizza la *law of evidence*¹⁹¹.

Per quanto riguarda invece la seconda obiezione, ossia il fatto che, anche nei giudizi senza giuria – che rappresentano ormai il 95% dei procedimenti¹⁹² –, le regole di esclusione vengono ugualmente applicate, si può anzitutto ricordare che, spesse volte, le preoccupazioni sulla fallibilità dei giurati non risparmiano nemmeno i *magistrates*, cosicché l'operatività delle *exclusionary rule*, anche di fronte a questi ultimi, finisce per essere considerata ugualmente opportuna¹⁹³.

In secondo luogo, non si può non notare come, negli ultimi decenni, al sempre minor numero di vicende processuali sottoposte alla giuria – e quindi ora

¹⁹¹ Si esprimono, in questo senso, M. COEN, *Heasay, bad character and trust in the jury*, cit., p. 254; J.H. LANGBEIN, *The Historical Foundations of the Law of Evidence*, cit., p. 1196, secondo cui «*the modern law of evidence is part of a new and formal system of jury control that replaced the older informal system*». Si vedano però anche le riflessioni M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 123-127, il quale ritiene che l'«avvocattizzazione» del processo sia stata determinata per lo sviluppo delle regole di esclusione con *ratio* epistemica, anche per ragioni indipendenti dalla presenza della giuria: in particolare, sarebbe stata avvertita la necessità di porre un contrappeso al totale controllo delle parti sull'istruzione probatoria, sanzionando con l'esclusione la presentazione di «una prova con un potenziale cognitivo inferiore», nel caso in cui fossero invece «disponibili fonti di informazioni migliori». Per quanto riguarda poi l'*hearsay rule*, l'Autore ne individua l'origine anche nella breve durata del *trial*, che non consentiva di verificare le dichiarazioni *de relato*, attraverso l'esame in udienza del teste diretto (pp. 96-97). Cfr., per affermazioni analoghe, anche E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 107, secondo cui «le moderne disposizioni in materia di accertamento dei fatti nella *common law* sono il frutto congiunto da un lato della presenza della giuria e dall'altro dall'affermarsi del modello *adversary*»; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 36; G. PIERRO, voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 325.

¹⁹² Cfr., in questo senso, S. SAVAGE-D. BREITHERICK, *Lay Justice or professional justice?*, in AA.VV., *Debates in Criminal Justice. Key themes and issues*, London-New York, 2012, p. 33. Si vedano anche E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 133, il quale pone in rilievo il fatto che, in realtà, tenendo conto anche dei casi di *guilty plea* davanti alla *Crown court*, il numero dei processi effettivamente celebrati con giuria scende ancora, sino al 2%; U. MATTEI, *Il modello di common law*, 4ª ed., Torino, 2014, p. 76, secondo cui «oltre il 97 % di tutti i processi penali inglesi sono attualmente condotti senza intervento della giuria popolare». In merito alle riforme, che hanno progressivamente ridotto il ricorso a tale tradizionale istituto, si veda P. THORNTON, *Trial by Jury: 50 Years of Change*, in *Criminal Law Review*, 2004, pp. 694-697.

¹⁹³ Cfr. F. SCHAUER, *On the supposed jury-dependence of evidence law*, cit., p. 187, secondo cui «*even judges are often afflicted with the kinds of cognitive failings that juries are*» e, peraltro, a differenza di questi ultimi, tenderebbero pure a «*overestimate thier own cognitive abilities*». Si vedano nel medesimo senso, le riflessioni M.J. DAMAŠKA, *The jury and the law of evidence*, cit., p. 257.

giudicate dai *magistrate* - sia proporzionalmente corrisposto un costante alleggerimento dei limiti di ammissibilità probatoria¹⁹⁴.

In altre parole, è vero che le regole di esclusione si applicano anche laddove non decidono i giurati¹⁹⁵, ma, proprio da quando l'intervento di questi ultimi ha cominciato a essere meno richiesto, le *exclusionary rule*, poste a tutela dell'accuratezza dell'accertamento fattuale, hanno intrapreso la via del declino¹⁹⁶: non è certo un caso, infatti, che, nel procedimento civile, ove la giuria non opera più, l'*exclusionary rule* dell'*hearsay evidence* sia stata completamente abolita¹⁹⁷, né si possono dimenticare le già citate riforme contenute nel *Criminal Justice Act* 2003.

In particolare, si è visto come, attraverso quest'ultimo provvedimento, il legislatore inglese, resosi conto degli effetti collaterali di una disciplina probatoria molto rigida, abbia scelto di allargare le maglie della *law of evidence*. A ben vedere, un simile intervento non sarebbe stato certamente possibile qualora, sullo sfondo, non vi fosse stata la consapevolezza che i tempi erano ormai maturi per investire il giudicante - soprattutto, il *magistrate*, ma senza dubbio, in parte, anche il giurato¹⁹⁸

¹⁹⁴ Si vedano le riflessioni di F. SCHAUER, *On the supposed jury-dependence of evidence law*, cit., p. 173, il quale osserva che «when we look at the countries outside of the United States in which the jury is in decline, we see a commensurate decline – just as Bentham, Thayer, and Wigmore would have predicted – in the law of evidence as well».

¹⁹⁵ Cfr. anche A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 23; L. DUFRAIMONT, *Evidence Law and the Jury*, cit., p. 242; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 125, nota 138, i quali ricordano che un'altra ragione per cui le *exclusionary rule* vengono applicate, nella stessa maniera, anche davanti ai *magistrate*, dipende dal fatto che, nonostante i processi con giuria siano ormai una minima parte, il diritto delle prove continua a essere irragionevolmente focalizzato su tale rito.

¹⁹⁶ Cfr. già M. SCAPARONE, *Il Criminal Justice Act 1967 e la riforma del processo penale inglese*, cit., p. 467; si vedano anche le riflessioni di M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 148, il quale si interroga sull'«opportunità di mantenere il *trial by jury*, se conservare la giuria implica sostanziali limitazioni della possibilità di utilizzare prove rilevanti per la scoperta della verità».

¹⁹⁷ Fanno questa osservazione M. COEN, *Heasay, bad character and trust in the jury*, cit., p. 257; R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 233; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 149; W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, cit., pp. 458-460. Si vedano però anche le riflessioni di M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 76-77, secondo cui la progressiva scomparsa delle regole di esclusione dipenderebbe anche dal fatto che, nelle corti unitarie, prive di giuria, il medesimo giudice decide sia dell'ammissibilità delle prove, sia della loro efficacia dimostrativa; l'impossibilità di tenere all'oscuro delle prove escluse il giudice del fatto starebbe quindi conducendo a un progressivo abbandono del meccanismo dell'esclusione. Cfr. anche ID., *The jury and the law of evidence: real and imagined interconnections*, in *Law, Probability and Risk*, 2006, p. 257.

¹⁹⁸ Cfr. M. COEN, *Heasay, bad character and trust in the jury*, cit., pp. 261-271, secondo cui «the jury related rationale for the rule against hearsay came under increasing fire in England and Wales in the later decades of the 20th century» (p. 262) e le riforme del *Criminal Justice Act* 2003 dipenderebbero dalla «increased faith in the abilities of jurors». Nello stesso senso, si esprimono A. KEANE-P. MCKEOWN, *The modern Law of Evidence*, cit., p. 284.

- di maggiori responsabilità in merito alla scelta degli elementi su cui basare la propria decisione¹⁹⁹; solo tale certezza, infatti, poteva indurre il parziale abbattimento dei meccanismi che, da moltissimo tempo, venivano utilizzati per plasmare il contenuto del compendio probatorio.

5. (segue) *Il ruolo della fiducia nel giudice nello sviluppo delle discipline probatorie di Francia e Germania*

Il grado della fiducia riposta nei giurati sembra aver giocato un ruolo fondamentale anche nelle vicende legislative che hanno determinato l'attuale conformazione del diritto delle prove francese e di quello tedesco.

Per quanto riguarda il primo, come è noto, la procedura di stampo prettamente inquisitorio dell'*ancien régime*, che trovava il suo archetipo legislativo nell'*Ordonnance criminelle* del 1670, si affidava a un insieme di regole volte a incidere sulla libera valutazione del compendio probatorio²⁰⁰: il giudice poteva - e doveva - applicare le pene più severe (come quella capitale), solo dopo essere riuscito ad acquisire un determinato insieme di prove, come, ad esempio, due testimonianze, oculari e a carico, fra loro concordanti, oppure - sul punto, però, non tutti concordavano - la confessione dell'accusato²⁰¹; tale sistema di "prove legali" - in

¹⁹⁹ Si veda, in questo senso, M. REDMAYNE, *The Structure of Evidence Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 806.

²⁰⁰ Cfr., per una ricostruzione di questo sistema e delle degenerazioni cui condusse, A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Parigi, 1882, pp. 268-283, il quale, peraltro, precisa che l'*Ordonnance criminelle* del 1670 non conteneva affatto tali regole, che erano implicitamente presupposte e si rinvenivano negli scritti dottrinali e nella giurisprudenza (p. 261). Si vedano anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, pp. 594-596; M.J. DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure*, cit., pp. 556-557; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 71-77; E. DOSI, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, 1957, pp. 60-61; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 2; R. MARTUCCI, *Il modulo inquisitorio nelle «ordonnances» da Colbert alla Costituente*, in AA.VV., *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, a cura di L. Berlinguer-F. Colao, Milano, 1990, pp. 258-259; J.R. SPENCER, *Introduction*, cit., pp. 8-9; S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 485; E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, pp. 4-6.

²⁰¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 628, il quale infatti afferma che «mentre nel processo accusatorio è libera la valutazione ma è vincolato il metodo di acquisizione delle prove, nel processo inquisitorio è vincolata la valutazione delle prove ma è libero il loro metodo di formazione». Nello

origine concepito come freno all'arbitrio giudiziale²⁰² – condusse però paradossalmente a degenerazioni altrettanto note: il giudice, pur di ottenere le prove di cui aveva bisogno per emettere una sentenza di condanna, faceva ricorso a qualsiasi mezzo, fra cui la tortura è indubbiamente quello più ricordato²⁰³.

Sulla base di questa premessa, ciò che accadde a seguito dei moti rivoluzionari potrebbe allora lasciare perplessi.

Il nuovo processo penale, adottato per rappresentare una netta cesura rispetto al passato, pur mutuando diversi aspetti del modello accusatorio inglese, si limitava a vietare la lettura degli atti formati nel corso dell'informazione preliminare²⁰⁴ – peraltro decisamente ridotta «in estensione e in durata»²⁰⁵ –, rinunciando, per il resto, all'adozione della nascente *law of evidence*²⁰⁶.

Insomma, proprio nel periodo in cui l'ordinamento d'oltre Manica stava affinando le proprie regole probatorie in ausilio all'operato della giuria, i francesi,

stesso senso, si esprimono A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1988, p. 548, M. TARUFFO, voce *Prova. VI) Diritto comparato e straniero*, cit., p. 4.

²⁰² Si vedano, per ulteriori approfondimenti, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 315; A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France*, cit., p. 260; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, 3ª ed., Milano, 1961, p. 231; A. IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano, 2006, p. 4; G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979, pp. 3-13; EAD., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001, pp. 71-74; S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, cit., p. 488.

²⁰³ Cfr. N. CASTAN, *La réforme pénale en France à la fin de l'ancien régime: tentatives et échecs*, in AA.VV., *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, cit., pp. 316-317; F. CORDERO, *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 1986, pp. 58-59; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 628; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., pp. 58-61; J.H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in the renaissance. England, Germany, France*, Harvard, 1974, pp. 239-242; G. SABATINI, *Il sistema delle prove nella storia e nella legislazione penale comparata*, in ID., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, vol. I, Catanzaro, 1909, pp. 126-129.

²⁰⁴ Peraltro, sembra che la scelta di vietare la lettura dibattimentale delle deposizioni precedenti non fosse dovuta – come invece probabilmente avvenuto in Inghilterra – ai timori relativi alla scarsa perizia dei giurati; pesarono, più che altro, ragioni pratiche e una decisa repulsione nei confronti del sistema appena abrogato, fondamentalmente basato proprio su documentazione scritta: si credeva infatti che la sottoposizione alla giuria di una grande quantità di atti scritti avrebbe allungato la durata dei processi e favorito in qualche modo la ricomparsa del sistema delle prove legali. Si veda il resoconto delle discussioni sul punto, all'interno dell'Assemblea costituente francese, riportato da A. PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai «philosophes» alla costituente*, Milano, 1994, pp. 102-122.

²⁰⁵ Così, testualmente, P. FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 21.

²⁰⁶ Cfr., per ulteriori approfondimenti, A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France*, cit., pp. 426-427.

benché avessero predisposto un processo dalla struttura simile, sceglievano di non incorporare buona parte di tali strumenti²⁰⁷.

Certamente, come spiegato da molti, hanno inciso su questa scelta il netto rifiuto di qualsiasi disciplina che potesse in qualche modo riecheggiare il sistema delle “prove legali”²⁰⁸, nonché – si ritiene – la cattiva interpretazione del modello di cui si intendeva imitare i tratti²⁰⁹; tuttavia, anche la forte fiducia nei confronti del giudice sembra aver giocato un ruolo determinante.

Il giudicante, infatti, non era più il togato, ma la giuria, considerata la «chiave di volta»²¹⁰ per la risoluzione dei problemi che affliggevano la giustizia penale²¹¹: uno «smisurato ottimismo nei confronti della ragione» aveva portato a credere che «le buone qualità dell’individuo fossero sufficienti a scongiurare il pericolo di decisioni erronee o arbitrarie»; pertanto, ritenendo che «l’onestà», «la buona fede»²¹² e il «senso comune» costituissero garanzie migliori rispetto a tutti i tecnicismi con cui erano stati fino ad allora imbrigliati i giudici professionali²¹³, si decise di

²⁰⁷ Mettono in risalto questo apparente paradosso, E. AMODIO, *Liberio convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., p. 5; ID., *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, pp. 15-16; M.J. DAMAŠKA, *The jury and the law of evidence*, cit., p. 263.

²⁰⁸ Cfr., in questo senso, fra gli altri, G. ALESSI, voce *Processo penale (dir. interm.)*, cit., p. 392; M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 37; ID., *Free Proof and Its Detractors*, cit., p. 344; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 235; E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p. 25. Si veda anche A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 191, secondo cui la mancata adozione, nella nuova disciplina processuale, del sistema delle prove legali e delle regole di esclusione è dipesa, fra l’altro, dal fatto che «i *triers of fact* non fossero tecnici».

²⁰⁹ Cfr. E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 25; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 44.

²¹⁰ L’espressione è di G. ALESSI, voce *Processo penale (dir. interm.)*, cit., p. 391.

²¹¹ In questo senso, si esprimono E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, cit., p. 27; G. DELLA MONICA, *La parabola del convincimento del giudice*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. III, *La valutazione della prova*, Torino, 2008, p. 273.

²¹² Cfr. E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p. 22.

²¹³ Così si esprime A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 52. Si veda, su tutti, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, p. 26: «ove le leggi siano chiare e precise, l’ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto. Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione; per giudicarne dal risultato medesimo, non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei, e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da’ suoi studi».

sostituire la «certezza della legge» con quella «dell'uomo»²¹⁴ (o, meglio, del giurato)²¹⁵.

Non per caso, fu proprio sull'onda di tali idee, che – poco tempo dopo – cominciò a svilupparsi, in Inghilterra, un movimento dottrinale, il quale, opponendosi strenuamente al sistema di *exclusionary rule* in via di consolidamento²¹⁶, propugnava un «modello naturale di buona procedura», basato sul «senso comune», come «metodo per arrivare alla cognizione dei fatti».

Le vicende, che hanno poi condotto all'odierno sistema processuale, sono ben note.

In questa sede, interessa ricordare soltanto che, già pochi anni dopo, i divieti di lettura hanno cominciato a sgretolarsi a opera del *Code des délits et des peines* del 1794²¹⁷, fino a che, con il *Code d'instruction criminelle*, la fase dell'istruttoria preliminare è ritornata a essere parte fondamentale della procedura e a penetrare in dibattito²¹⁸.

Allo stesso modo, anche la netta separazione di funzioni fra giudici togati e giurati è poi venuta meno²¹⁹, senza però condurre ad alcun ripensamento in merito

²¹⁴ Così si esprime G. GUARNERI, *L'altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 597; si veda anche S. MESSINA, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914, pp. 367-368.

²¹⁵ A conferma di questa ipotesi, si può osservare come, durante le discussioni dell'Assemblea costituente francese, Robespierre – proprio a causa della sua forte diffidenza nei confronti di qualsiasi tipo di giudice – considerasse inopportuno affidarsi totalmente al libero convincimento; si veda A. PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit., pp. 106-107 e 176. Per ulteriori approfondimenti, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 597; A. IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, cit., pp. 74-75; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 161, secondo cui soltanto la fiducia riposta nei giurati «sembrava scongiurare i pericoli dell'arbitrio giudiziale paventati, ad esempio, da Voltaire e da Robespierre».

²¹⁶ Così si esprime J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, vol. III., Bergamo, 1824, p. 11, il quale spiega che «relativamente agli errori nella decisione, l'esclusione produce sempre una certa probabilità a danno dell'una delle parti».

²¹⁷ Cfr., per ulteriori approfondimenti, G. ALESSI, voce *Processo penale (dir. interm.)*, cit., p. 397; F. CORDERO, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 67, secondo cui l'oralità era già diventata «un'idea *démodé*»; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 61; E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, pp. 27-31.

²¹⁸ Cfr. A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France*, cit., pp. 539-546; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, cit., pp. 60-61; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 3.

²¹⁹ Già durante la redazione della codificazione napoleonica, invero, si discusse parecchio sull'opportunità o meno di mantenere la giuria; prevalse l'opinione di coloro i quali reputavano che affidare uno strumento come il libero convincimento ai magistrati funzionari avrebbe potuto condurre all'esercizio di un potere arbitrario. Ancora una volta, le scelte del legislatore in materia di prove erano dipese dal grado di fiducia nei confronti del giudicante. Si vedano, per ulteriori

all'introduzione di quei limiti al sapere e al convincimento giudiziale, che proprio l'istituzione della giuria sembrava aver reso superflui²²⁰: dal 1941, infatti, dopo una riforma poi assimilata nel codice di procedura del 1959 – disciplina nuova, ma in perfetta sintonia con l'abrogata codificazione napoleonica²²¹ –, corte e giuria decidono congiuntamente sia sulla colpevolezza, sia sulla pena, in un regime detto di “*collaboration généralisée*”²²².

La libertà della prova e l'*intime conviction* sono quindi confluite nell'attuale giudice “misto” della *cour d'assises* e in quello completamente professionale del *tribunal*; cosicché, a ben vedere, l'attuale disciplina probatoria francese pare frutto, da un lato, dei residui della settecentesca fiducia nella giuria e, dall'altro, di quella ritrovata, prima, negli atti della fase preliminare e, poi, nei giudici togati.

Anche relativamente al modello tedesco, le influenze d'oltre Manica sono state decisive; tuttavia, la loro assimilazione è avvenuta molto diversamente: non si è infatti conosciuta, «nei paesi tedeschi», «quella stessa tensione politica e sociale che aveva condotto alla punta legislativa avanzata dalla Assemblea costituente francese» e il superamento del precedente modello inquisitorio ha potuto realizzarsi attraverso «una serie di riforme più moderate»²²³.

La giuria è stata infatti introdotta soltanto nella metà dell'Ottocento, quando ormai di tale istituto si era raggiunta una concezione più matura²²⁴. Da un lato, si

approfondimenti, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, pp. 61-64; A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France*, cit., pp. 505-526; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 176-179; ID., voce *Libero convincimento del giudice. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 2, il quale spiega che il passaggio del canone del libero convincimento dalla giuria alla «magistratura burocratica» fu controbilanciato attraverso l'«imposizione dell'obbligo di motivazione»; E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., pp. 32-34.

²²⁰ Si vedano E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 315; M.J. DAMAŠKA, *Free Proof and Its Detractors*, cit., p. 345; G. DELLA MONICA, *La parabola del convincimento del giudice*, cit., p. 274; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 62; E.N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, cit., p. 16.

²²¹ Cfr., in questo senso, M.G. AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, cit., p. 723.

²²² Si vedano, per ulteriori approfondimenti, J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 70-71; N. FINI, *Appunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul processo inquisitorio*, cit., p. 28.

²²³ Così si esprime M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 181. Cfr. anche J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 63

²²⁴ Cfr. T. VORMBAUM-M. BOHLANDER, *A Modern History of German Criminal Law*, cit., p. 84, i quali ricordano che «for a long time, the position of German criminal law scholars towards jury courts was skeptical

ammetteva che, ai giurati, i quali «hanno comuni coi loro concittadini le esperienze della vita, può assai meglio confidarsi il mandato di decidere sopra fatti e circostanze, il cui vero valore s'apprende dalla vita ordinaria»²²⁵; dall'altro, però, veniva anche riconosciuto che il legislatore rivoluzionario avesse «troppo precipitosamente e senza la debita ponderazione, trapiantato in Francia codesta istituzione inglese, e che da ciò [fosse] sorta l'idea che nel deliberare intorno alla verità dell'accusa, i giurati abbian da fare una operazione del tutto diversa da quella che compiono i giudici»²²⁶.

Grazie a questo supplemento di riflessione, con la consapevolezza che, in fin dei conti, anche i giurati – proprio come i giudici professionali – possono fallire, si reputò allora «necessario» dichiarare, nella «legge di procedura», «l'inammissibilità di alcuni testimonj», istituire «convenienti precetti sul modo di verificare le prove e di applicarle», nonché, infine, redarre «una istruzione, contenente tutti gli avvertimenti da osservarsi per giudicare della credibilità delle prove, in quel modo che vedesi fatto nelle opere inglesi»²²⁷.

Insomma, in Germania, la predilezione per la giuria era stata maggiormente ponderata ed aveva assunto i contorni di un'adesione critica, senza trasformarsi nella fede quasi dogmatica, che ispirava l'opera dei legislatori della Rivoluzione.

Fu dunque questa diversità di visioni – risultato della lunga osservazione dell'esperimento francese²²⁸ – a condurre all'elaborazione di un diritto delle prove effettivamente simile a quello di *common law*, in cui, alla tendenziale libertà di valutazione delle prove, si affiancava un sistema di *exclusionary rule*²²⁹.

or even hostile [...]. Towards the middle of the century, however, this view became increasingly relaxed, and support for jury courts became more frequent in scholarship, too».

²²⁵ Così, testualmente, C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, Milano, 1859, p. 130, il quale, invece, affermava che «i giudici giurisperiti, avendo, per loro vocazione, più famigliari i libri che gli uomini, prendono facilmente un carattere particolare che spesso li riduce all'esclusivo, e loro impedisce di dare il giusto peso ai rapporti dell'umano consorzio, e di fare esperienze, senza delle quali il giudizio sul valor delle prove riesce grandemente incerto».

²²⁶ Così si esprime C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, cit., p. 131.

²²⁷ Ci si riferisce ancora a C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, cit., p. 133-134.

²²⁸ Cfr. A. ESMEIN, *A history of continental criminal procedure with special reference to France*, Boston, 1913, p. 575, secondo cui «the gradually increasing knowldege of French procedure, obtaining as law in many parts of Germany and the occasional questions arising as to the retention of the French procedure, caused disputes, stimulated interest, and made foreign legislation better known».

²²⁹ Si vedano, in questo senso, M. NOBILL, *Il principio del libero convincimento del giudice*, pp. 184-189; S.J. SUMMERS, *Fair Trials*, cit., pp. 50-54.

Quelle regole sono state mantenute anche in seguito e arricchiscono tuttora il codice di rito tedesco²³⁰: analogamente a quanto avvenuto in Francia, infatti, l'istituto della giuria è stato sostituito da corti "miste" composte di giudici togati e laici²³¹, ma la disciplina probatoria ha mantenuto la sua fisionomia ottocentesca, sebbene fosse stata congegnata in quel modo, proprio in vista di un processo con corte "biforcata" all'inglese.

6. (segue) *Scelte epistemiche e scelte ideologiche nella disciplina probatoria italiana*

L'attuale sistema processuale italiano non sfugge alle dinamiche sopra illustrate; tuttavia, in questo caso, bisogna ovviamente tenere conto di influssi anglosassoni ben più recenti.

L'emanazione del codice di rito del 1988 è stata suggestivamente paragonata alla decretazione rivoluzionaria del 1791, con la quale si tentò di cancellare il passato inquisitorio francese²³². Il parallelismo è senza dubbio affascinante e, probabilmente, qualche lata analogia potrebbe anche affiorare; tuttavia, al di là delle ovvie differenze storiche, la più grande diversità, a livello di disciplina processuale, consiste nel fatto che, in questa più recente occasione, il modello di *common law* è stato chiamato a sovrapporsi a una procedura già di tipo "misto", ereditata da

²³⁰ Cfr. G. SABATINI, *Il sistema delle prove nella storia e nella legislazione penale comparata*, cit., pp. 221-224, il quale ricorda che «con la legge del 29 agosto 1848 veniva istituito in Baviera il giury, sanzionandosi il principio della pubblicità ed oralità del dibattimento. Lo stesso avveniva in Prussia con la pubblicazione del codice del 1 luglio 1851» (p. 221). Si vedano anche M.J. DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure*, cit., p. 517; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 67, secondo cui «*german jurists such as Feuerbach and Mittermaier were broadly critical of the French system (and in particular the emphasis which it played on the preliminary phases of the proceedings) and, influenced by English law, were strong advocates of adherence to the principles of oral and immediate proceedings*».

²³¹ Cfr., per ulteriori approfondimenti, M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., pp. 37-39.

²³² Si vedano, in questo senso, E. AMODIO-E. SELVAGGI, *An accusatorial system in a civil law country: the 1988 italian code of criminal procedure*, in *Temple Law Review*, 1989, p. 1211; W.T. PIZZI-L. MARAFIOTI, *The New Italian Code of Criminal Procedure*, cit., p. 3.

quella prima contaminazione con il sistema inglese, avvenuta in Francia, a fine Settecento²³³.

Si trattava, dunque, di un secondo tentativo di innesto, realizzato in un contesto ordinamentale, che ancora risentiva di quello precedente: l'istituto della giuria aveva da tempo esaurito il suo fascino e la partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia era già stata confinata all'interno dei soli collegi misti della Corte d'assise²³⁴; proprio come avvenuto in Francia e in Germania, poi, il principio del libero convincimento – originariamente concepito per l'attività dei giurati – trovava ormai applicazione anche nei confronti dei giudici professionali²³⁵.

Il codice di rito del 1930, però, lungi dall'incorporare un regime di assoluta libertà della prova²³⁶, conteneva alcune disposizioni finalizzate alla preselezione delle prove²³⁷.

Ad esempio, era previsto il già citato divieto di perizia criminologica (art. 314, comma 2); i testimoni non potevano, generalmente, fare «apprezzamenti personali» (art. 349), né «deporre sulla moralità dell'imputato» (art. 349, comma 5);

²³³ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, pp. 85-86, il quale ricorda la codificazione del 1930 come una «controriforma a regola d'arte» rispetto al codice "Finocchiaro-Aprile" del 1914, che «sarebbe piaciuta ai fautori dell'Ordonnance 1670»; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 60, secondo cui «il modello napoleonico è, dal punto di vista tecnico, un'invenzione geniale. È rimasto in vita per due secoli, se è vero che il codice che va morendo fu improntato a quella stessa, fondamentale caratteristica. [...] Ed è ancora tutto da vedere che il codice del 1988 affossi davvero – come pur si ripete – quello stesso modello misto». Si vedano anche C. BUISMAN-M. BOUAZDI-M. COSTI, *Principles of civil law*, cit., p. 80; G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 337; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 636.

²³⁴ Per approfondire questo tema, si vedano P. SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, vol. I, *Profili storici e comparativi*, Milano, 1980, p. 122, secondo cui l'intervenuta riforma della giuria implicava «un'ulteriore menomazione del già ristretto ruolo dei giudici cittadini e, più precisamente, un maggiore assoggettamento dei giudici stessi ai giudici professionali [...] che gli avversari della partecipazione riten[evano] l'unica soluzione rispondente alle esigenze tecniche e politiche del regime fascista»; G. DELLA MONICA, *La parabola del convincimento del giudice*, cit., pp. 275-276; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6ª ed, vol. II, a cura di G. Conso, Torino, 1968, p. 177, nota 1, il quale afferma che «l'istituto [della giuria] fu provvidenzialmente abolito» dal codice del 1930.

²³⁵ Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 251-266, secondo cui, dall'idea che «la razionalità del convincimento è assicurata dal 'comune senso'», si passò a ritenere che «una decisione razionale possa ottenersi solo sottraendo il giudizio ai giurati, per affidarlo ad un corpo selezionato di giudici 'colti' e professionali» (p. 28). Si veda anche M. PAPA, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 300.

²³⁶ Si veda, in questo senso, E. DOSI, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., pp. 67-71.

²³⁷ Cfr. G. LEONE, *La riforma del codice di procedura penale*, in ID., *Interventi e Studi sul Processo Penale*, Napoli, 1990, p. 12, secondo cui il codice del 1930, benché ricomprendesse indubbiamente diversi aspetti autoritari, aveva anche una struttura, per certi versi, «liberale».

inoltre, gli artt. 462-466 stabilivano una complessa trama di letture permesse e vietate, la quale, in buona sostanza, poneva alcuni paletti all'acquisizione dei verbali delle dichiarazioni rese dai testimoni nelle fasi antecedenti al dibattimento²³⁸. Peraltro, a ben vedere, tali divieti di lettura, – seppur rivolti per lo più a limitare l'acquisizione dei contributi dichiarativi procedurali – quanto a effetti, dimostravano ben più di un'analogia con quelli ora stabiliti nel *Criminal Justice Act* 2003²³⁹.

Insomma, almeno formalmente, alcune regole di esclusione proibivano l'acquisizione di *hearsay*, *bad character* e *opinion evidence* e il sistema probatorio, complessivamente considerato, poteva forse assomigliare a quello dell'attuale codice di rito tedesco.

Come è noto, però, la situazione concreta era molto differente e, in alcuni casi, oltre che di normativa, il problema era «di costume»²⁴⁰.

Il libero convincimento, infatti, dopo essere stato «sradicato dal suo terreno originario – quello della giuria –», per essere «applicato al sistema dei giudici funzionari», aveva cominciato a mutare «radicalmente di significato», divenendo espressione di una generalizzata «insofferenza verso il metodo giudiziario, inteso quale sistema di limiti»²⁴¹ alle attività conoscitive del giudicante.

²³⁸ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6ª ed., vol. III, a cura di G.D. Pisapia, Torino, 1970, p. 397, il quale spiega che «in applicazione del principio di oralità nel dibattimento non sono ammesse di regola letture di deposizioni testimoniali scritte, neppure se raccolte in altra fase del medesimo processo». Si veda anche G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, 13ª ed., Napoli, 1988, p. 523.

²³⁹ Ad esempio, a norma dell'art. 462, le deposizioni testimoniali, rese al giudice o al pubblico ministero, durante l'istruttoria, erano acquisibili, fra l'altro: con il consenso delle parti; se utilizzate per le contestazioni durante l'esame testimoniale, oppure in aiuto alla memoria; qualora il testimone fosse «morto, assente dalla Repubblica, irreperibile o divenuto inabile a deporre per qualsiasi causa». Cfr., per ulteriori approfondimenti, P. FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, cit., p. 305 e ss., il quale, in linea generale, in merito a tale regime, afferma che «lo spirito autoritario della riforma fascista si espresse nella ulteriore mortificazione della struttura accusatoria del dibattimento», accentuando «considerevolmente l'influenza delle attività istruttorie sul giudizio» (p. 265). Si vedano anche F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., 1987, pp. 705-721; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., pp. 476-480; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., pp. 6-7; G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., pp. 532-533.

²⁴⁰ L'espressione è di G. LEONE, *Un processo più moderno*, in ID., *Interventi e Studi sul Processo Penale*, cit., p. 82. Si esprime, nello stesso senso, U. DINACCI, *Vecchio e nuovo nelle letture degli atti di indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 351, il quale afferma che «la verità è che, in sede operativa, si è aggirata ogni esigenza di legalità che non sempre era ignorata dal codice Rocco».

²⁴¹ Così si esprime M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 264. Si vedano anche E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, cit., p. 29; G. GUARNIERI, *L'altare e le vittime*

La libertà di valutazione della prova – unico aspetto di cui tale principio doveva essere portatore – era quindi venuta «a saldarsi ed a confondersi» con «il diverso profilo della libertà di acquisizione della prova» e, in giurisprudenza, cominciò a teorizzarsi «il potere del magistrato di utilizzare come fonte della decisione qualsiasi dato fornito di forza persuasiva, ancorché raccolto in violazione di un divieto legislativo»²⁴².

A fare le spese di questa prassi giudiziaria, che mescolava «piuttosto grossolanamente ammissione e valutazione delle prove»²⁴³, furono soprattutto i divieti probatori e, in particolare, le disposizioni poste a presidio dell'oralità del dibattimento: «le scritture» rappresentavano, infatti, «una tentazione quasi irresistibile»²⁴⁴ e il regime dei divieti di lettura – compresa la comminatoria di nullità prevista dall'art. 462 – veniva spesso completamente ignorato²⁴⁵; si riteneva, ad esempio, che il giudice potesse fondare la propria decisione sia sulle precedenti dichiarazioni la cui acquisizione era di per sé consentita, ma che non erano state lette in giudizio, sia – addirittura – su quelle acquisite nonostante un divieto²⁴⁶.

(a proposito del libero convincimento del giudice), cit., p. 595; G. LEONE, *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, in *Scuola pos.*, 1956, p. 324; M. PISANI, *Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 206.

²⁴² Così, testualmente, E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 311. Si vedano anche E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, c. 867; G. BETOCCHI, *Libero convincimento, prova, indizio: verifica giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, pp. 710-712; G. GUARNERI, *Tassatività dei mezzi di prove*, in *Riv. pen.*, 1980, p. 789; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 90-91; A. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1515; M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71; P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 448; M. PAPA, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, cit., p. 300; C. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., pp. 85-86; M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 312-314.

²⁴³ Così, testualmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1987, p. 713, nota 10. Si veda anche R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1771.

²⁴⁴ Così, ancora, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1987, p. 712.

²⁴⁵ Si vedano E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 312; G. BETOCCHI, *Libero convincimento, prova, indizio: verifica giurisprudenziale*, cit., pp. 713-714; F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, cit., p. 93; P. NUVOLONE, *Realizzazioni e insufficienze della legge-delega*, in *Ind. pen.*, 1975, p. 345.

²⁴⁶ Cfr., anche per alcuni emblematici esempi concreti, M. NOBILI, *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 278-295. Si vedano anche E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, cit., c. 868; G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 42-45.

Quando allora si è trattato di mettere in atto la riforma, queste «conclamate aspirazioni inquisitorie»²⁴⁷ non potevano che influire pensatamente sulle scelte del legislatore²⁴⁸.

Certo, si riteneva che la rifondazione in senso accusatorio della disciplina processuale dovesse passare attraverso una rigorosa attuazione dei principi dell'oralità e del contraddittorio. Tuttavia, l'attenzione dei riformatori ha finito per concentrarsi su quei divieti di lettura; era infatti l'inarrestabile emorragia di atti istruttori e investigativi, che puntualmente inquinava l'istruttoria dibattimentale, la vera "emergenza" da sanare²⁴⁹.

Così, allorché si parlava di formazione della prova in contraddittorio, il discorso verteva inevitabilmente sulla necessità di costruire un muro divisorio fra

²⁴⁷ Così testualmente, M. NOBILI, voce *Libero convincimento del giudice*, cit., p. 2.

²⁴⁸ Cfr. M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005, pp. 17-18.

²⁴⁹ Si vedano, ad esempio, le esplicite parole di A. GHIARA, *L'incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori della legge-delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 375, il quale afferma che «il problema dei rapporti tra il dibattimento e le fasi antecedenti è stato certamente l'argomento che ha più assillato il nostro legislatore nel formulare i principi e criteri direttivi del nuovo codice di procedura penale, ed è questo, invero il problema cui si ricollega la maggior esigenza di un radicale rinnovamento». Cfr. anche F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963, p. 18; E. GRANDE, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2000, pp. 229-230; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 168; G. LEONE, *Principi e criteri direttivi per la riforma*, in ID., *Interventi e Studi sul Processo Penale*, cit., p. 55; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1960, pp. 284-285; M. NOBILI, *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, cit., p. 256; P. NUVOLONE, *Realizzazioni e insufficienze della legge-delega*, cit., p. 345; G.D. PISAPIA, *Primi lineamenti del nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 718; ID., *Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 19; W. PIZZI-M. MONTAGNA, *The battle to establish an adversarial system in Italy*, cit., pp. 430 e 465; G. RICCIO, *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, pp. 201-202; G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., pp. 52-55.

indagini e dibattimento²⁵⁰, mentre meno preoccupazioni sembravano essere rivolte al tema dell'acquisizione di prove dichiarative *extraprocedimentali*²⁵¹.

Lo stesso è poi accaduto in fase di attuazione della riforma costituzionale del 1999: dietro la granitica stesura dell'art. 111, comma 4, Cost., che celebra genericamente il «principio del contraddittorio nella formazione della prova», in realtà, si celava il ben più delimitato obiettivo di restaurare i divieti di acquisizione delle dichiarazioni rese agli investigatori, dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale²⁵².

²⁵⁰ Si vedano le considerazioni di G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 8, il quale, parlando della riforma allora *in itinere*, affermava che «il problema è, come sempre, regolare i rapporti tra le indagini preliminari e il dibattimento, con riguardo alla utilizzazione degli atti ai fini della decisione»; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*. II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5, secondo cui «i maggiori pericoli per l'effettività del contraddittorio non vengono da[lla] preminenza dell'organo giudicante [...], ma dalla pressione costante, e spesso vincente, che l'istruzione esercita sul dibattimento». Cfr. anche F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, cit., p. 20; A. GHIARA, *L'incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori della legge-delega*, cit., p. 376; M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., pp. 32-33; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1987, pp. 1138-1140; ID., *Ideologie del processo penale*, in ID., *Diatrube sul processo accusatorio*, Milano, 1966, pp. 209-212; U. DINACCI, *Vecchio e nuovo nelle letture degli atti di indagini preliminari*, cit., p. 350; G. LEONE, *Linee generali di una riforma del processo penale*, cit., p. 67; G. LEONE-F. MENCARELLI, voce *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol XXXVI, Milano, 1987, pp. 409 e 413; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., pp. 282-283; G. LOZZI, *I principi del dibattimento*, in ID., *Riflessioni sul processo penale*, 2^a ed., 1992, pp. 110-111; O. MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in AA.VV., *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, pp. 158-159; A. NAPPI, *Liberò convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, cit., pp. 1516-1517; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, pp. 11-16; D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, cit., pp. 147-149; M. TERRILE, *Utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese fuori dal dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 1618-1620; M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale*, cit., pp. 318-322.

²⁵¹ Per una trattazione del tema delle dichiarazioni contenute in documenti, si vedano F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 235, nota 159; A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, cit., pp. 196-197; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., p. 275. Per quanto riguarda invece la testimonianza indiretta, si vedano le riflessioni di F. CORDERO, *Linee di un processo di parti*, cit., pp. 191-192, dalle quali emerge con chiarezza la minor severità con cui veniva affrontata la questione delle dichiarazioni *extraprocedimentali*: «l'inchiesta preliminare di parte presuppone l'inefficacia processuale delle informazioni che vi sono raccolte: gli atti compiuti lontano dal giudice e senza contraddittorio non sono prove. Ciò non significa, è appena il caso di avvertirlo, che si debbano escludere persino le testimonianze *de auditu*, secondo la drastica direttiva che vige presso gli anglosassoni. Anche queste sono testimonianze, la cui ammissibilità è fuori disputa: soltanto, è lecito attendersi che il giudice le valuti con maggiore rigore e, in quanto possibile, si procuri la deposizione di colui del quale sono riferite le parole».

²⁵² Cfr. M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, cit., p. 6; P. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio*, cit., p. 5; G. PIERRO, voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, cit., p. 331, il quale ricorda come quelle sentenze della Consulta, vanificando la distinzione fra procedimento e processo, avessero messo in crisi l'intero «schema strutturale originario» del codice, consentendo peraltro «all'accusa di esercitare funzioni tipicamente giurisdizionali».

In breve, la “battaglia”²⁵³ italiana per l’affermazione del sistema accusatorio si è giocata soprattutto sul tema dell’utilizzabilità degli atti d’indagine: sia nel 1988, sia nel 2001, infatti, non si è voluto tanto codificare una generica preferenza epistemica per il contraddittorio, quanto piuttosto realizzare quella più specifica scelta di separazione probatoria delle fasi, che simboleggiava il superamento ideologico del previgente processo “misto”, ma tanti malumori sembrava destare in giurisprudenza²⁵⁴.

Si spiegano così le particolari scelte dei codificatori: la speciale attenzione riservata agli atti di indagine ha condotto all’adozione di una versione ridotta dell’*hearsay rule*, decisamente meno incisiva in rapporto alle dichiarazioni *extraprocedimentali*²⁵⁵; in secondo luogo, la necessità di proteggere l’integrità della disciplina probatoria da eventuali attitudini eversive della giurisprudenza ha fatto sì che tali regole di esclusione siano state costruite in maniera rigida e che le eccezioni all’inammissibilità siano piuttosto stringenti²⁵⁶.

Non dovrebbe allora stupire il fatto che, nel nostro ordinamento, non sia prospettabile, quanto avvenuto in Inghilterra a opera del *Criminal Justice Act 2003*:

²⁵³ L’espressione è tratta da W. PIZZI-M. MONTAGNA, *The battle to establish an adversarial system in Italy*, cit., p. 429.

²⁵⁴ Si vedano E. AMODIO-E. SELVAGGI, *An accusatorial system in a civil law country*, cit., p. 1223, secondo cui è stata proprio la necessità di separare la fase investigativa da quella dibattimentale a determinare l’adozione di una regola simile a quella dell’*hearsay rule*. Cfr. anche E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 316; ID., *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, cit., p. 32; P. CORSO, *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 197 e 200; F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, pp. 644-645; ID., *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 57; G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, pp. 1130-1131; G. PIERRO, *Una nuova specie d’invalidità. L’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, pp. 73-88; M. PISANI, *Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*, cit., p. 205; M. SCAPARONE, *‘Common law’ e processo penale*, cit., pp. 213-218. Per approfondire il diverso punto di vista del magistrato, si possono vedere, ad esempio, R. RICCIOTTI, *Osservazioni critiche sul disegno di legge per la riforma del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 523, il quale si dimostra piuttosto critico verso l’impossibilità di utilizzare gli atti delle fasi preliminare e scettico nei confronti della tecnica dell’esame incrociato; R. SPERANZA, *Brevi considerazioni sul progetto di riforma del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1980, pp. 103-104.

²⁵⁵ Cfr. N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 119, la quale identifica l’esclusione degli atti probatori compiuti «al di fuori della fase dibattimentale» esclusivamente con la «separazione funzionale delle fasi».

²⁵⁶ Si vedano, a tal proposito, le parole di F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 15, secondo cui «l’osservanza di un metodo legale probatorio è imposta anche dalla consapevolezza che esso costituisce un valore in quanto tutela dalle degenerazioni decisorie attraverso il presidio di limiti conoscitivi per il giudice».

il timore, che un affievolimento delle regole di esclusione possa comportare il ritorno a un passato poi non così lontano, è ancora troppo forte e, probabilmente, qualsiasi ipotesi di riforma in tal senso verrebbe guardata con sospetto; sembra infatti piuttosto difficile immaginare che, in un futuro vicino, il legislatore acquisti un grado di fiducia nel giudicante tale da decidere di affidargli maggiori responsabilità nella gestione di prove considerate potenzialmente lesive per la ricostruzione dei fatti; senza contare, peraltro, che, attualmente, a Costituzione invariata, eventuali dibattiti in tal senso sarebbero del tutto fini a sé stessi²⁵⁷.

In definitiva, l'attuale disciplina probatoria italiana, più che in ogni altro contesto, appare il fedele specchio dello stato dei rapporti intercorrenti fra l'ordinamento processuale e i giudici che operano al suo interno: alla forte sfiducia nel giudicante, che va ben oltre mere preoccupazioni di ordine gnoseologico, corrisponde una rigidità normativa non riscontrabile negli altri tre ordinamenti esaminati.

7. Il metodo migliore

Ora che sono stati illustrati modi diversi di disciplinare il contatto fra il giudice e le fonti del suo convincimento, bisogna porsi un'ulteriore questione: qual è, in ultima analisi, il metodo più efficace? È davvero opportuno impedire aprioristicamente al giudice di valutare alcuni tipi di prove, oppure bisognerebbe lasciare a quest'ultimo l'autonoma selezione delle informazioni che gli servono?

In effetti, non si può negare che, sempre più spesso, gli strumenti di profilassi probatoria, con cui l'ordinamento stima di poter tutelare l'accuratezza dell'accertamento, incontrano la forte opposizione di illustri processualisti

²⁵⁷ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 54-61. Oltre alla diffidenza verso un giudice poco propenso ad accettare limiti di ammissibilità probatoria, riemergono anche timori più tradizionali: si afferma, infatti, che i giudici anglosassoni paiono più adatti a maneggiare certi di prove, proveniendo, in genere, da precedenti esperienze nelle aule di giustizia come avvocati (p. 60).

appartenenti a culture giuridiche di *common law*²⁵⁸, nonché degli studiosi di epistemologia giudiziaria²⁵⁹.

L'antica idea di un giudicante armato principalmente della propria ragione e libero di accedere a ogni tipologia di prova sembra aver acquisito una nuova vitalità: per ottenere una decisione corretta, il metodo migliore consisterebbe infatti nel gremire il compendio probatorio con quante più informazioni rilevanti possibili; al contrario, la pretesa dell'ordinamento di filtrare le prove, sottraendo conoscenze al giudice e intromettendosi nei suoi normali processi cognitivi, genererebbe per lo più sentenze sbagliate²⁶⁰.

Questa teoria, astrattamente, parrebbe anche condivisibile; tuttavia, calata all'interno delle dinamiche processuali, perde parte della sua apparente ragionevolezza.

In primo luogo, si basa su un dubbio presupposto: le regole di esclusione vengono considerate un meccanismo superfluo e dannoso, perché avrebbero la pretesa di «sovrappo[rre] criteri giuridici ai criteri della razionalità e del senso comune»²⁶¹; cosicché, basterebbe eliminarle e lasciare che siano questi ultimi a dirimere le questioni relative all'ammissibilità delle prove.

²⁵⁸ Si vedano, ad esempio, le considerazioni A.L-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 280-281; I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., pp. 688-689; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., pp. 1-24.

²⁵⁹ Cfr., fra gli altri, J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., pp. 71-81; L. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., 117-193; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 144-153.

²⁶⁰ Cfr., in questo senso, L. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., p. 123, il quale afferma chiaramente: «*i conjecture that every failure to comply with rule of relevance – that is, every exception to it – increases the odds that the jury will err when it assesses the apparent guilt or innocence of the accused*». Si vedano, nello stesso senso, L. DUFRAIMONT, *Evidence Law and the Jury*, cit., p. 202; J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., pp. 70-71; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 144, secondo cui «*escludere la possibilità di servirsi di prove rilevanti è un modo sicuro per precludersi la possibilità di scoprir[e] la verità*»; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., p. 14, il quale afferma che «*the only sensible way to proceed is by considering all the evidence that is logically relevant. [...] No one suggests that it is valid reason for refusing to consider it*». Per un riassunto delle «*tesi abolizioniste*», si veda A. STEIN, *Foundations of evidence law*, cit., pp. 108-112, secondo cui, in estrema sintesi, alla base del ragionamento che vorrebbe l'eliminazione o quantomeno la semplificazione della *law of evidence*, si pone una maggiore «*confidence in human cognitive capacities*».

²⁶¹ Così, testualmente, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 331-332. Si vedano anche J. COHEN, *Freedom of proof*, cit., p. 15, il quale sostiene la possibilità di adottare un regime di *free proof*, in cui sia il «*principle of universal cognitive competence*» a guidare la decisione dei *triers of fact*, ossia la «*natural capacity for simple deductive and probabilistic inference which has enabled them, by the time they arrive at maturity, to acquire a sufficient store of general knowledge to be in a position to evaluate the credentials of proposed additions to this store*»; L. DUFRAIMONT, *Regulating Unreliable Evidence*, cit., p. 279; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 35, secondo cui «*when rules forbidding hearsay evidence or opinion evidence*

Ma cosa accadrebbe realmente in una situazione del genere?

Si parta pure dalla presunzione che il giudice – togato, onorario, giurato – sia perfettamente in grado di capire qual è il materiale probatorio di buona qualità; e si assuma anche che, oltre a possedere gli strumenti cognitivi necessari per discernere le informazioni utili da quelle nocive, egli sia assolutamente imparziale ed equidistante rispetto agli opposti interessi delle parti²⁶². Davvero, in queste condizioni, si potrebbe fare a meno delle regole di esclusione, affidandosi alla «comune ragionevolezza»²⁶³?

Immaginiamo, ad esempio, che il giudice venga lasciato completamente libero di scegliere se attribuire valore di prova agli atti della fase preliminare rientranti nella categoria dell'*hearsay evidence*: alcuni, convinti che solo le dichiarazioni, rese davanti a sé e con la tecnica dell'esame incrociato, siano degne di apprezzamento, sicuramente deciderebbero di non considerare quelle precedentemente acquisite dagli investigatori. Tuttavia, non è affatto detto che ciò accada, perché non tutti la pensano in questo modo: qualcuno riterrà che gli atti investigativi – raccolti unilateralmente e in segreto – debbano godere di un'efficacia dimostrativa almeno pari a quella delle prove dibattimentali; come si è visto, d'altronde, autorevole dottrina ritiene che le stanze degli investigatori siano un ambiente più adatto per l'emersione della verità, rispetto all'aula di tribunale²⁶⁴.

are applied rigidly, [...] they can act therefore as a fetter on common-sense reasoning»; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, cit., p. 35, che ricorda come una «concezione 'utilitaristica' della prova (c.d. teoria della *free proof*) sia abbastanza diffusa tra i giuristi di *common law*, i quali, richiamandosi ai canoni del senso comune e della razionalità, sono inclini a riconoscere al requisito della rilevanza probatoria una posizione tendenzialmente prioritaria rispetto al valore della legalità tutelato dalle c.d. *rules of exclusion*»; M. SCAPARONE, *'Common law' e processo penale*, cit., p. 109, per il quale una delle maggiori critiche che vengono generalmente rivolte alle regole di esclusione con *ratio* epistemica è quella secondo cui «negano accesso a troppi elementi che il senso comune impone di tenere presenti nella ricostruzione dei fatti della vita»; W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, in *Israel Law Review*, 1997, p. 455, che parla di «*ordinary principles of practical reason*».

²⁶² A tal proposito, si vedano le riflessioni di S. HAACK, *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, 2014, pp. 40-46, la quale afferma che il sistema "benthamiano", tendente alla massima completezza del quadro probatorio, astrattamente, potrebbe anche funzionare; tuttavia, presupporrebbe, sullo sfondo, che «*the advocates for the parties do a decent job of seeking out relevant evidence and of revealing the flaws in the dubious stuff admitted along with everything else*» (p. 45).

²⁶³ L'espressione è di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 336.

²⁶⁴ Ci si riferisce alle parole di J. PRADEL, *La scomparsa del giudice istruttore italiano vista da un francese*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, cit., p. 85.

Altri ancora potrebbero invece essere del parere che, in fin dei conti, la *cross-examination* non sia poi così efficace, come a volte si sostiene²⁶⁵.

Lo stesso ragionamento vale per le prove di *bad character* e *opinion*: qualcuno considererà certamente utile conoscere i precedenti penali dell'imputato, al momento di esprimere il proprio giudizio sulla fondatezza dell'accusa; qualcun'altro, al contrario, penserà che ogni accusa sia a sé stante e che certe informazioni non apportino nessun beneficio per l'accertamento dei fatti. Ugualmente, si può ritenere che le percezioni soggettive del testimone arricchiscano il suo racconto, ma anche che si tratti di profili inutili, se non addirittura fuorvianti.

Insomma, a meglio considerare, se si eliminassero tutte le regole di esclusione e si devolvesse completamente al giudicante la responsabilità di scegliere i dati conoscitivi utili per la decisione, le conseguenze potrebbero essere molto meno desiderabili di quelle prospettate da alcuni: non si realizzerebbe affatto quell'ideale passaggio da un ordine normativo prestabilito a un altro più "naturale", scaturente dai «criteri conoscitivi propri della razionalità generale»²⁶⁶; a emergere sarebbero soltanto le singole individualità e ciascun giudice si limiterebbe a mettere in pratica le proprie convinzioni personali sul modello migliore di prova e sui dati conoscitivi maggiormente appetibili.

Il rischio, in sostanza, è che si manifestino soltanto disordine e incertezza e parrebbe quindi opportuno che almeno alcune indicazioni fondamentali vengano fornite dall'ordinamento²⁶⁷; semmai, si potrà discutere sul modo migliore per esprimerle, ossia capire - in relazione alle concrete caratteristiche del singolo sistema processuale - se conviene predisporre regole rigide e inderogabili, oppure, più semplicemente, parametri maggiormente flessibili.

A riprova di quanto appena affermato, può essere utile osservare che, in alcuni casi, laddove il legislatore non ha imposto una regola di esclusione, è stata la

²⁶⁵ Si vedano, ad esempio, a tal riguardo, le opposte opinioni di A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 80-81; J.R. SPENCER, *Orality and the Evidence of Absent Witnesses*, cit., pp. 637-638.

²⁶⁶ Così, testualmente, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 336.

²⁶⁷ Si veda, in questo senso, A. STEIN, *Foundations of evidence law*, cit., pp. 113-119 e 133-138, secondo cui l'opera dei «*fact-finding*» non è "naturale", così come la si intende in epistemologia, perché è comunque sempre influenzata da preferenze valoriali. Per questa ragione, «*adjudicators should not be allowed to choose between these (or other) approaches as they deem fit. To be legitimate, their risk-allocating decisions ought to be justified by moral and political principles classifying as authoritative*».

giurisprudenza ad avvertire la necessità di colmare il vuoto normativo, spinta dal timore che prove inaffidabili conducessero a decisioni errate.

Come è noto, l'art. 240 c.p.p. stabilisce espressamente che «i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato»; analoga sorte spetta poi alle «denunce anonime», delle quali l'art. 333, comma 3, c.p.p. stabilisce che «non può essere fatto alcun uso», salvo, appunto, quelli previsti dal predetto art. 240 c.p.p.²⁶⁸ Queste norme, già presenti – in forme simili – nel codice del 1930²⁶⁹, rispondono fra l'altro all'esigenza – già incontrata in questa sede – di garantire un «obiettivo formarsi del convincimento giudiziale»²⁷⁰, ossia di prevenire il rischio che il giudice sia fuorviato da informazioni ovviamente inaffidabili, in quanto impossibili da verificare.

La disciplina processuale francese – come si è già avuto modo di spiegare, manifestamente improntata a una pressoché assoluta “*liberté dans la recevabilité de la preuve*” – tuttora non pone alcun limite al riguardo, sebbene, in seguito all’*affaire d'Outreau*”, fosse stata presentata una proposta di legge per istituire regole di esclusione del tutto analoghe a quelle vigenti in Italia²⁷¹.

²⁶⁸ Sulla *ratio* di tali divieti probatori – nel vecchio e nel nuovo codice – si vedano G. BELLAVISTA, voce *Anonimi (scritti)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 503; P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977, *passim*; A. GUSTAPANE, ‘*Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*’, in *Ind. pen.*, 2010, pp. 58-63; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., pp. 63-68; G.P. VOENA, *Via libera alle delazioni anonime*, in *Giur. cost.*, 1975, pp. 2129-2132.

²⁶⁹ Ci si riferisce, ad esempio, all'art. 141 c.p.p. 1930, rubricato «eliminazione degli scritti anonimi», il quale stabiliva che «gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento, né può farsene alcun uso processuale, salvo che costituiscano corpo del reato, ovvero provengano comunque dall'imputato».

²⁷⁰ Così, testualmente, P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, cit., p. 129.

²⁷¹ Ci si riferisce alla *proposition del loi*, presentata alla *Assemblée nationale*, il 18 maggio 2006, consultabile all'indirizzo <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion3103.asp>. Vale la pena di riportare una parte della motivazione della proposta: «*Les dernières affaires judiciaires et notamment celle dite 'd'Outreau', mettent en évidence la difficulté qu'il y a à établir dans notre droit un système de preuve à la fois efficace, mais aussi respectueux des droits des parties. Une question récurrente se pose: quels sont les modes de preuves susceptibles d'être retenus par le Ministère Public, le Magistrat Instructeur, la Juridiction de Jugement, afin d'engager les poursuites ou d'établir leur intime conviction, en application des articles 40 et 427 du code de procédure pénale? Il apparaît que le système des lettres, communications téléphoniques, courriers électroniques, ou documents anonymes adressés aux autorités de justice est de nature à porter atteinte à la loyauté du débat, voire à désinformer des magistrats tenus au respect des règles équitables et aux droits de la défense*». Per ulteriori approfondimenti sull'uso dei documenti anonimi nel sistema processuale francese, si vedano J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 783-784, il quale inserisce questa regola di esclusione creata dalla giurisprudenza fra le «*exceptions au principe*

Alla perdurante inerzia del legislatore, ha allora deciso di supplire direttamente la *chambre criminelle* della *Cour de cassation*, stabilendo un vero e proprio divieto d'uso delle delazioni anonime: è stato infatti affermato che «*le procès-verbal rapportant des informations fournies par une personne désirant garder l'anonymat constitue non pas un procès-verbal d'audition de témoin [...] mais un procès-verbal de renseignement destiné à guider d'éventuelles investigations sans pouvoir être retenu lui-même comme un moyen de preuve*»²⁷²; tali atti non possono quindi essere utilizzati per fondare il convincimento giudiziale, ma servono semmai soltanto per indirizzare l'attività degli investigatori²⁷³.

Questo arresto della corte di legittimità francese consente di rimarcare due concetti: in primo luogo, l'esigenza di porre almeno qualche filtro generale e astratto all'ingresso delle prove in giudizio viene, prima o poi, percepita anche all'interno di quei sistemi processuali tradizionalmente improntati a consentire al giudicante l'accesso a un'elevata quantità di informazioni²⁷⁴.

In secondo luogo, non sembra esistere un patrimonio di regole di "senso comune", uno «*stock of knowledge*» universale²⁷⁵, abbastanza consolidato da poter surrogare completamente le regole prestabilite dall'ordinamento e disciplinare, in maniera ordinata, l'opera di selezione delle prove rilevanti: senza dubbio, infatti, molti potranno ritenere – forse giustamente – che una notizia anonima sia talmente inaffidabile da non poter essere presa in considerazione ai fini della condanna; eppure – è evidente – questa non è una massima d'esperienza generalmente

de l'intime conviction»; A. RYAN, *Towards a System of European Criminal justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 173; E. VERGÈS, *La notion de «renseignement» et sa fonction en procédure pénale (à propos d'une dénonciation anonyme)*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2011, p. 885.

²⁷² Così si esprime Cass., ch. crim., 9 novembre 2011, n. 09-86381, in www.legifrance.gouv.fr; Cass., ch. crim., 3 dicembre 2014, 13-84597, *ivi*.

²⁷³ Si tratta, peraltro, di una interpretazione non molto diversa da quella tuttora adottata in Italia; si vedano R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2982; A. GUSTAPANE, *'Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale'*, cit., p. 77-84; M. MERCONE, *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 753-754; F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, cit., p. 73.

²⁷⁴ Nello stesso solco, sembra inquadrabile la già citata regola, anch'essa di matrice giurisprudenziale, secondo cui i verbali delle dichiarazioni precedentemente rese dai testimoni non possono essere lette prima della deposizione dibattimentale: pur senza porre propriamente un limite di ammissibilità, tale disposizione cerca comunque di razionalizzare i rapporti fra prove scritte e orali.

²⁷⁵ L'espressione è di W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, cit., p. 451.

condivisa, se si considera che la Corte di cassazione francese è dovuta intervenire per fissare un'apposita regola di esclusione in tal senso.

Merita poi alcune riflessioni anche il postulato secondo cui «più informazione rilevante è a disposizione di chi deve decidere, maggiore è la probabilità che egli decida correttamente»²⁷⁶.

Questo concetto viene spesso utilizzato al fine di criticare proprio l'*hearsay rule*, a causa della sua attitudine a bloccare l'ingresso in giudizio di prove dichiarative, per il sol fatto di non essersi formate in un certo modo (con l'esame incrociato), o all'interno di un determinato contesto (in dibattimento)²⁷⁷.

Veramente, però, l'abbattimento di tale regola di esclusione comporterebbe il promesso incremento di informazioni?

Si osservi ancora una volta quanto accade nell'ordinamento francese, in cui la lettura delle dichiarazioni testimoniali, rese nella fase preliminare, non incontra alcun limite espresso.

Come si è visto, benché il giudice abbia la possibilità di sentire direttamente il testimone in udienza, spesso sembra preferire limitarsi ad acquisire i verbali dei precedenti esami. Inoltre, anche quando il dichiarante viene effettivamente citato, l'esame poi si svolge sostanzialmente sulla falsariga di quanto antecedentemente affermato davanti alle autorità inquirenti.

In primo luogo, pertanto, il giudice non sembra affatto spinto dal desiderio di acquisire sempre nuove informazioni, ma, al contrario, pare ben più propenso a basarsi su quanto ha già a disposizione; di fronte a questa inclinazione, l'*hearsay rule*, lungi dal sottoporre il giudicante a irragionevoli "sacrifici epistemici", opera invece come stimolo, costringendolo quantomeno a procurarsi «prove fresche»²⁷⁸, acquisite da sé medesimo e in un momento temporalmente vicino a quello della decisione²⁷⁹.

²⁷⁶ Così, testualmente, J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 60.

²⁷⁷ Cfr., in questo senso, L. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., p. 123; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., p. 14; M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 149-150.

²⁷⁸ L'espressione è di M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 100. Le prove "fresche" si possono contrapporre idealmente alle prove «fredde e inerti» di cui parla M. VALIANTE, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 319, con riferimento ai processi verbali della fase preliminare.

²⁷⁹ Si veda, in questo senso, M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 112, secondo il quale, in effetti, le regole di esclusione costituiscono «un prezioso strumento di pressione», affinché

In secondo luogo, nel caso di contemporanea conoscenza di entrambe le prove, ossia delle dichiarazioni rese in indagini e di quelle dibattimentali, le prime finiscono inevitabilmente per influenzare la valutazione delle seconde e viceversa; cosicché, difficilmente si ha un vero e proprio incremento di informazioni ed è probabile che, al massimo, cresca la confusione²⁸⁰.

Osservazioni analoghe possono probabilmente valere per le testimonianze indirette: sarebbe, ad esempio, piuttosto interessante scoprire in quanti casi il giudice, pur essendo autorizzato a utilizzare le dichiarazioni “di seconda mano”, citi d’ufficio il testimone diretto; probabilmente, considerando cosa accade quando ha la piena disponibilità dei verbali investigativi, si può pensare che tale decisione venga presa davvero in ben poche occasioni.

In sostanza, al di là delle discussioni sulla sua validità teorica²⁸¹, il principio secondo cui più sono le prove, più aumentano le probabilità di una decisione esatta non sembra trovare accoglimento nel processo penale per varie ragioni, di cui, però, i limiti di ammissibilità probatoria non rappresentano sicuramente la principale: quando questi ultimi sono assenti, infatti, la sete di nuove conoscenze del giudice non sembra incrementarsi significativamente; per giunta, a volte, l’accumulo di prove, che si sovrappongono l’una all’altra, potrebbero rendere ancora più incerta la ricostruzione dei fatti, anziché chiarirla.

Le regole di esclusione sembrano quindi avere una qualche utilità²⁸² e pare sicuramente eccessivo indicarle come una generale causa di decisioni errate.

vengano inserite nel compendio probatorio «le fonti di informazioni migliori o più attendibili». Cfr. anche J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 36; W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, cit., p. 461.

²⁸⁰ Sull’eventualità che un cospicuo apporto di informazioni finisca per generare confusione, si vedano le riflessioni di P. MURPHY, *No Free Lunch, No Free Proof. The Indiscriminate Admission of Evidence is a Serious Flaw in International Criminal Trials*, cit., pp. 550-552.

²⁸¹ Si vedano, ad esempio, le considerazioni di W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, cit., p. 446, il quale sostiene che siffatti principi «are asserted rather than argued» e vengono spesso considerati «self-evident».

²⁸² Per ulteriori argomentazioni, a sostegno delle *exclusionary rule*, volte a filtrare il materiale probatorio utilizzabile per la decisione, si vedano, ad esempio, P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, cit., p. 156, i quali le ritengono essenziali per focalizzare l’attenzione soltanto sulle prove più importanti; A. STEIN, *Inefficient Evidence*, in *Alabama Law Review*, 2015, pp. 433 e 442-443, per il quale consentono ai sistemi maggiormente oberati di non sprecare risorse nella verifica delle informazioni meno affidabili; W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, cit., p. 463, secondo cui tutelano «the principle of non conviction of the innocent».

Senza dubbio, però, come si è già accennato, se ne può variare il numero e l'intensità in base alle contingenze di ogni sistema processuale.

Ad esempio, l'ordinamento italiano aveva bisogno di regole di esclusione forti e categoriche per assicurarsi che il nuovo metodo probatorio trovasse pienamente attuazione anche durante il difficile periodo di transizione – che peraltro non sembra ancora finito²⁸³ – fra processo “misto” e “accusatorio”.

Il sistema inglese, invece, dopo quasi due secoli di applicazione di una rigida *law of evidence* ha ritenuto di poterla affievolirle, probabilmente confidando nel fatto che i principi a essa sottostanti, ormai ampiamente recepiti, non sarebbero stati comunque stravolti²⁸⁴.

Quello francese, invece, si basa su una cultura giuridica di fondo ancora sufficientemente salda e condivisa fra gli operatori del diritto²⁸⁵. Non viene quindi avvertita, ad esempio, la necessità di limitare l'uso delle dichiarazioni raccolte precedentemente al dibattimento; piuttosto, si ricorre a singoli interventi per specifiche questioni, come si è visto in materia di anonimi. Se, però, in futuro, si decidesse di accogliere principi di stampo “accusatorio”, l'imposizione di regole di

²⁸³ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni di L. LUPÁRIA, *Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective*, in AA.VV., *The Italian Code of Criminal Procedure: a Reading Guide*, in AA.VV., *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation*, a cura di M. Gialuz-L. Lupária-F. Scarpa, Padova, 2014, p. 1 e ss.

²⁸⁴ Così si esprime E. AMODIO, *Liberò convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., p. 9, il quale ricorda che, mentre «la *common law* aspira a rendere più snello e lineare un sistema probatorio cresciuto a dismisura nei secoli», il processo italiano, storicamente «di matrice continentale inquisitoria, ha invece un retroterra singolarmente povero di norme sulle prove e deve riempire tanti vuoti per controbilanciare la propensione dei giudici a erodere il valore della imparzialità». Cfr. anche P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, cit., pp. 35-36, secondo cui, mentre «l'aspirazione verso un ruolo sempre più pregnante del criterio utilitaristico della 'rilevanza probatoria' può risultare facilmente comprensibile nello specifico sistema statunitense, dato che, in quell'ambito, vi è l'esigenza di attenuare la rigidità di alcune regole di esclusione ritenute ormai anacronistiche», gli effetti dell'attecchimento di una tale ideologia sarebbero invece «devastanti» per il processo penale italiano, «nel quale, a dispetto del mutato quadro costituzionale (art. 111 Cost.), si manifestano tuttora delle resistenze nei confronti della funzione razionalizzatrice sottesa ai limiti probatori di natura epistemologico-processuale».

²⁸⁵ Cfr. il *Rapport "fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement"*, presentato alla *Assemblée Nationale*, il 6 giugno 2006. Nel rapporto, ci si interroga anche sull'opportunità di riformare radicalmente il rito penale francese, attraverso l'abolizione del giudice istruttore e l'adozione di una procedura di stampo accusatorio; la risposta è assolutamente negativa, in quanto «le passage brutal d'un système judiciaire à l'autre semble particulièrement hasardeux, voire périlleux et l'exemple de l'Italie devrait inciter les uns et les autres à la prudence». Per questa ragione, la commissione, «conscient de l'importance des traditions juridiques», afferma di non credere «à l'efficacité, et donc à l'opportunité, d'un 'grand soir' procédural».

esclusione rigide e generali sarebbe probabilmente opportuna, proprio come accaduto in Italia.

Non esiste, quindi, un sistema di regole di esclusione adatto per qualsiasi contesto; ogni ordinamento deve fare uso di questo delicato e severo strumento in base alle proprie esigenze storiche e politiche.

8. *L'alternativa all'esclusione: il criterio di valutazione probatoria*

Nella maggior parte dei casi, le prove che non vengono escluse sono a disposizione del giudicante, il quale deciderà liberamente se basare su di esse la propria decisione e quale peso attribuire loro.

Come è noto, però, l'esclusione non è l'ultima linea di frontiera prima del libero convincimento.

La libertà della prova e quella di valutazione sono infatti due profili del tutto indipendenti: così come la seconda non implica necessariamente la prima (al contrario di quanto sosteneva certa giurisprudenza italiana), nemmeno il potere di acquisire una prova è immancabilmente seguito dalla possibilità di valutarla senza vincoli²⁸⁶.

L'ordinamento italiano conosce bene questo fenomeno; oltre a far largo uso delle regole di esclusione, il codice tenta di irreggimentare pure la fase valutativa, con l'intento di ridurre, anche attraverso tale via, «il rischio di errori giudiziari»²⁸⁷.

Ci sono anzitutto criteri di valutazione negativa, «che richiedono una corroborazione»: si pensi all'art. 192, comma 2, c.p.p., secondo cui «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti», oppure al successivo comma 3, per il quale «le dichiarazioni rese da un coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento

²⁸⁶ Cfr., in questo senso, G. DEAN, *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria (a proposito delle «ricognizioni fotografiche»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 834, secondo cui il «libero convincimento» e «libertà dei mezzi di prova» non si pongono in rapporto di indefettibilità reciproca.

²⁸⁷ Così si esprime P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, p. 587.

connesso a norma dell'art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità»; in pratica, attraverso meccanismi di questo genere, viene «proibi[to] al giudice di condannare o, comunque, di ritenere accertato un fatto se non in presenza di ulteriori elementi conoscitivi tali da confermare l'attendibilità della prova stigmatizzata dal legislatore»²⁸⁸.

Altre disposizioni, invece, «consentono al giudice di usare una prova solo a favore, e non contro l'accusato»²⁸⁹; ne è un esempio l'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p., per il quale «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore».

La differenza fra una regola di esclusione e un criterio di valutazione – almeno a livello teorico – pare piuttosto chiara²⁹⁰: quando una prova viene esclusa, si riduce la quantità di informazioni su cui può essere esercitato il libero convincimento, ma quest'ultimo non viene intaccato direttamente²⁹¹. Il criterio di valutazione svolge la funzione opposta: «la norma, anziché sottrarre un dato alla cognizione, sembra “imbrigliare” il giudice nel momento in cui valuta la prova»²⁹²: nei casi *ex art.* 192 c.p.p., per usarla, deve cercare riscontri che la sostengano; secondo quanto previsto dall'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p., invece, può estrarne solo elementi favorevoli all'imputato.

Peraltro, in fin dei conti, quando gli elementi di conferma non vengono trovati, oppure la prova si rivela esclusivamente a carico dell'accusato, l'effetto di

²⁸⁸ Così si esprime M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit. p. 121.

²⁸⁹ Si veda ancora M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit. p. 147.

²⁹⁰ Si vedano, per ulteriori approfondimenti, fra gli altri, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 20-28 e 32-35; P. FERRUÀ, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 48-51; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 527; C. SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, 2012, pp. 236-238; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 158-167.

²⁹¹ Cfr., in questo senso, M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 31-33; E.N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, cit., p. 48.

²⁹² Così, testualmente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 2. Si veda anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1987, p. 967, secondo cui «il libero convincimento è negato dalle regole legali di valutazione e limitato da quelle d'esclusione della prova»; P.P. PAULESU, *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, cit., p. 124, il quale spiega che «la regola di esclusione *nega* alla prova qualsiasi valenza epistemologica; il criterio valutativo orienta il giudice nell'operazione volta ad assegnare *un* valore epistemologico alla prova».

questa tipologia di norme non sembra affatto diverso da quello di una regola di esclusione²⁹³.

Il vantaggio, comunque, è che, pur senza rinunciare a un'effettiva vigilanza sull'attività del giudice²⁹⁴, si evita di sacrificare – *tout court* e in ogni caso – contributi conoscitivi eventualmete rilevanti per la decisione.

Sembra proprio questa, infatti, la direzione in cui si è mosso il sistema processuale inglese²⁹⁵, sebbene – almeno per i procedimenti con giuria – questa soluzione potrebbe destare alcune perplessità.

Invero, criteri di valutazione, analoghi a quelli vigenti nella disciplina italiana, sono davvero rari²⁹⁶: ad esempio, sebbene la *section 34* del *Criminal Justice and Public Order Act 1994* consenta di utilizzare come prova il silenzio dell'imputato, la successiva *section 38* precisa che l'eventuale condanna non può fondarsi esclusivamente su tale circostanza. In maniera simile, secondo quanto previsto dalla *section 89* del *Road Traffic Regulation Act 1984*, una persona imputata di aver superato i limiti di velocità «*shall not be liable to be convicted solely on the evidence of one witness to the effect that in the opinion of the witness the person prosecuted was driving the vehicle at a speed exceeding a specified limit*»²⁹⁷.

Al di fuori di queste e poche altre disposizioni, l'ordinamento inglese non sembra disporre specifiche previsioni per vincolare le valutazioni del giudicante²⁹⁸.

²⁹³ Si esprime, in questo senso, F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 645, secondo cui «la distinzione classificatoria tra regole di esclusione e regole di valutazione appare sterile e priva di utilità concreta».

²⁹⁴ Cfr. E.N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, cit., pp. 24-25.

²⁹⁵ Si vedano A.L.-T. CHOO, *Evidence, (In)Efficiency, and Freedom of Proof: A Perspective from England and Wales*, in *Alabama Law Review*, 2015, pp. 502- 503, secondo cui, effettivamente, «*criminal trials in England and Wales have seen a movement away from the technique of limiting the access of fact finders to evidence by excluding it and towards a reliance on educating fact finders by giving them cautionary instructions or warnings about evidence that they have heard*»; J. COHEN, *Freedom of proof*, cit., p. 16; M. REDMAYNE, *The Structure of Evidence Law*, cit., p. 806, il quale ammette che, recentemente, «*the trend is to trust fact-finders not to fall into error especially when the less drastic 'caution type rule can be used instead*».

²⁹⁶ Si vedano P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, cit., pp. 1141-142. Cfr. anche A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, cit., p. 548, il quale ricorda che, tradizionalmente, nella *law of evidence*, «l'idea della libertà di valutazione della prova (affidata ai *jurors*)» si combina «con quella della rigida selezione del materiale probatorio (affidata al giudice)».

²⁹⁷ Per ulteriori approfondimenti, cfr. R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., pp. 664-667; A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., pp. 231-234.

²⁹⁸ Si ritiene infatti generalmente che «*the issue of evaluation of weight*» sia «*a matter for the jury or other trier of fact*», meglio risolvibile «*on the basis of ordinary practical reasoning and commonsense knowledge*»; così si esprime W. TWINING, *Rethinking Evidence*, cit., pp. 203 e 210. Non tutti, però, concordano con

A ben vedere, però, ci sono due particolari profili di cui tener conto.

Anzitutto, non si può dimenticare il ruolo delle *direction*²⁹⁹, con cui la giuria viene avvertita delle insidie che si possono celare dietro determinati tipi di prove. Ad esempio, qualora nel compendio probatorio vengano inserite *hearsay evidence*, i giurati devono essere informati che tali dichiarazioni «*has not been verified on oath nor its author tested by cross-examination*»; inoltre, il giudice ha il compito di segnalare loro «*the potential risk of relying on a statement*» resa da chi non hanno potuto osservare, suggerendo, infine, di «*scrutinize the evidence with particular care*» e «*consider the statement in the context of the other evidence, drawing attention to any discrepancies between the statement and the oral evidence of other witnesses*»³⁰⁰. Insomma, pur non essendo investiti dell'autorità di uno *statute* o di una norma della *common law*, si può immaginare che questi inviti alla prudenza e alla *corroboration* godano di una certa considerazione presso i giurati³⁰¹.

In secondo luogo, occorre riflettere sull'attuale natura delle *exclusionary rule* disciplinate dal *Criminal Justice Act 2003*.

questa visione e parte della dottrina sostiene che, contestualmente al recente indebolimento delle tradizionali *exclusionary rule* di *hearsay* e *bad character*, il legislatore avrebbe dovuto quantomeno istituire qualche *rule of weight*, ossia specifiche disposizioni volte a disciplinare, in maniera uniforme, la fase valutativa. Cfr, in questo senso, A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 17, il quale, fra l'altro, ritiene che la *law of evidence* inglese sia rimasta «*too heavily focused on questions of whether particular evidence is to be admitted or excluded*», marginalizzando «*questions of how particular evidence which has been admitted is to be evaluated*».

²⁹⁹ Cfr., in questo senso, I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., p. 118.

³⁰⁰ Così, testualmente, A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 334. Per ulteriori approfondimenti sul contenuto delle *direction*, si può consultare il *Crown Court Bench Book*, redatto dal *Judicial Studies Board*, il quale spiega dettagliatamente ai giudici togati come istruire la giuria. L'ultima versione è disponibile all'indirizzo www.judiciary.gov.uk. Per un approfondimento specifico sulle *instruction* relative alle prove di *bad character*, si veda J.R. SPENCER, *Evidence of bad character*, cit., pp. 146-149; ad esempio, nel caso in cui venga ammessa una prova volta a dimostrare la tendenza dell'imputato a commettere reati analoghi a quello di cui è accusato, il giudice togato deve suggerire alla giuria di porsi tre interrogativi: «*whether they accept the evidence of bad character*»; poi, «*whether the evidence establishes the propensity*» e, infine, «*whether and to what extent their finding assists them to resolve the ultimate question*».

³⁰¹ Cfr., in questo senso, J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 40; W. TWINING, *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, cit., p. 456. Si vedano, però, le riflessioni di L. DUFRAIMONT, *Regulating Unreliable Evidence*, cit., pp. 293-297, la quale avverte che gli studi di psicologia effettuati in materia sono piuttosto scettici sull'efficacia delle *instruction*. Per un approfondimento sul ruolo delle *direction* nel sistema di *common law*, si veda W. YOUNG, *Summing-up to Juries in Criminal Cases—What Jury Research says about Current Rules and Practice*, in *Criminal Law Review*, 2003, p. 665.

Sono infatti talmente tante le ipotesi in cui la regola d'inammissibilità è superata dalla deroga, che pare davvero difficile, quantomeno in certi casi, considerare ancora tali istituti come veri e propri divieti probatori; a meglio considerare, infatti, sembra quasi di potervi scorgere criteri di valutazione, volti soltanto a ricordare che l'*hearsay* e il *bad character* - almeno formalmente - continuano a entrare nel compendio probatorio in via eccezionale e che quindi necessitano di essere maneggiati con cautela.

Il problema, però, è che un sistema di questo genere - composto per lo più di indicazioni, strumenti pedagogici e linee guida - non consente alcun controllo sull'operato della giuria; in queste ipotesi, infatti, come è noto, il verdetto è immotivato e la totale mancanza di spiegazioni sull'uso che è stato fatto delle prove impedisce un qualsiasi tipo di verifica sul rispetto dei canoni prudenziali approntati dal legislatore³⁰².

È proprio per questa ragione, peraltro, che la *law of evidence*, tradizionalmente, è composta per lo più di regole di esclusione: siccome la mancanza di motivazione non consente un controllo *ex post* sull'utilizzo del materiale probatorio, l'unico intervento possibile è appunto quello *ex ante*, che sottragga concretamente dalla conoscenza dei giurati i dati conoscitivi inaffidabili³⁰³. Nei limiti del possibile, infatti, come si è già accennato, ogni decisione sull'ammissibilità delle prove viene presa in assenza della giuria, in modo che, nel caso in cui si opti per l'esclusione, solo il giudice togato abbia effettivamente preso

³⁰² Come è noto, invece, nei processi che si svolgono davanti alla *magistrate's court*, viene quanto meno redatta un'illustrazione degli elementi di prova utilizzati per la decisione e del peso che è stato attribuito loro. Per ulteriori approfondimenti, si veda J.R. SPENCER, *The English System*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, cit., pp. 183-184.

³⁰³ Cfr., in questo senso, J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., p. 71. Si vedano anche le riflessioni di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 190, il quale spiega che «l'inutilizzabilità è nata in un processo con giuria, cioè senza verdetto motivato. Lì la prova inaffidabile non deve assolutamente arrivare alla giuria: se viene percepita dai giurati può provocare danni irreparabili [...]. Da noi la situazione - se vogliamo - è meno drammatica. Se la prova inutilizzabile arriva al giudice, il danno è riparabile, perché il giudice deve motivare».

visione degli elementi estromessi³⁰⁴. Soltanto in questo modo, infatti, si può avere la certezza che questi ultimi non siano stati presi in considerazione dai giurati³⁰⁵.

I criteri di valutazione, avendo invece come oggetto prove che il giudicante già conosce, non offrono alcuna garanzia in un sistema privo dell'onere motivazionale³⁰⁶.

Ecco, allora, che se le regole di esclusione incominciano a indebolirsi fin quasi a sfumare in canoni valutativi, conseguentemente, la giuria sfugge da ogni sorveglianza.

Insomma, può il criterio di valutazione essere una valida alternativa al drastico sacrificio della prova?

Qualora la sentenza sia motivata, la regola di esclusione può forse, in alcuni ben delimitati casi, essere surrogata attraverso tale istituto, che rappresenta indubbiamente uno strumento meno invasivo delle autonome scelte del giudicante³⁰⁷; in caso di verdetto immotivato, però, l'esclusione pare un meccanismo difficilmente sostituibile, sempre che non si accetti di far degradare la fiducia nella giuria dal livello dell'aspettativa razionale a quello del vero e proprio dogma.

³⁰⁴ Per ulteriori approfondimenti, si vedano A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 10-12; P. MURPHY-L. BADDOUR, *International criminal law and common law rules of evidence*, cit., p. 104; A. RYAN, *Towards a System of European Criminal justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., pp. 119-123.

³⁰⁵ Cfr. M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 72-79, secondo cui un compiuto sistema di regole di esclusione ha senso soltanto qualora vi sia una "biforcazione" fra il giudice che decide dell'ammissibilità delle prove e la giuria che invece ne valuta l'efficacia dimostrativa; in caso contrario, il meccanismo dell'esclusione assumerebbe «un'aurea di irrealità» (p. 79). Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si vedano le riflessioni di F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, cit., pp. 223-224, che, dopo essersi chiesto «chi garantisce che il giudice ignori davvero ciò di cui non deve tener conto» pur avendone avuto conoscenza, pare invero piuttosto ottimista sulle possibilità di controllo offerte dalla motivazione della sentenza. In senso opposto, da ultimo, cfr., S. PAREZZAN, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, in AA.VV., *'Incontri ravvicinati' con la prova penale*, a cura di L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2014, pp. 218-220, secondo cui l'inutilizzabilità italiana – a causa della struttura unitaria delle corti – finisce sostanzialmente per trasformarsi in «una regola di valutazione» e che «il controllo *ex post* sulla motivazione» si rivela un rimedio «scarso, se non addirittura apparente».

³⁰⁶ Si veda A.A.S. ZUCHERMAN, *The principles of criminal evidence*, cit., p. 14, il quale ammette esplicitamente che non ci sono mezzi per accertare se la giuria ha compreso il significato dell'*instruction*, né procedure per assicurarsi che ne tenga conto.

³⁰⁷ Si vedano, però, le riflessioni critiche di P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, cit., p. 587 e ss., il quale arriva addirittura ad «auspicare la soppressione di ogni criterio legale di valutazione probatoria».

CAPITOLO III

L'esclusione delle prove illegittimamente acquisite

SOMMARIO. 1. I "limiti" alla ricerca della verità. - 2. I silenzi del legislatore in Inghilterra e Germania. - 3. Le invalidità probatorie in Francia e Italia. - 4. L'esclusione delle prove "derivate".

1. I "limiti" alla ricerca della verità

La cernita del materiale utilizzabile per la decisione - lo si è già accennato - non si basa soltanto sulle qualità gnoseologiche delle prove; oltre al parametro dell'efficienza dell'accertamento - intesa come necessità di porre il giudice nelle condizioni migliori per ricostruire i fatti -, si tiene conto anche di ulteriori esigenze, a volte per nulla coincidenti con la prima.

Il metodo probatorio, in sostanza, rappresenta la sintesi di due spinte contrastanti: da un lato, l'«ansia di verità»³⁰⁸, che inevitabilmente permea il processo penale, indurrebbe all'aquisizione di ogni informazione minimamente rilevante; dall'altro, però, ci si rende anche conto dell'impossibilità di rimanere totalmente indifferenti rispetto ad altri interessi coinvolti nelle attività di acquisizione probatoria³⁰⁹.

Alcuni di questi interessi sorgono in funzione del procedimento, ossia, principalmente, il diritto di difesa; altri preesistono a esso, come il diritto alla libertà personale, quello alla segretezza delle comunicazioni, oppure la necessità di mantenere riservate determinate informazioni.

³⁰⁸ L'espressione è di M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, cit. p. 375.

³⁰⁹ Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, cit., pp. 70-73; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 33-36; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence*, cit., pp. 34-38; P. ROBERTS, *Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Oxford-Portland, 2013, pp. 163-166; A. SCALFATI, *Testimonianza e segreti nel processo penale (un'indagine su interessi in conflitto)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1238; A. STEIN, *Foundations of Evidence law*, cit., pp. 24-33; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 336-337; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 148-149.

Al fine di tutelare questo coacervo di situazioni tanto diverse fra loro, vengono predisposte una serie di regole volte a definire presupposti e modalità operative delle attività di acquisizione probatoria.

Così, ad esempio, sebbene le intercettazioni comportino un serio sacrificio alla «libertà e segretezza» delle comunicazioni (art. 15 Cost.) e possano, per giunta, disvelare informazioni, su cui avrebbe invece dovuto essere mantenuto il segreto, l'ordinamento non rinuncia affatto a permetterne il compimento; ci si limita, più semplicemente, a razionalizzare tali intrusioni, creando una disciplina che ne segni i legittimi confini e ne regoli lo svolgimento³¹⁰: l'intercettazione viene quindi consentita soltanto in relazione ai procedimenti riguardanti certi tipi di reato (art. 266 c.p.p.) e viene vietata, fra le altre, quella delle comunicazioni tra l'indagato e il suo difensore (art. 103, comma 5, c.p.p.); inoltre, il lungo *iter*, che va dalla richiesta del pubblico ministero all'inserimento delle trascrizioni nel fascicolo dibattimentale, è stato capillarmente disciplinato.

Lo stesso può dirsi anche per le perquisizioni e i sequestri: poiché interferiscono nell'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), ne sono stati disciplinati casi e modi³¹¹; sempre in relazione alla tutela del diritto di difesa, poi, vengono posti precisi limiti all'accesso negli uffici dei difensori (art. 103, comma 1, c.p.p.) ed è vietato il sequestro della corrispondenza fra questi ultimi e i loro assistiti (art. 103, comma 5, c.p.p.).

Discipline di questo tenore sono presenti in ognuno dei quattro ordinamenti esaminati in questo lavoro: mentre, come si è visto in precedenza, la preselezione del materiale probatorio sulla base di criteri qualitativi non è una pratica unanimemente condivisa, nessuno sembra invece dubitare dell'importanza di porre limiti e regole per la ricerca e la formazione delle prove, dal momento che vengono

³¹⁰ Per ulteriori approfondimenti sui complessi rapporti fra valori costituzionalmente tutelati e disciplina delle intercettazioni, si vedano, fra gli altri, P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, pp. 36-64; F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, pp. 33-73; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, pp. 41-68; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, pp. 1-9, nonché, da ultimo, A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011, pp. 1-24.

³¹¹ Si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 46-81; M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, pp. 3-8.

in gioco anche valori differenti rispetto a quelli più strettamente connessi all'accertamento.

Non sempre, però, alla violazione della disciplina processuale corrisponde l'esclusione della prova comunque ottenuta e, d'altro canto, a volte, nemmeno il pieno rispetto delle regole è considerato sufficiente per permetterne l'uso.

Ogni ordinamento compie le sue scelte.

Certo, – lo si può senza dubbio affermare sin d'ora – sembra difficile immaginare che, in Inghilterra, Germania, Francia e Italia, possa ancora leggersi una sentenza basata su dichiarazioni confessorie palesemente estorte per mezzo della violenza³¹².

Tuttavia, non appena si esorbita dalle ipotesi più cruente, le cose cambiano: di fronte alla confessione resa dall'indagato a seguito di un qualche inganno o sotterfugio della polizia giudiziaria, al materiale probatorio scoperto nel corso di una perquisizione illegittima, oppure alle prove occasionate dall'attività di un agente "provocatore", è ben più difficile cogliere soluzioni condivise e, comunque, l'esclusione non è sempre la strada perseguita.

Come subito si vedrà, infatti, in questo ambito, non conta tanto in sé il formale riconoscimento di un determinato valore; ciò che fa realmente la differenza è il modo con cui il sistema processuale reagisce di fronte alla sua lesione.

2. I silenzi del legislatore in Inghilterra e Germania

La disciplina probatoria inglese si basa su una suddivisione molto semplice e chiara.

³¹² Si veda, per una considerazione di questo genere, S.C. THAMAN, *Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. THAMAN, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 441.

Da una parte, si trovano le *inadmissible evidence*, ossia tutte quelle il cui ingresso nel *trial* è impedito da una *rule of exclusion*, derivante dalla *common law*, oppure predisposta in uno *statute*³¹³.

A ben vedere, non sono poi molte.

Vi rientrano, anzitutto, le già esaminate prove di *hearsay*, *bad character* e *opinion*, eccezion fatta per quelle ammesse in via eccezionale.

L'altro principale limite di ammissibilità probatoria riguarda invece la confessione, che, all'interno di questo ordinamento, conserva un ruolo centrale, sia a livello normativo, sia nelle trattazioni dottrinali. Al di là di qualsiasi altra considerazione³¹⁴, per capire le ragioni di tanta importanza, basti ricordare che – secondo gli studi disponibili – il 55 per cento degli indagati rende dichiarazioni confessorie già nella *interview* investigativa, di fronte alla polizia giudiziaria³¹⁵.

La regola è stabilita nella *section 76*, par. 2, *Police and Criminal Evidence Act 1984*, secondo cui la confessione dell'accusato, di cui il *prosecutor* chiede l'acquisizione dibattimentale, «*shall not allow [...] to be given in evidence*», qualora sia stata ottenuta «*by oppression*», o «*in consequence of anything said or done*» che, «*in the circumstances existing at the time*», fosse tale da renderla «*unreliable*».

Il significato del termine *oppression* è specificato nel successivo par. 8, in cui si fa riferimento a ogni forma di «*torture, inhuman or degrading treatment*» e all'uso di «*threat of violence (whether or not amounting to torture)*». La seconda ipotesi ricorre invece, ad esempio, qualora all'accusato sia prospettata una pena più mite, o la possibilità di accedere al *bail*³¹⁶. È chiaro, comunque, che le circostanze concrete hanno un'importanza decisiva, così come l'interpretazione degli eventi da parte del giudicante.

³¹³ Cfr. R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., pp. 17-18; A.T.H. SMITH, *England and Wales*, in AA.VV., *Criminal procedure system in the European community*, cit., pp. 94-95.

³¹⁴ Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche, si veda L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, pp. 31-59.

³¹⁵ Si vedano T.BUCKE-R. STREET-D. BROWN, *The right of silence: the impact of the Criminal Justice Act 1994*, in www.ncjrs.gov.

³¹⁶ Per un'analisi completa di tale regola e delle ipotesi di esclusione in essa disciplinate, cfr. P. MIRFIELD, *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, Oxford, 1997, pp. 76-108. Si veda anche A.L.-T. CHOO, *The privilege against self-incrimination and criminal justice*, Oxford-Portland, 2013, pp. 80-84.

Al di fuori delle ipotesi sopra richiamate, in genere, tutte le prove sono considerate formalmente *admissible*³¹⁷.

Ciò, però, non ne garantisce ancora l'utilizzabilità ai fini della decisione.

Per quanto riguarda la prova dichiarativa, sebbene non si parli espressamente di inammissibilità, viene adoperata la distinzione fra soggetti *competent* e non *competent*, ossia compatibili o meno con la qualifica di testimone; allo stesso modo, solo alcuni dichiaranti sono *compellable*, ossia possono essere obbligati a comparire davanti alla corte. In generale, ogni individuo è *competent* e *compellable*; l'imputato, però, non è mai *compellable*, né è *competent* come *witness for the prosecution*: in sostanza, non è mai obbligato a testimoniare e può essere chiamato a deporre solo dal suo difensore, mentre il *prosecutor* dovrà limitarsi a controesame³¹⁸.

Vengono poi in rilievo alcuni istituti, che pur non essendo propriamente ricondotti a *exclusionary rule*, raggiungono un risultato simile: il contenuto della prova rimane segreto.

Così, il *privilege* consente a una parte «*to refuse to disclose a document or produce a document or to refuse to answer questions on the ground of some special interest recognised by law*»³¹⁹; in questo ambito, il *legal advice privilege*, ad esempio, può essere invocato al fine di sottrarsi alla *disclosure* delle comunicazioni intercorse fra il difensore e il suo assistito e di ogni altra informazione rilevante ai fini della strategia difensiva³²⁰; peraltro, i documenti "privilegiati" non possono nemmeno essere sottoposti a sequestro, secondo quanto previsto dalle *section 8 e 10 Police and Criminal Evidence Act 1984*.

Altre informazioni, potenzialmente esenti dall'obbligo di *disclosure*, sono quelle la cui rivelazione potrebbe minare la sicurezza nazionale, il «*proper functioning of the public service*»³²¹, nonché la confidenzialità di alcune relazioni, come

³¹⁷ Cfr. A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 13, il quale ricorda che «*relevant evidence which is not subject to an exclusionary rule and which is therefore admissible, but which is excluded in the exercise of discretion, are sometimes erroneously described as 'inadmissible'*»; J.R. SPENCER, *The english system*, cit., pp. 195-196.

³¹⁸ Cfr. A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., pp. 120-130.

³¹⁹ Così, testualmente, A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 221.

³²⁰ Si vedano R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., pp. 516-524.

³²¹ L'espressione è di A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 204.

quelle fra polizia giudiziaria e informatori, fedele e confessore, dottore e paziente, o ancora fra il giornalista e le proprie fonti; spetta al giudice il compito di decidere se ordinare la rivelazione, soppesando, da un lato, il *public interest* al mantenimento del segreto e, dall'altro, l'interesse – più prettamente processuale – all'acquisizione delle prove rilevanti e ammissibili³²²; in ogni caso, sebbene le notizie coperte da "segreto di Stato" restino celate più spesso delle altre, «*if the disputed material may prove the accused's innocence or avoid a miscarriage of justice, the balance will come resoundingly in favour of disclosure*»³²³.

Molto più complesso è il problema relativo alla trasgressione delle disposizioni volte a regolare l'attività di ricerca e acquisizione delle prove.

In linea di principio, nessuna norma della *law of evidence* impone l'estromissione delle prove acquisite in violazione di tali regole, che, pertanto, – secondo la bipartizione sopra illustrata – devono essere considerate a tutti gli effetti *admissible*, indipendentemente da come sono state ottenute³²⁴.

Questa regola generale conosce però un'importante forma di temperamento.

All'interno della *common law*, si è consolidato un potere giudiziale di *exclusionary discretion*, finalizzato a impedire l'«*unfair use of evidence at trial*»³²⁵, che – sebbene con grande parsimonia – trova applicazione anche nel caso in cui non siano stati rispettati presupposti e formalità di acquisizione probatoria: la prova, in forza di questa regola, può essere esclusa «*only if the impropriety affected the reliability of the evidence or constituted an infringement of the accused's right against self-incrimination*»³²⁶.

³²² Si veda I.H. DENNIS, *The law of evidence*, cit., pp. 384-393.

³²³ Così, testualmente, A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 585.

³²⁴ Si veda P. MIRFIELD, *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, cit., p. 109, secondo cui «*though the authority on the point is surprisingly sparse, there can be no doubt at all that it was and is a general rule of the common law that the admissibility in law of evidence is not affected by the way in which it was obtained*». Cfr. anche K. CHO, *Reconstruction of the English Criminal Justice System and Its Reinvoigorated Exclusionary Rules*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1999, p. 262; K.-H. HSIEH, *The Exclusionary Rule of Evidence. Comparative Analysis and Proposals for Reform*, Burlington, 2014, pp. 31-32; R. OGISO, *The exclusionary Rule in Criminal Procedure: a comparative study of the English, American, and Japanese approaches*, in *Amicus Curiae*, 2001, n. 37, p. 28, il quale ricorda che «*because a court is not concerned with how evidence was obtained but merely with how it is used at the trial, a judge has no discretion to refuse to admit admissible evidence merely because it has been obtained by improper means*»; M.S. WEINBERG, *The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence*, in *McGill Law Journal*, 1975, n. 1, pp. 13-14.

³²⁵ Così, testualmente, I.H. DENNIS, *The law of evidence*, cit., p. 90.

³²⁶ Così si esprime A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 173. Si veda anche M.S. WEINBERG, *The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence*, cit., pp. 26-30.

In breve, secondo la *common law* inglese, l'inosservanza della disciplina probatoria è causa di estromissione degli elementi acquisiti, soltanto qualora ne abbia compromesso l'affidabilità, oppure si sia risolta in un comportamento violento, intimidatorio o ingannevole degli investigatori, finalizzato a ottenere l'autoincriminazione dell'indagato³²⁷.

A seguito dell'emanazione del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, i confini della *exclusionary discretion* sembrano però essersi espansi.

Secondo il par. 1 della già citata *section 78*, infatti, «*in any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*»³²⁸.

La differenza con la regola, forgiata in seno alla *common law*, pare piuttosto evidente: intanto, non vi è alcuna limitazione relativa all'affidabilità della prova, o alla tutela del diritto dell'accusato di non autoincriminarsi; in secondo luogo, le circostanze in cui la prova è stata acquisita vengono espressamente richiamate fra gli indici su cui deve fondarsi il giudizio di *fairness* deputato al giudice³²⁹.

Al di là del dato testuale, i limiti di quest'ultimo potere di esclusione giudiziale, nonché i suoi rapporti con quello già precedentemente previsto nella

³²⁷ Si veda, ad esempio, P. MIRFIELD, *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, cit., p. 119, il quale oltre, ai classici casi della confessione estorta, fa un esempio relativo alla perquisizione: «*evidence acquired by an unlawful search of the accused's person or premises may not be excluded unless, in addition to that element of unlawfulness, the accused had been persuaded to produce evidence for the police*». Cfr. anche K. CHO, *Reconstruction of the English Criminal Justice System and Its Reinvigorated Exclusionary Rules*, cit., p. 264; R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., pp. 53-54; A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., pp. 60-63; R. PATTENDEN, *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Oxford, 1990, pp. 264-267; M.S. WEINBERG, *The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence*, cit., pp. 19-20.

³²⁸ Per un'iniziale approfondimento di questa disciplina, si vedano R. PATTENDEN, *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, cit., pp. 281-291; M. ZANDER, *The police and criminal evidence act*, 5^a ed., Londra, 2005, pp. 337-390. Sebbene la disposizione si esprima con la formula "may" e non con "shall", si ritiene comunque pacificamente che, qualora l'ammissione della prova si presenti *unfair*, il giudice abbia l'obbligo di escluderla; cfr. C.J.W. ALLEN, *Discretion and security: excluding evidence under section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act 1984*, in *Cambridge Law Journal*, 1990, pp. 82-85.

³²⁹ Cfr., in questo senso, I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., pp. 95-96; P. MIRFIELD, *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, cit., pp. 143-144.

common law, sono ancora oggetto di vivaci dibattiti, a più di trent'anni dalla sua creazione³³⁰.

Ad ogni modo, nel singolo caso, la questione viene risolta attraverso un *balancing test*, in cui entrano in gioco fattori molti diversi fra loro, la cui scelta finisce per dipendere dalla soggettività del giudice³³¹, come, ad esempio, la gravità della violazione, la buona fede degli investigatori, l'importanza della prova³³².

Fra tutti, il "*reliability principle*" continua comunque a godere di un peso determinante: sebbene, infatti, la predetta *section 78* sembri quantomeno suggerire una maggiore sensibilità verso la trasgressione delle regole che disciplinano l'acquisizione probatoria, la rilevanza e l'attendibilità della prova sono frequentemente i fattori decisivi³³³.

Così, pare difficile che una schiacciante prova reale, rinvenuta durante una perquisizione illegittima, venga esclusa, salvo appunto che la violazione di legge abbia fatto sorgere dubbi sulla genuinità del ritrovamento: si pensi, ad esempio, a un'attività di ricerca compiuta in assenza di testimoni, al contrario di quanto richiesto dalla *section 6.11 Code of Practice B*³³⁴.

Allo stesso modo, l'inosservanza del *Code of Practice C*, nella parte in cui disciplina lo svolgimento della *identification evidence* (istituto analogo alla ricognizione italiana), viene presa in considerazione, soltanto qualora possa aver

³³⁰ Cfr., per un'illustrazione delle diverse posizioni, D. ORMEROD-D. BIRCH, *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, in *Criminal Law Review*, 2004, pp. 772-776. In ogni caso, pare che, dopo l'introduzione della predetta *section 78*, i giudici siano maggiormente inclini a fare uso del proprio potere di esclusione discrezionale; per alcune statistiche e per queste riflessioni, si vedano M. HUNTER, *Judicial Discretion: Section 78 in Practice*, in *Criminal Law Review*, 1994, p. 558.

³³¹ Cfr. M. DOHERTY, *Judicial discretion: victimising the villains*, in *The international journal of evidence and proof*, 1999, n. 3, pp. 46-47, la quale dopo aver assistito ad alcune udienze presso la *Crown Court* di Leeds e aver intervistato alcuni dei magistrati, riporta che «one judge in particular was very candid, stating that 'all judges will tell you there are no principles by which they exclude evidence', in place of principle the judge preferred to rely on his 'feelings' about the evidence».

³³² Cfr. A.L.-T. CHOO-S. NASH, *What's the Matter with Section 78?*, in *Criminal Law Review*, 1999, p. 933; P. MIRFIELD, *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, cit., pp. 131-151; R. STONE, *Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principles*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, n. 3, 1995.

³³³ Cfr. A.L.-T. CHOO-S. NASH, *Improperly obtained evidence in the Commonwealth: lessons for England and Wales?*, in *The international journal of evidence and law*, 2007, n. 11, pp. 75-86; D. ORMEROD-D. BIRCH, *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, cit., pp. 779-781; R. STONE, *Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principles*, cit. Si vedano anche le considerazioni critiche nei confronti di questo approccio giurisprudenziale di A.L.-T. CHOO-S. NASH, *What's the Matter with Section 78?*, cit., p. 929.

³³⁴ Si vedano A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 68.

compromesso l'affidabilità del riconoscimento: ci si riferisce, fra l'altro, al caso in cui le persone chiamate per inscenare l'*identification parade* siano completamente diverse dall'indagato, oppure quest'ultimo, prima del compimento dell'atto, sia stato visto dal testimone identificante in manette e scortato dalla polizia giudiziaria³³⁵.

Specialmente nei casi di *entrapment*, poi, ossia qualora la condotta criminosa sia stata in qualche modo "provocata" da agenti sotto copertura, nella decisione sull'utilizzabilità delle prove ottenute, si tiene conto anche della natura e della *seriousness* del reato perpetrato³³⁶; insomma, criteri di giustizia sostanziale - legati all'esigenza di reprimere la commissione delle ipotesi delittuose più gravi - sembrano affiancarsi a quelli più propriamente processuali di invalidità probatoria.

Infine, in diverse ipotesi, il giudice pare affidarsi al parametro del pregiudizio effettivo, ossia valuta se l'accusato abbia subito un concreto svantaggio a causa del mancato rispetto delle norme processuali. Così, nel caso in cui un campione di DNA sia stato prelevato dall'indagato senza il rispetto delle forme previste dalla *section 62 e ss. Police and Criminal Evidence Act 1984*, viene compiuto una sorta di giudizio controfattuale per stabilire se tale reperto avrebbe potuto essere prelevato, seguendo la corretta procedura; allo stesso modo, ci si domanda se la prova reale si sarebbe potuta sequestrare pure attraverso una perquisizione legittima³³⁷.

Quest'ultimo tipo di ragionamento viene spesso adoperato anche in relazione all'inosservanza delle formalità che regolano l'assunzione delle prove dichiarative, ad esempio, qualora - durante l'interrogatorio investigativo - non sia stata garantita la presenza del difensore (*section 58 Police and Criminal Evidence Act*

³³⁵ Cfr. C.J.W. ALLEN, *Discretion and security: excluding evidence under section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act 1984*, cit., p. 81; A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., pp. 164-166; ID., *Entrapment and Section 78 of Pace*, in *The Cambridge Law Journal*, 1992, p. 237; D. SHARPLEY, *Criminal Litigation. Practice and Procedure*, cit., pp. 386-387.

³³⁶ Si vedano M. DOHERTY, *Judicial discretion: victimising the villains*, cit., p. 47; R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 68; G. ROBERTSON, *Entrapment Evidence: Manna from Heaven, or Fruit of the Poisoned Tree*, in *Criminal Law Review*, 1994, pp. 809-811.

³³⁷ Cfr. A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 68; D. SHARPLEY, *Criminal Litigation. Practice and Procedure*, cit., pp. 386-387.

1984), oppure non venga fornito l'avviso di cui al par. 10.5 *Code of practice* C³³⁸; la questione è ancora una volta risolta caso per caso, immaginando quale sarebbe stata la situazione se le regole fossero state rispettate: qualora il giudice si convinca che nulla di diverso sarebbero accaduto, perché l'indagato conosceva già il contenuto degli avvisi, oppure la presenza del suo avvocato «*would have added nothing to the knowledge of his right which the accused already had*»³³⁹, la prova non viene solitamente esclusa³⁴⁰.

Peraltro, bisogna anche ricordare che – come già si è visto – il potere di *exclusionary discretion* di cui alla *section 78* trova applicazione anche al di fuori delle ipotesi di inosservanza della disciplina probatoria, ad esempio, per escludere quelle *evidence* di *hearsay* e *bad character*, che, in base al *Criminal Justice Act 2003*, sono da considerarsi pienamente *admissible*; così come la violazione delle disposizioni legislative non viene da sola considerata sufficiente per rendere *unfair* l'uso delle prove ottenute, simmetricamente, il loro pieno rispetto può quindi non bastare per garantirne la *fairness*: una prova ammissibile, nonché acquisita attraverso le regole fissate dal legislatore, potrebbe risultare, in un caso specifico, comunque lesiva dell'equità processuale.

La situazione del sistema probatorio tedesco può, nella sostanza, apparire piuttosto simile.

L'unica, importante, differenza è che, in quest'altro sistema, le prerogative giudiziali in materia di prova non dipendono tanto da un'investitura esplicita dell'ordinamento – come avvenuto in Inghilterra –, quanto, piuttosto, dalla necessità di integrare la scarsa disciplina processuale esistente in materia di esclusione probatoria³⁴¹.

³³⁸ Secondo tale disposizione, prima dell'interrogatorio, all'indagato deve essere fornito un avviso di questo tenore: «*you do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence*».

³³⁹ Così, testualmente, A. KEANE-P. MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, cit., p. 68.

³⁴⁰ Cfr. M. DOHERTY, *Judicial discretion: victimising the villains*, cit., p. 48; K. CHO, *Reconstruction of the English Criminal Justice System and Its Reinvigorated Exclusionary Rules*, cit., pp. 296-299.

³⁴¹ Per una ricognizione iniziale del tema e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si possono vedere C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 374-394; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^a ed., Parigi, 2008, pp. 298-299; K. ROGALL, *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 1065.

Le norme che negano esplicitamente l'utilizzabilità di una determinata prova sono piuttosto rare³⁴²: si possono ricordare l'art. 97, che elenca alcuni documenti che non possono essere sequestrati, fra cui la corrispondenza fra accusato e difensore, o le carte preparate per imbastire la difesa; il par. 5 dell'art. 100 c, secondo cui le informazioni intercettate riguardanti «*dem Kernbereich privater Lebensgestaltung*», «*nicht verwertet werden*»; oppure, la section 136 a, la quale, dopo aver affermato che «*die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose*» (par. 1) e che «*Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet*» (par. 2), al par. 3, vieta l'uso delle informazioni eventualmente ottenute attraverso tali metodologie³⁴³.

Al di fuori di queste ristrette ipotesi, il codice si limita a prescrivere i presupposti e le modalità acquisitive delle attività probatorie consentite, senza tuttavia specificare la sorte delle prove acquisite nonostante la loro inosservanza³⁴⁴.

Così, ad esempio, gli artt. 52 e 53 elencano i soggetti che possono rifiutare di rendere testimonianza; il par. 2 dell'art. 100 indica le fattispecie di reato che consentono l'intercettazione; l'art. 110 b stabilisce, al par. 1, che le operazioni condotte da agenti sotto copertura possono essere svolte soltanto con il consenso del pubblico ministero. Tuttavia, nessuna disposizione – né qui, né altrove – spiega cosa accade quando un soggetto è stato obbligato a deporre, le intercettazioni vengono disposte per indagare un'ipotesi di reato diversa da quelle elencate dalla legge, oppure l'agente sotto copertura opera sprovvisto della prescritta autorizzazione.

Allo stesso modo, – per fare ancora un paio di esempi – il codice omette di precisare se siano utilizzabili l'interrogatorio condotto in mancanza degli

³⁴² Cfr., in questo senso, B. HUBER, *Criminal procedure in Germany*, cit., p. 347; P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 78.

³⁴³ Sull'interpretazione di quest'ultima fondamentale disposizione, cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., pp. 97-100; H.H. KÜHNE, *Germany*, cit., p. 155.

³⁴⁴ Cfr. R. JUY-BIRMANN, *The German system*, cit., p. 328, secondo cui «*the ban on the use of evidence already obtained is not generally regulated by statute*»; K. ROGALL, *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, cit., pp. 1073-1074; T. WEIGEND, *Germany*, in AA.VV., *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2ª ed., a cura di C.M. Bradley, Durham, 2007, p. 251.

avvertimenti di cui all'art. 136 e il materiale probatorio sequestrato a seguito di una perquisizione compiuta senza testimoni, come invece vorrebbe l'art. 106.

La mancata presa di posizione dei codificatori – che non hanno predisposto nemmeno una regola generale simile alla *section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984* – ha posto gli operatori del diritto di fronte a tre alternative.

La prima consisteva nel ritenere che, al di là delle infrequenti ipotesi di divieto d'uso espressamente previste dal codice, ogni trasgressione dell'*an* o del *quomodo* delle attività probatorie non comportasse alcuna conseguenza. La seconda era sanzionare indiscriminatamente ogni inosservanza. Infine, ci si poteva prendere carico di stabilire, caso per caso, quali violazioni della disciplina processuale avrebbero comportato l'estromissione delle prove ottenute.

La giurisprudenza tedesca pare aver optato per quest'ultima alternativa³⁴⁵: in pratica, i giudici di questo Paese si comportano nella stessa maniera dei loro omologhi inglesi, senza però essere stati formalmente investiti del compito di contemperare, di volta in volta, i vari interessi in gioco, come invece è stato chiesto a questi ultimi.

Così, anche in Germania, viene compiuto un bilanciamento concreto, che prende in considerazione «*the importance of the violated legal interest, the seriousness of the crime committed by the defendant, the relevance of the piece of evidence for the resolution of the case*»³⁴⁶, nonché l'eventuale «consapevolezza che si sarebbe ottenuto lo stesso risultato anche con una acquisizione legittima»³⁴⁷.

La casistica potrebbe quindi essere piuttosto simile a quella già incontrata in ambito inglese: i frutti della perquisizione illegittima vengono risparmiati dall'esclusione, qualora, attraverso una procedura rispettosa delle regole, si

³⁴⁵ Cfr. S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. Thaman, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 119, la quale ammette che «*in most cases, the courts have to decide without statutory guidance whether illegally gathered evidence triggers an exclusionary rule or not*».

³⁴⁶ Così, testualmente, S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, cit., p. 120. Cfr. anche H.H. KÜHNE, *Germany*, cit., p. 156, per il quale «*the federal court has ruled that only where violations of procedural rights have a serious, decisive impact on the legal position of the accused, should inadmissibility be the consequence*»; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 299; T. WEIGEND, *Germany*, cit., p. 251, secondo cui «*German courts weigh the seriousness of the violation against the public interest in determining the truth*».

³⁴⁷ Così, testualmente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 385. Si veda anche K. ROGALL, *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, cit., p. 1089.

sarebbero potuti trovare i medesimi oggetti³⁴⁸; l'omessa lettura degli avvisi prima dell'interrogatorio non incide sull'utilizzabilità dello stesso, quando l'indagato era già pienamente al corrente dei suoi diritti³⁴⁹; inoltre, più in generale, la prova schiacciante e il crimine grave sono circostanze che difficilmente lasciano indifferente il giudicante³⁵⁰.

Grande rilievo viene comunque attribuito all'interesse sotteso alla disposizione violata: se la regola di acquisizione probatoria tutela un diritto o una libertà costituzionalmente garantita e la lesione appare significativa, le esigenze dell'accertamento penale e della repressione dei reati finiscono più spesso per soccombere³⁵¹.

D'altra canto, la giurisprudenza sembra particolarmente sensibile verso il tema delle cosiddette prove "incostituzionali", fino addirittura a ritenere che una prova – pur legittimamente utilizzabile secondo il codice di rito – possa comunque essere esclusa, perché direttamente lesiva di un diritto tutelato dalla Legge fondamentale tedesca³⁵²; anche all'interno di questo ordinamento, pertanto, come accade in Inghilterra, la conformità alle disposizioni processuali può non bastare³⁵³.

Ad esempio, in un processo per falsa testimonianza, è stato estromesso dal materiale probatorio il diario dell'imputato, in quanto l'uso di tale documento avrebbe comportato una grave violazione del suo diritto «*auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*», protetto dall'art. 2, par. 1, della Costituzione; la stessa

³⁴⁸ Cfr., in questo senso, C. FAHL, *The Guarantee of Defence Counsel and the Exclusionary Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany*, in *German Law Journal*, 2007, p. 1063.

³⁴⁹ La questione è comunque controversa; si vedano, a tal proposito, M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 96; P. HENNON-JACQUET, *Les nullités de l'enquête et de l'instruction, un exemple du déclin de la légalité procédurale*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003, p. 26; B. HUBER, *Criminal procedure in Germany*, cit., p. 348; P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 79.

³⁵⁰ Per questi e altri esempi, si veda S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, cit., pp. 122-140.

³⁵¹ Cfr. C.M. BRADLEY, *The Exclusionary Rule in Germany*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 1037; S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, cit., p. 119; B. HUBER, *Criminal procedure in Germany*, cit., p. 347.

³⁵² Cfr. S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, cit., p. 126; H.H. KÜHNE, *Germany*, cit., p. 155, secondo cui «*the are forms of inadmissible evidence which are explicitly mentioned in the StPO and others which derive from constitutional interpretations*»; W. PAKTER, *Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*, cit., pp. 42-43.

³⁵³ Si veda, in questo senso, P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 77, secondo cui, nel sistema tedesco, «*la question de la validité d'une preuve ne se limite pas aux cas de preuves produites au mépris d'une obstacle, il y a aussi des cas d'invalidité sans violation des règles sur la production de preuve*».

decisione è stata presa in relazione al sequestro di una cartella clinica, effettuato all'interno di un centro di riabilitazione per tossicodipendenti³⁵⁴.

Certo, però, in ipotesi di reato gravi, la ricerca della verità torna a essere un obiettivo irrinunciabile³⁵⁵: ad esempio, in un successivo caso di omicidio, il diario dell'accusato è stato ben ammesso come prova a carico³⁵⁶.

Insomma, sia il sistema inglese, sia quello tedesco, si basano su un approccio nettamente casistico, che – pur avendo il pregio di tenere maggiormente in considerazione le esigenze della fattispecie concreta – scontano sicuramente una forte incertezza³⁵⁷. I due fari, che guidano la decisione giudiziale, sono infatti piuttosto vaghi e si prestano a interpretazioni soggettive e divergenti: il giudice inglese guarda alla *fairness* del procedimento, così come vuole la *section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984*; quello tedesco, in assenza di generali indicazioni codicistiche, cerca risposte nella Costituzione, andando in cerca dei valori in essa consacrati come preminenti.

3. Le invalidità probatorie in Francia e Italia

Finora sono stati esaminati due ordinamenti in cui sembra mancare una specifica invalidità riferibile alle prove.

³⁵⁴ Per un'analisi di questa giurisprudenza, si vedano P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 80; T. WEIGEND, *Germany*, cit., p. 251, per il quale se l'uso di determinate informazioni «*violate the dignity of person (as protected by Art. 1, Section 1 Basic Law), this evidence must not be seized and, even if it was properly seized [...] may be inadmissible in court*».

³⁵⁵ Si vedano, in questo senso, C.M. BRADLEY, *The Exclusionary Rule in Germany*, cit., p. 1045; C. FAHL, *The Guarantee of Defence Counsel and the Exclusionary Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany*, cit., p. 1066.

³⁵⁶ Cfr. M.T. KING, *Security, Scale, Form, and Function*, cit., p. 229.

³⁵⁷ Si veda, in questo senso, la riflessione di T. WEIGEND, *Germany*, cit., p. 251, il quale ammette che «*generally, the outcome of the courts' weighing of interest is difficult to predict in any individual case because it depends, inter alia, on the grievousness of the violation*». Cfr. anche M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 44, secondo cui, nell'art. 78 *Police and Criminal Evidence Act*, «il parametro della violazione della *fairness of the proceedings* è talmente generico da conferire alla giurisprudenza notevole libertà nella determinazione del suo contenuto: è rimesso alla totale discrezionalità del giudice stabilire quali siano le disposizioni normative la cui inosservanza lo integra». L'autore, in relazione a tali criteri, parla anche di «vaghezza» e formulazione «ambigua» (p. 56).

Nel sistema di *common law*, si è vista la netta suddivisione fra le prove vietate, ossia quelle soggette a un divieto di ammissione posto dall'ordinamento, e tutte le altre, in ogni caso *admissible*, indipendentemente dall'osservanza delle regole che ne disciplinano l'acquisizione; la mancata corrispondenza a un modello legale di ricerca, apprensione, o formazione delle prove, non comporta quindi mai il sorgere di una specifica invalidità, sebbene queste ultime debbano essere escluse dal giudice, qualora il loro uso leda la *fairness* processuale.

In Germania, similmente, il giudice appone un divieto d'uso, ma il codice non ha dato un nome alla situazione di inefficacia in cui versa la prova.

Nel sistema francese, invece, l'inosservanza della disciplina processuale può comportare una nullità³⁵⁸.

Mentre, come si è visto in precedenza, la procedura penale di questo Paese si basa su una *liberté de la preuve* quasi assoluta, che consente l'acquisizione di qualsiasi tipologia di prova, non altrettanto può dirsi dell'*administration de la preuve*³⁵⁹: l'acquisizione probatoria è infatti tradizionalmente vincolata al rispetto di uno stretto principio di legalità³⁶⁰, tanto che – si afferma – «*dans ces recherches, les agents d'investigation ne sont pas libres car si la présentation des preuves est bien libre, leur recueil ne l'est pas*»³⁶¹.

Le disposizioni, il cui rispetto è esplicitamente previsto a pena di nullità – generalmente denominate *nullité textuelle* –, sono comunque relativamente poche; si possono ricordare, fra le altre, alcune formalità in materia di perquisizione e sequestro (artt. 56, 56-1 e 57), verifica dell'identità personale dell'indagato (art. 78-3), intercettazioni (art. 100-7) e *infiltration* di agenti sotto copertura (artt. 706-81 e 706-83).

³⁵⁸ Cfr., per un primo approfondimento, J. PRADEL, *France: Procedural Nullities and Exclusion*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, cit., pp. 148-151; R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, cit., p. 213. Per una breve ricostruzione dell'evoluzione normativa delle nullità all'interno del codice di procedura penale francese, si vedano S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., pp. 1225-1228.

³⁵⁹ Cfr. F. CASORLA, *Le droit français*, in *Revue internationale de droit penal*, 1992, pp. 200-201. Si vedano anche S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 501, secondo cui «*la preuve pénale, libre dans la production, ne peut être admise que si, dans son administration, elle respect la légalité, que celle-ci s'exprime per des principes généraux du droit constitutifs de la légalité matérielle, par des lois générales ou par les normes de procédure pénale qui en régissent la recherche*».

³⁶⁰ Si veda V. DERVIEUX, *The french system*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, cit., p. 233.

³⁶¹ Così, testualmente, J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 354.

Al di fuori di queste specifiche ipotesi, può essere invece dichiarata una *nullité substantielle*³⁶²: in pratica, spetta al giudice, nella singola ipotesi, stabilire se la violazione delle norme, che regolano la ricerca e l'acquisizione delle prove, comporta un'invalidità³⁶³.

Manca, però, una disposizione come l'art. 178 del codice italiano, che aiuti il giudice nell'individuazione dei casi di nullità non espressamente previsti dalla legge³⁶⁴, e l'unica indicazione generale è fornita dagli artt. 171 e 802: secondo il primo, «*il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne*»; l'altro similmente prevede che, «*en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne*». In breve, la violazione delle disposizioni processuali può essere sì sanzionata con una nullità *textuelle* o *substantielle*, ma solo nel caso in cui abbia cagionato un effettivo pregiudizio alla parte interessata alla dichiarazione dell'invalidità³⁶⁵.

È quindi facile comprendere, come anche nel sistema processuale francese – proprio come avviene in Inghilterra e Germania –, la discrezionalità del giudice giochi un ruolo fondamentale. L'esiguo numero di *nullité textuelle* e la necessità che la dichiarazione del vizio sia subordinata alla dimostrazione di un *grief*, ossia un

³⁶² Si vedano però le considerazioni di P. HENNION-JACQUET, *Les nullités de l'enquête et de l'instruction un exemple du déclin de la légalité procédurale*, cit., p. 7, secondo cui «*c'est, non la nullité qui est substantielle, mais la formalité qu'elle sanctionne. C'est pourquoi, il est préférable de recourir au terme virtuel*».

³⁶³ Cfr. S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 1128.

³⁶⁴ Si veda A. RYAN, *Towards a System European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 158, la quale pone in rilievo il fatto che «*no specific definition is given in the Code of a substantive or virtual nullity, therefore the act, where it is not specifically stated as giving rise to a nullity, must be examined to assess whether the character of the act is such that it should be annuled*».

³⁶⁵ Cfr. R. VOGLER, *Criminal Procedure in France*, cit., p. 213. Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di *grief* nel sistema delle nullità processuali francesi, si vedano J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, cit., pp. 253-259.

danno concreto³⁶⁶, lasciano completamente in balia delle valutazioni giudiziali la sorte della maggior parte delle prove acquisite in violazione di legge³⁶⁷.

Peraltro, anche di fuori dell'ambito delle attività investigative, rischiano di restare sprovviste di tutela importanti disposizioni volte a disciplinare la fase del giudizio: si pensi, ad esempio, all'art. 105, secondo cui «*les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins*»; all'art. 472, par. 2, per cui «*le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui*»; oppure, all'importante divieto probatorio ex art. 432, a detta del quale «*la preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat*».

In ogni caso, al fine di prevenire – almeno in parte – possibili confusioni e incertezze, la giurisprudenza della *chambre criminelle* della *Cour de cassation* ha elaborato un vero e proprio *case law*, per guidare il giudicante del singolo caso concreto³⁶⁸.

In estrema sintesi, le *nullité substantielle* operano, in linea di principio, soltanto qualora le disposizioni trasgredite fossero destinate a proteggere interessi di parte, di natura endoprocessuale³⁶⁹. Così, per quanto riguarda l'imputato, l'acquisizione probatoria viene considerata invalida, soprattutto nei casi di lesione del diritto di difesa³⁷⁰: ad esempio, in ipotesi di perquisizione, la nullità dell'attività di ricerca – e la conseguente espunzione delle cose reperite dal compendio probatorio – conseguono, principalmente, all'inosservanza delle formalità volte a

³⁶⁶ Si veda J. PRADEL, *France: Procedural Nullities and Exclusion*, cit., p. 149, il quale ricoda che ciò che conta «*is the gravity of the prejudice suffered by the pleading party, not the procedural error committed by the judge or the investigators*».

³⁶⁷ Cfr., in questo senso, le riflessioni di N.M HUR-VARIO, *L'administration de la preuve pénale: de l'irrecevabilité à la valeur probatoire*, cit., pp. 550-556, il quale afferma che, sempre più spesso, i giudici francesi non escludono più la prova sulla base della violazione di una formalità di acquisizione probatoria, preferendo piuttosto analizzare la questione in fase valutativa.

³⁶⁸ Cfr., in questo senso, P. HENNION-JACQUET, *Les nullités de l'enquête et de l'instruction un exemple du déclin de la légalité procédurale*, cit., p. 26.

³⁶⁹ Si veda, in questo senso, A. RYAN, *Towards a System European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 158.

³⁷⁰ Si vedano, in questo senso, V. DERVIEUX, *The french system*, cit., p. 262; F. DESPORTES-L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., p. 428; S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 486-487; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit. p. 716.

garantire la correttezza dei perquirenti³⁷¹; si può richiamare il par. 2 dell'art. 96, il quale, in caso di perquisizione nel domicilio dell'indagato, impone la presenza dello stesso, oppure, in sua assenza, di due testimoni³⁷². Allo stesso modo, la ricerca non viene dichiarata invalida, qualora le cose sequestrate non siano state poste alla base della decisione di esercitare l'azione penale³⁷³.

Sono state poi enucleate una serie di *nullité d'ordre public*, ossia alcune inosservanze della disciplina probatoria, che presumono, in sé, una lesione del diritto di difesa³⁷⁴; vi rientra, fra l'altro, la mancanza degli avvisi sul diritto al silenzio e sulla facoltà di farsi assistere da un difensore, che – secondo quanto previsto dall'art. 63-1, par. 1 – devono essere forniti al soggetto posto in stato di *garde à vue*³⁷⁵.

Infine, anche in Francia, le ipotesi di esclusione probatoria sono state estese oltre quelle potenzialmente rinvenibili nel codice, a volte, per coprire le lacune del tessuto codistico³⁷⁶.

Mancano, infatti, fra le regole processuali, disposizioni come la *section 76 Police and Criminal Evidence Act 1984*, la *section 136 a* del codice tedesco, oppure l'italiano art. 188 c.p.p. È stato quindi elaborato, in giurisprudenza, il cosiddetto “principio di dignità”, che viene invocato per affermare la nullità sostanziale di ogni prova dichiarativa formata attraverso violenza, minacce, siero della verità, o ipnosi³⁷⁷.

³⁷¹ Cfr. J. PRADEL, *France: Procedural Nullities and Exclusion*, cit., p. 154.

³⁷² Si veda, ad esempio, Cass., chr. crim., 14 settembre 2004, n. 04-83793, in www.legifrance.gouv.fr, in cui, nonostante la perquisizione di un autoveicolo si fosse svolta illegittimamente, ossia, in quel caso, senza il necessario consenso del conducente, non è stata comunque dichiarata illegittima, perché non vi era stata alcuna contestazione in merito alla presenza sul veicolo medesimo delle cose pertinenti al reato, subito sequestrate.

³⁷³ Cfr., in questo senso, Cass., chr. crim., 10 marzo 1999, n. 98-87906, in www.legifrance.gouv.fr.

³⁷⁴ Si vedano S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 1229; P. HENNION-JACQUET, *Les nullités de l'enquête et de l'instruction un exemple du déclin de la légalité procédurale*, cit., pp. 18-24.

³⁷⁵ Si vedano, anche per ulteriori approfondimenti sul concetto di *nullité d'ordre publique*, R.S. FRASE, *France*, in AA.VV., *Criminal Procedure*, cit., p. 219; J. PRADEL-A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, cit., p. 269. Sulla recente riforma della *garde à vue*, si vedano S. QUATTROCOLO, *Uno sguardo oltralpe: profili generali della recente riforma francese della garde à vue*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, p. 295; A. RYAN, *Towards a System European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., pp. 140-146.

³⁷⁶ Cfr. J. PRADEL, *France: Procedural Nullities and Exclusion*, cit., pp. 157-158.

³⁷⁷ Per ulteriori approfondimenti, si vedano R.S. FRASE, *France*, in AA.VV., *Criminal Procedure*, cit., p. 218; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 355-356.

Nello stesso solco, si può ancora citare il “principio di lealtà”, attraverso il quale viene vietato – e sanzionato con l’invalidità del materiale probatorio ottenuto – l’uso, da parte degli investigatori, di procedure non conformi ai «*principes fondamentaux*» dell’ordinamento giuridico³⁷⁸, come il comportamento del giudice istruttore che dissimuli la propria qualifica per ottenere dichiarazioni autoaccusatorie da parte dell’indagato, oppure la “provocazione” dell’agente sotto copertura³⁷⁹.

La disciplina probatoria italiana, come è noto, basa anch’essa il proprio sistema di esclusione delle prove sull’invalidità; soltanto che, anziché essercene una, come in Francia, se ne rinvencono addirittura due, ossia la nullità e l’inutilizzabilità.

Spesso, si afferma che quest’ultima sia stata creata perché la nullità, a causa di sanatorie e limiti di rilevabilità, non dava alcuna certezza sul fatto che, prima o poi, la prova viziata non sarebbe riemersa nel compendio probatorio³⁸⁰.

A ben vedere, però, per risolvere questi inconvenienti, sarebbe bastato disporre che tutte le nullità riguardanti le prove fossero insanabili e rilevabili durante tutto il corso del procedimento; non era necessario creare un nuovo istituto e attribuirgli queste caratteristiche.

La codificazione dell’inutilizzabilità sembra infatti trovare origine in altri due ordini di motivazioni, una simbolica e l’altra più tecnica.

In primo luogo, il nuovo vizio segnava il punto di rottura con un passato, in cui, appellandosi al libero convincimento, parte della giurisprudenza era riuscita a

³⁷⁸ Si vedano, per ulteriori approfondimenti, F. FOURMENT, *Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 562; J. BUISSON, *Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions* (Cass. Crim., 6 mai 2002, *Urion non publié*), in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, 2003, p. 393; S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 504, i quali spiegano che «*le principe de loyauté dans la recherche des preuves a pour objet d’interdire à celui qui administre la preuve l’utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes*».

³⁷⁹ Cfr., per questo e altri esempi, F. CASORLA, *Le droit français*, cit., p. 198; F. DESPORTES-L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., pp. 410-420.

³⁸⁰ Cfr., fra gli altri, G. CONSO-M. BARGIS, *Glossario della nuova Procedura Penale*, Milano, 1992, p. 345; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 39-40; G. CONTI-A. MACCHIA, *Il nuovo processo penale. Lineamenti della riforma*, Roma, 1989, p. 135; N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1998, pp. 691-692; R. MAGI, *L’inutilizzabilità della prova tra dimensione cognitiva del processo e legalità delle forme di accertamento*, in AA.VV., *Il procedimento probatorio nel processo penale*, a cura di V. Maffeo, Napoli, 2006, pp. 54-55; A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I, Milano, 2008, pp. 479-480.

rendere ammissibile e valutabile anche la confessione estorta³⁸¹; non erano infatti soltanto i divieti di lettura a essere aggirati: tutta la disciplina legale relativa alla ricerca e all'acquisizione delle prove era costantemente sotto assedio.

L'introduzione dell'inutilizzabilità – testimonianza della reazione del legislatore di fronte alle cattive prassi giurisprudenziali³⁸² – aveva quindi anzitutto un ruolo pedagogico e, infatti, già nel suo nome, vuole richiamare l'idea di un qualcosa di cui è categoricamente impossibile l'uso³⁸³.

La seconda ragione sta nel fatto che la nullità non è un'invalidità perfettamente adattabile a ogni sfaccettatura del fenomeno probatorio.

Una prova costituenda, che si forma al di fuori del proprio modello legale, ossia senza il rispetto delle formalità che ne disciplinano l'assunzione – si pensi a una testimonianza assunta senza l'esame incrociato –, potrebbe sicuramente essere dichiarata nulla. Quando invece è un mezzo di ricerca della prova a essere difforme dalla propria fattispecie astratta, ad esempio una perquisizione, la prova reale scoperta non è, di per sé, invalida, ma soltanto male acquisita; il vizio, infatti, non sta in quest'ultima – che al processo preesisteva – ma nell'attività investigativa attraverso cui è stata reperita³⁸⁴.

La differenza si nota bene nel sistema francese, in cui – come si è visto – non esiste un'invalidità diversa dalla nullità; il giudice, per escludere le prove precostituite, è allora sostanzialmente costretto a creare una “sanzione processuale” non espressamente prevista dal codice: prima, viene dichiarata la nullità dell'operazione acquisitiva e, poi, il materiale probatorio viene definito

³⁸¹ Si vedano A. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., pp. 311-314; ID., *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 90, secondo cui, per la giurisprudenza dell'epoca, era «insita nella libertà di convincimento l'autorizzazione ad avvalersi di qualsiasi mezzo di prova ancorché ricavato da operazioni acquisitive illegittime»; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 363-365.

³⁸² Cfr., in questo senso, G.D. PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Padova, 1979, p. 81, il quale afferma che «la regola [dell'inutilizzabilità] assume un'importanza decisiva e dovrebbe determinare una vera e propria svolta della nostra giurisprudenza, che all'insegna del libero convincimento del giudice tende a recuperare ed a utilizzare, sia pure come indizio, anche le prove vietate o illegittimamente acquisite».

³⁸³ Si veda, in questo senso, C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1.

³⁸⁴ Cfr. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, p. 211.

“irrecevable”, oppure – se già inserito in atti – è semplicemente “retiré du dossier”³⁸⁵. L’inutilizzabilità, al contrario, può avere indifferentemente come oggetto sia le prove costituende, sia quelle precostituite³⁸⁶.

La nullità, inoltre, mal si presta alla tutela dei divieti di ammissione; nel vecchio codice di rito italiano, infatti, laddove l’acquisizione di una prova era vietata, ma non era prevista “a pena di nullità”, ci si chiedeva se il divieto fosse effettivamente vincolante, oppure appartenesse, più semplicemente, all’ampia categoria delle norme «puramente ordinatorie»³⁸⁷; qualora, invece, il legislatore, proprio al fine di rafforzare la prescrizione, aggiungeva tale clausola, il divieto entrava in balia di sanatorie e limiti di deducibilità³⁸⁸. Insomma, in ogni caso, si apriva qualche breccia e si è visto, peraltro, come il medesimo problema affligga ancora oggi alcuni divieti di acquisizione tedeschi e diverse disposizioni del codice di rito francese.

L’art. 191 c.p.p. – stabilendo che «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate» (comma 1) e che «l’inutilizzabilità è rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento» (comma 2) – ha sicuramente posto fine a questa e altre situazioni di ambiguità³⁸⁹.

Intanto, si è chiarito che la trasgressione del “divieto” rende – comunque e sempre – la prova “acquisita” inutilizzabile³⁹⁰; in secondo luogo, è definitivamente

³⁸⁵ Per ulteriori approfondimenti, cfr. S. FUCINI, *Perquisition: recevabilité de la preuve illicite émanant d’un particulier*, in www.dalloz-actualite.fr; T. GARÉ, *L’admission de la preuve illégale: la Chambre criminelle persiste et signe*, in *Recueil Dalloz*, 2000, p. 391.

³⁸⁶ Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6ª ed., Torino, 2015, pp. 418-419; N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 7; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pp. 147-148.

³⁸⁷ Così, testualmente, M. LEONE, *Problemi attuali di procedura penale*, Napoli, 1974, p. 22. Si vedano anche le riflessioni di P.M. CORSO, «*Scritti anonimi*» e *processo penale*, in *Arch. pen.*, 1975, vol. II, pp. 159-160; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pp. 70-74; G. UBERTIS, *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 712.

³⁸⁸ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1987, pp. 928-931.

³⁸⁹ Si vedano, ad esempio, le riflessioni di A. DIDDI, *Testimonianza e segreti professionali*, Padova, 2012, pp. 213-216, il quale confronta la disciplina sul segreto testimoniale contenuta nel vecchio codice, la cui violazione era espressamente sanzionata con la nullità e l’attuale art. 200 c.p.p., che invece – solo apparentemente – tace sul punto; dovrà infatti essere applicata l’inutilizzabilità così come stabilito dall’art. 191 c.p.p.

³⁹⁰ Cfr. C. PAPAGNO, *L’interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, cit., p. 87, «secondo cui si è scelta una sanzione forte per rendere incontrovertibile che i divieti probatori stabiliti dalla legge costituiscono veri e propri ‘sbarramenti’ di fronte ai quali il giudice deve fermarsi nell’accertamento del fatto, con la conseguenza della perdita del dato probatorio in caso di violazione

scomparso il rischio che la prova possa, a un certo punto, riemergere: l'inutilizzabilità non è sanabile – perché, al contrario di quanto avviene in materia di nullità (art. 183 c.p.p.) non sono state previste ipotesi di sanatoria³⁹¹ – e può essere dichiarata tale almeno fino all'irrevocabilità della sentenza³⁹².

Allo stesso modo, almeno teoricamente, nemmeno sembra possibile domandarsi se l'inosservanza della proibizione abbia comportato un danno concreto per la parte interessata: il codice non permette al giudice nessun apprezzamento relativo a eventuali «vizi innocui»³⁹³ e pare quindi che l'inutilizzabilità vada *tout court* dichiarata³⁹⁴. Sono i codificatori, ponendo il “divieto”, ad aver stabilito *ex ante* che la trasgressione di una determinata norma comporta, in ogni caso, la lesione di un interesse meritevole di tutela; per dirla alla francese, tutte le disposizioni della disciplina probatoria, contenenti un “divieto”, sono norme di *ordre public*, il cui mancato rispetto rappresenta, già di per sé, un pregiudizio, che implica indiscutibilmente l'esclusione della prova ottenuta.

Se, però, i riformatori del 1988, attraverso questa granitica costruzione teorica, pensavano di aver creato un sistema rigido, in grado di prevenire qualsiasi pericolo per la legalità probatoria, probabilmente, non hanno raggiunto il loro obiettivo.

La disposizione è infatti tanto severa e decisa nel declamare le caratteristiche dell'inutilizzabilità, quanto oscura nel precisare quando essa opera³⁹⁵.

del precetto normativo». Si vedano anche C. SANTORIELLO, *La legalità della prova*, in Aa.Vv., *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, pp. 428-429.

³⁹¹ Cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 457-458; G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, pp. 30-31. Si vedano anche B. LAVARINI, *Atti illegittimamente acquisiti al fascicolo del pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 456; G. CONSO-M. BARGIS, *Glossario della nuova Procedura Penale*, cit., p. 345.

³⁹² Per uno studio sulle possibilità di rilevare l'inutilizzabilità anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, si veda F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 113-140.

³⁹³ L'espressione è tratta da F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 680.

³⁹⁴ Cfr., in questo senso, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 24-29, il quale ricorda che «l'esclusione delle prove, nel sistema italiano, dipende da valutazioni contraddistinte da un limitato tasso di discrezionalità. [...] Non si aprono gli ulteriori spazi di discrezionalità connessi ai giudizi induttivi finalizzati a determinare il valore della prova o degli effetti dell'esclusione di quest'ultima come quelli inerenti [...] a non poche regole di esclusione previste in altri ordinamenti, nonché alle regole di valutazione». Si veda anche A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1054.

³⁹⁵ Si vedano le riflessioni di F. PERONI, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 924, il quale afferma che l'art. 191 c.p.p. ha

Come è noto, tutto ruota principalmente attorno a due termini, che hanno generato infiniti dibattiti³⁹⁶: “divieto” e “legge”; il primo indica cosa bisogna cercare e il secondo dove bisogna cercarla.

Ai fini di questo lavoro, in chiave comparatistica, può essere sufficiente ricordare che, per quanto riguarda il “divieto”³⁹⁷, la giurisprudenza sembra aver assunto una posizione pacifica.

Secondo la Cassazione, infatti, l’inutilizzabilità sarebbe «una sanzione di carattere generale», che «presuppone la presenza di una prova “vietata” per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero per effetto del procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale»; al contrario, «l’inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova, vizio che non pone il procedimento formativo o acquisitivo completamente al di fuori del parametro normativo di riferimento, ma questo non rispetta in alcuni dei suoi peculiari presupposti», potrebbe al massimo comportare una nullità³⁹⁸. I divieti, comunque, non corrisponderebbero soltanto alle disposizioni

comportato «l’introduzione di un istituto codicistico, per un verso, affidato a soglie definitorie non del tutto appaganti, per un altro, sfrangiato in una molteplicità di fattispecie di difficile armonizzazione con il canone di tassatività». Cfr. anche M. NOBILI, sub art. 191, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, cit., pp. 410-411.

³⁹⁶ Cfr., in questo senso, B. LAVARINI, *Segreto d’ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 900, la quale ricorda che, «fin dall’entrata in vigore dell’attuale codice di procedura penale, un intenso dibattito si è sviluppato sul significato da attribuirsi all’art. 191 c.p.p. nella parte in cui collega l’inutilizzabilità della prova all’inosservanza dei ‘divieti stabiliti dalla legge’».

³⁹⁷ Per ulteriori approfondimenti sul significato del termine “divieto” e sulle varie proposte avanzate in dottrina per individuarne la presenza, si vedano, fra gli altri, C. CESARI, *L’«isolamento» del testimone prima dell’esame: spunti di riflessione sull’istituto dell’inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 691; C. CONTI, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 781-785; F.R. DINACCI, *Una decisione che cerca di ridurre le cause di inutilizzabilità della prova*, in *Guida dir.*, 1994, n. 4, p. 72; N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 665-668; E. GIRONI, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro. it.*, 2000, II, c. 220; F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di ‘inutilizzabilità sopravvenuta’ e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 3026-3030; P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella ‘dialettica’ della prova testimoniale*, cit., pp. 106-110.

³⁹⁸ Così, testualmente, Cass., sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1223, con nota di O. LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata* (p. 1126). I principi riportati in questa sentenza hanno trovato numerose conferme anche recentemente; si vedano Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 19427, consultabile in www.iusexplorer.it; Cass., sez. IV, 23 gennaio 2013, *ivi*. Per un’analisi dei rapporti fra nullità e inutilizzabilità, si vedano F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pp. 245-246; G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., pp. 531-532; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, cc. 646-647; E.N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, cit., pp. 91-96; G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (proc.*

espressamente previste sotto forma di proibizione; ve ne sarebbero anche di «impliciti», «desumibili dall'ordinamento» e corrispondenti a quei «presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova»³⁹⁹.

L'inutilizzabilità, pertanto, sulla base dell'orientamento prevalente, opererebbe per lo più a fronte della violazione di un limite di ammissibilità probatoria, sconfinando nel vasto ambito delle modalità acquisitive soltanto per sanzionare quelle inosservanze tanto gravi, da rendere radicalmente difforme dalla propria fattispecie normativa l'operazione di assunzione o apprensione della prova ammissibile.

Si dovrebbero quindi poter individuare divieti anzitutto in tutte quelle norme, che espressamente proibiscono di acquisire una determinata prova, o, comunque, dettano i casi in cui può essere acquisita: sarebbe così viziato d'inutilizzabilità sia il documento anonimo (art. 240, comma 1, c.p.p.), sia il risultato delle intercettazioni eseguite in ipotesi diverse da quelle indicate nell'art. 266 c.p.p.; pare altrettanto inutilizzabile sia il verbale delle dichiarazioni rese agli investigatori e acquisto in dibattimento al di fuori del caso previsto dall'art. 512, comma 1, c.p.p., sia il confronto disposto fra persone, che non siano ancora state esaminate o interrogate, come invece richiede l'art. 211 c.p.p.

Insomma, quando il codice limita - in negativo, o in positivo - le ipotesi, o le situazioni, in cui una determinata attività probatoria può essere compiuta, sembra ragionevole supporre che lì si trovi un "divieto"⁴⁰⁰. Vi è in effetti, in questi casi, quella mancanza di «potere istruttorio»⁴⁰¹, cui autorevole dottrina ha da tempo ricollegato i casi di inefficacia probatoria.

pen.), in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 3249-3254; A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità della prova*, cit., pp. 488-489.

³⁹⁹ Così, ancora, Cass., sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit., p. 1123.

⁴⁰⁰ Cfr., in questo senso, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pp. 154, secondo cui ci sono ipotesi nelle quali l'esistenza di un divieto «è diagnosticabile, anche se l'espressione sintattica usata è costruita nelle forme di permissione. Ciò accade quando il potere dell'autorità giudiziaria o della polizia può essere esercitato solo in presenza di determinati presupposti, solo in determinati casi, oppure solo con una determinata procedura»

⁴⁰¹ L'espressione è tratta da F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 73.

Il vero problema resta comunque individuare i divieti operanti nell'ambito delle modalità di acquisizione, eventualità che, come si è visto, almeno sulla carta, la giurisprudenza non sembra affatto negare.

Intanto, bisogna segnalare che, già in astratto, la distinzione tra *an* e *quomodo* della disciplina probatoria non è per nulla semplice da tracciare.

Si pensi, ancora una volta, al caso delle intercettazioni: l'art. 267, comma 1, c.p.p. dispone che il pubblico ministero debba ottenere l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, il quale la emanerà soltanto «quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini». Che fare, allora, quando tale autorizzazione non viene richiesta, ma la captazione è eseguita in uno dei casi previsti dall'art. 266 c.p.p., appare assolutamente indispensabile e vi sono gravi indizi di reato?

A ben vedere, la risposta non è scontata: si potrebbe infatti affermare che, in una situazione del genere, l'intercettazione fosse ammessa e che mancasse soltanto quella "formalità" rappresentata dal nulla osta giudiziale. Al contrario, sarebbe anche sostenibile che quest'ultimo rappresenti, invece, a tutti gli effetti, un vero e proprio presupposto di ammissibilità della captazione. Insomma, se l'art. 271, comma 1, c.p.p. non decretasse l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni compiute in violazione di tutto l'art. 267 c.p.p., vi sarebbe sicuramente molto da discutere sulla sorte delle captazioni eseguite senza la richiesta di autorizzazione; e questo vale per tutte le ipotesi in cui il confine fra limite di ammissibilità e formalità acquisitiva non appare abbastanza nitido.

In secondo luogo, è necessario capire cosa intenda la giurisprudenza, parlando di violazioni di *quomodo* così intense da porre "il procedimento formativo o acquisitivo completamente al di fuori del parametro normativo di riferimento".

A dire il vero, dall'analisi della casistica, emerge anzitutto una Corte di legittimità poco propensa a estendere l'ambito dell'invalidità in esame e che, nelle sue sentenze, tende soprattutto a rifugiarsi pedissequamente nella distinzione fra *an* e *quomodo*⁴⁰².

⁴⁰² Cfr., in questo senso e per un'ampia casistica, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 66-67.

A volte, infatti, l'applicazione dell'inutilizzabilità viene rifiutata anche a fronte di modalità acquisitive palesemente vietate dal codice. Ci si riferisce, ad esempio, all'art. 499, comma 3, c.p.p., secondo cui «nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte»; la Corte di cassazione, considerando questo "divieto" una mera formalità, ha ritenuto che «l'individuazione della eventuale sanzione non sia il fulcro per risolvere la questione che deve essere spostato sulla valutazione della testimonianza e l'attendibilità della prova il cui risultato è inficiato a causa delle modalità di assunzione»⁴⁰³.

Non trovano tutela nemmeno regole, la cui inosservanza, in altri ordinamenti, potrebbe senza dubbio condurre all'esclusione della prova.

Ci si riferisce, ad esempio, all'ipotesi della *identification evidence* inglese, che, nel codice italiano, assume le vesti della ricognizione. Si è detto come, in tale sistema, gran parte delle applicazioni dell'art. 78 *Police and Criminal Evidence Act* 1984, si basi sul *reliability principle*, nel senso che la prova viene esclusa soprattutto quando l'inosservanza delle regole di acquisizione può averne compromesso l'attendibilità.

Neppure questo argomento pare toccare la sensibilità della giurisprudenza italiana. La violazione dell'art. 214, commi 1 e 2, c.p.p., che contiene una serie di precauzioni, volte a garantire la genuinità del riconoscimento, non condurrebbe infatti ad alcuna invalidità: spetta al giudice del caso concreto stabilire se l'inosservanza ha minato l'efficacia dimostrativa dell'atto⁴⁰⁴.

Laddove, invece, la possibilità di rintracciare divieti non è pregiudizialmente negata e quindi l'analisi della fattispecie concreta si fa più attenta, affiora l'uso di criteri sostanziali simili a quelli utilizzati in altri ordinamenti.

Ciò è particolarmente evidente in una recente sentenza, che si è confrontata con la violazione dell'art. 370, comma 1, c.p.p., secondo cui il pubblico ministero

⁴⁰³ Così si esprime Cass., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in *Ced Cass.*, n. 250615; si veda anche, in senso analogo, *ex multis*, Cass., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 553.

⁴⁰⁴ Si vedano, in questo senso, Cass., sez. II, 4 luglio 2013, n. 40081, in *Ced Cass.*, n. 257069; Cass., sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 44595, in *Guida dir.*, 2009, n. 4, p. 100.

«può avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati, ivi compresi gli interrogatori ed i confronti cui partecipi la persona sottoposta alle indagini che si trovi in stato di libertà, con l'assistenza necessaria del difensore».

Nel caso di specie, l'indagato era stato interrogato dalla polizia giudiziaria delegata, pur trovandosi in stato di custodia cautelare, ma la Cassazione ha ritenuto che l'interrogatorio fosse comunque valido: non si sarebbe infatti verificata alcuna incisione negativa «sui diritti fondamentali del cittadino», soprattutto perché, nonostante la privazione della libertà personale, il soggetto era stato interrogato «alla presenza del difensore di fiducia»⁴⁰⁵.

Infine, anche in Italia, l'importanza della prova acquisita sembra avere un ruolo decisivo. Come è noto, infatti, la Suprema corte ha affermato che, allorquando la perquisizione «comunque effettuata si sia conclusa con il rinvenimento del corpo del reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare del tutto irrilevante il modo con il quale a quel sequestro si sia pervenuti»⁴⁰⁶.

Insomma, in fin dei conti, il fatto che il giudice possa scegliere liberamente quali sono i “divieti” rende il sistema italiano, per certi aspetti, simile a quelli finora esaminati.

Da un lato, sembra ancora attualissima la tentazione di fare a meno dell'esclusione e di affidarsi al libero convincimento del giudice⁴⁰⁷; dall'altro, la discrezionalità ha un peso determinante: valutazioni sull'effettiva lesione di

⁴⁰⁵ Così, testualmente, Cass., sez. V, 18 luglio 2014, n. 31819, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1165; *contra*, si è antecedentemente espressa Cass., sez. III, 14 febbraio 2011, n. 25709, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2155.

⁴⁰⁶ Così, testualmente, Cass., sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit., p. 1125. Per alcune riflessioni su questo arresto, si vedano, fra gli altri, G.M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 893; L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1547; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 556-568; M. MONTAGNA, *Il “male captum bene retentum” è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1125; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1878.

⁴⁰⁷ Si veda, in questo senso, C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 117.

interessi costituzionalmente protetti e sulla decisività della prova non sono affatto bandite⁴⁰⁸, tanto che i “divieti” sembrano quasi spostarsi caso per caso⁴⁰⁹.

L’“anomalia” del nostro ordinamento sono, piuttosto, le inutilizzabilità speciali, che rappresentano l’unico strumento attraverso cui il legislatore riesce davvero a garantire l’esclusione incondizionata della prova, evitando i “rischi” connessi all’interpretazione giudiziale⁴¹⁰.

Ad esempio, qualora non vengano resi all’indagato gli avvertimenti di cui all’art. 64, comma 3, c.p.p., il giudice non può fare altro che dichiarare l’invalidità dell’interrogatorio, quand’anche tale soggetto già ne conoscesse il contenuto. Si è visto, invece, come, in altri ordinamenti, tale conoscenza preservi l’uso della prova.

Non è infatti un caso che il codice di rito italiano contenga un numero di inutilizzabilità espresse decisamente spoporzionato se paragonato alle *rule of exclusion* inglesi, ai divieti d’uso tedeschi, nonché alle *nullité textuelle* e *d’ordre publique* francesi.

Merita infine un cenno la nota questione del significato da attribuire al termine “legge” nell’art. 191, comma 1, c.p.p., soprattutto in relazione alla possibilità di individuare divieti probatori nella Costituzione⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Cfr., in questo senso, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, p. 115.

⁴⁰⁹ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni di F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 248.

⁴¹⁰ Cfr., in questo senso, C. CONTI, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, cit., pp. 788-789.

⁴¹¹ È notissima l’affermazione di C. cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 338, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche* (p. 317), secondo la quale «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»; si vedano, nello stesso senso, C. cost., 23 luglio 2011, n. 366, *ivi*, 1991, p. 2914; C. cost., 11 marzo 1993, n. 81, *ivi*, 1993, p. 731. In dottrina, per approfondire il tema, si vedano, fra gli altri, G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 506; T. BENE, *Riflessioni sulla sfera operatività della sanzione di cui all’art. 191 C.P.P.*, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 3164-3165; F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 75-82; E. GIRONI, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., c. 226; C. MAINARDIS, *L’inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 371; M. PISANI, *Note sul diritto delle prove penali*, in *Aa.Vv.*, *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, cit., p. 352; C. SANTORIELLO, *La legalità della prova*, cit., pp. 431-433. Cfr. anche le chiare affermazioni di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 639, il quale afferma: «esistono divieti probatori nella Costituzione? Che gli articoli 13 (libertà personale), 14 (domicilio inviolabile), 15 (corrispondenza libera e segreta) implichino l’irrelevanza processuale d’ogni prova ottenuta in modi lesivi degli interessi *de quibus*, è una fiaba».

Al di là del dibattito teorico, non si può negare che, anche in Italia, la giurisprudenza abbia attinto dalla fonte costituzionale per integrare la disciplina probatoria: non solo, infatti, come già si è accennato, i valori iscritti nella Legge fondamentale rappresentano un'insostituibile bussola per riconoscere le norme processuali il cui mancato rispetto rende opportuna l'estromissione della prova; laddove, poi, le disposizioni codicistiche tacciono sull'utilizzabilità di una prova lesiva di un diritto inviolabile, la regola di esclusione viene a volte direttamente estratta dal tessuto costituzionale.

Come è noto, infatti, un vero e proprio divieto probatorio è stato ricavato dalla riserva di legge di cui all'art. 14 Cost., per proibire il compimento di attività di acquisizione probatoria, limitative del diritto all'invulnerabilità del domicilio, che non siano state disciplinate dal legislatore nei "casi" e nei "modi". Il tema era quello delle videoriprese nel domicilio.

In questa sede, pare più che altro interessante ricordare il particolare ragionamento effettuato dalla Cassazione⁴¹².

Le Sezioni unite, anziché scegliere la via più facile e ricomprendere la Costituzione nel termine "legge" ex art. 191 c.p.p. – cosa che peraltro, in passato, avevano già fatto in materia di tabulati telefonici⁴¹³ – hanno preferito reinventare il ruolo dell'art. 189 c.p.p.⁴¹⁴, affermando che le «riprese visive di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare» sarebbero «inammissibili», piuttosto che inutilizzabili.

⁴¹² Ci si riferisce a Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26975, in *Guida dir.*, 2006, n. 33, p. 51. Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche in merito a questa sentenza, si vedano, fra gli altri, L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 44-45; C. CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, pp. 490-492; N. TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, pp. 151-154; G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011, pp. 152-154.

⁴¹³ Cfr. Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 465, con nota di G. MELILLO, *L'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico fra limiti normativi ed equivoci giurisprudenziali* (p. 473).

⁴¹⁴ In dottrina, si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 172-174, la quale, al fine di bloccare l'ingresso delle prove, lesive di diritto fondamentali, non disciplinate nei casi e nei modi dalla legge, teorizza un «principio di autosufficienza del sistema probatorio», basato proprio su una particolare interpretazione dell'art. 189 c.p.p.

Queste ultime, infatti, dovrebbero fare ingresso nel procedimento tramite l'art. 189 c.p.p., nelle vesti di prove atipiche; tuttavia, tale canale sarebbe loro *tout court* precluso, in quanto – come si legge in sentenza – «non può considerarsi “non disciplinata dalla legge” la prova basata su un'attività che la legge vieta»⁴¹⁵.

Questa spiegazione, nel suo complesso, pare abbastanza oscura.

La premessa è semplice: posto che tale attività investigativa non gode di una regolamentazione codicistica e quindi non soddisfa la riserva di legge di cui all'art. 14 Cost., deve considerarsi vietata. Giunta a tale approdo, però, invece di agganciarsi all'art. 191 c.p.p., la Corte di legittimità ha preferito sostenere che, in fondo, il fatto stesso di essere vietata a livello costituzionale renderebbe questa particolare forma di videoripresa anche “disciplinata dalla legge”, tanto da non consentirle più di rientrare nella categoria delle prove atipiche di cui all'art. 189 c.p.p.

Al di là della scarsa persuasività di tale percorso esegetico, ciò che più stupisce è la riluttanza della giurisprudenza ad ammettere un collegamento diretto tra fonte costituzionale e inutilizzabilità, tramite l'art. 191 c.p.p.; questa posizione desta meraviglia, soprattutto se si considera che, in Inghilterra, Germania e Francia, principi generali – quali la *fairness* – e diritti costituzionali – come il *principe de dignité* – spesso rappresentano gli architravi del meccanismo di esclusione probatoria.

Probabilmente, dietro la parsimonia italiana, si nasconde il timore che, espressamente sorretti da parametri tanto ampi, la categoria dei divieti e l'ambito di applicazione dell'inutilizzabilità finiscano per essere fuori controllo.

4. L'esclusione delle prove “derivate”

Finora, si è visto che l'esclusione – in qualsiasi ordinamento si realizzi – ha come effetto tipico l'impossibilità di usare la prova estromessa come elemento decisionale.

⁴¹⁵ Così, testualmente, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26975, cit., p. 51.

Cosa accade, invece, quando tali prove vengono utilizzate al fine di reperirne altre?

Si pensi al classico caso delle dichiarazioni estorte all'indagato con la violenza, attraverso le quali gli investigatori scoprono il luogo dove è stata nascosta l'arma del delitto; oppure ai risultati di intercettazioni illegittime, che consentono alla polizia giudiziaria di ottenere i nominativi di diversi possibili testimoni.

Questo uso – per così dire – “secondario” è consentito?

Il quesito è assolutamente fondamentale, posto che la risposta negativa potrebbe comportare effetti devastanti per il compendio probatorio: se il giudice del dibattimento dovesse escludere la prima prova della catena, potrebbe innescarsi un «effetto domino»⁴¹⁶, in grado di azzerare le *chance* dell'accusa di sostenere fondatamente la propria ipotesi.

Già si comprende, fin da questa premessa, come anche questo tema si risolva, sostanzialmente, nell'eterno confronto fra l'esigenza di accertare la commissione dei reati e l'effettiva tutela del diritto di difesa, nonché delle libertà fondamentali⁴¹⁷.

Come si vedrà, ogni sistema processuale adotta soluzioni specifiche, le cui differenze – ancora una volta – si basano sulle peculiarità dei congegni nazionali di esclusione probatoria.

Nella *common law* inglese, la “*fruit of the poisoned tree doctrine*”⁴¹⁸ pare godere di ben scarso credito; per capirne la ragione, d'altro canto, basta ricordare che quasi

⁴¹⁶ L'espressione è tratta da C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 262.

⁴¹⁷ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. pen. proc.)*, cit., p. 14.

⁴¹⁸ Conviene specificare che la dottrina statunitense dell'“albero avvelentato” non ha tanto di mira il rapporto fra le prove, quanto piuttosto quello fra la singola prova e l'antecedente violazione delle regole processuali, che ne ha – seppur indirettamente – consentito l'acquisizione; in altre parole, la prova “secondaria” viene esclusa, non perché è stata scoperta grazie alle informazioni tratte da un precedente elemento viziato, ma in quanto “deriva” comunque dalla condotta illegittima degli investigatori. Si vedano, ad esempio, le riflessioni di J.J. TOMKOVICZ, *Constitutional Exclusion. The Rules, Rights, and Remedies that Strike the Balance Between Freedom and Order*, Oxford, 2011, p. 31, il quale, spiegando la sorte delle «*derivative evidence*» acquisite in violazione della disciplina del Quarto emendamento in materia di perquisizione e sequestro, afferma che «*even if the later conduct that produced the evidence is constitutionally valid, the evidence falls within the presumptive scope of the Fourth Amendment exclusionary rule because its acquisition is causally linked to the earlier illegality*». Per ulteriori approfondimenti, cfr. anche L. CREMONESI, *Indagini e garanzie nel sistema americano*, Roma, 2010, pp. 31-33; T. MACLIN, *The Supreme Court and the Fourth Amendment's Exclusionary Rule*, Oxford, 2013, pp. 33-36; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Fano, 2012, pp. 263-275; G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, pp. 47-48.

tutte le prove sono considerate *admissible*, indipendentemente dal modo in cui sono state acquisite⁴¹⁹.

Anche il legislatore ha preso una netta posizione in tal senso, proprio in relazione a una delle poche prove formalmente *inadmissible*, ossia la confessione ottenuta mediante *oppression*, o in altre circostanze idonee a gettare dubbi sulla sua affidabilità.

Secondo la *section 76*, par. 4, infatti, «*the fact that a confession is wholly or partly excluded in pursuance of this section shall not affect the admissibility in evidence of any facts discovered as a result of the confession*».

In altre parole, come efficacemente riassunto in dottrina, «*the discovered evidence shall be admissible, notwithstanding that the confession is excluded*»⁴²⁰; l'arma del delitto potrà quindi essere legittimamente presentata come prova dal *prosecutor*.

L'unico limite risiede nel successivo par. 5, il quale stabilisce che «*evidence that a fact to which this subsection applies was discovered as a result of a statement made by an accused person shall not be admissible unless evidence of how it was discovered is given by him or on his behalf*»: l'accusa non può quindi esplicitamente rendere edotti il giudice, o la giuria, che le prove sono state scoperte proprio grazie alle dichiarazioni escluse⁴²¹. È, in fondo, la stessa situazione che si realizza, quando gli investigatori vengono a scoprire materiale probatorio attraverso una *hearsay evidence*, che, come si è visto, sarà inammissibile in dibattimento, ma è invece sicuramente utilizzabile a fini investigativi⁴²².

Il flessibile meccanismo inglese dell'*exclusionary discretion*, come al solito, offre però un'opportunità ulteriore: nulla impedisce al giudice di «*take the view, for example, that a deliberate use of violence in order to coerce the accused into revealing the location of a weapon or of prohibited goods had such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the evidence of the finding of the weapon or goods should not be admitted*»⁴²³; in un caso del genere, questi potrà quindi indubbiamente far uso del suo potere di cui alla *section 78 Police and Criminal Evidence Act* ed escludere la

⁴¹⁹ Cfr. J.R. SPENCER, *Evidence*, cit., p. 605.

⁴²⁰ Così, testualmente, R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 349.

⁴²¹ Cfr. A.L.-T. CHOO, *Evidence*, cit., p. 110.

⁴²² Si vedano, per questa riflessione, ancora R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., p. 349

⁴²³ Così si esprime I.H. DENNIS, *The law of evidence*, cit., p. 251.

derivative evidence, sebbene questa – conviene ribadirlo ancora una volta – resti sempre, di per sé, perfettamente *admissible*.

In Germania, ove vige un sistema di esclusione probatoria addirittura meno formalistico di quello d’Oltre Manica, il codice non si occupa in alcun modo della problematica in esame.

Di fronte a quest’ulteriore silenzio del legislatore, le *derivative evidence* finiscono, nella maggior parte dei casi, per non essere sottoposte ad alcun limite d’uso⁴²⁴.

Qualora, però, questa particolare forma di esclusione venga invece ritenuta possibile – ciò accade soprattutto nell’ipotesi di dichiarazioni estorte⁴²⁵ –, il principio del bilanciamento è ancora una volta il fulcro della decisione, che viene presa, di volta in volta, in base alle circostanze «del fatto concreto, alla gravità del divieto violato, alla efficacia causale delle conoscenze illegittime sul reperimento del dato»⁴²⁶.

Laddove, invece, la disciplina probatoria si appoggia a un sistema di invalidità codificato e le prove vengono escluse sulla base di un vizio, come accade anzitutto in Francia, la questione è molto più complessa.

Come si è visto, la nullità francese opera, generalmente, quando viene trasgredita una norma che impedisce di acquisire determinate prove, oppure indica come esse devono essere cercate, apprese, o formate. Il problema è che, a ben vedere, le prove scoperte grazie al contributo di precedenti elementi viziati possono anche essere perfette: l’audizione di un testimone, avvenuta nel pieno rispetto delle regole che ne disciplinano lo svolgimento, non può dirsi formalmente viziata, anche qualora la fonte sia stata scoperta durante un interrogatorio nullo. Insomma, in un caso del genere, serve una norma apposita che apponga l’invalidità originariamente propria del solo interrogatorio alla testimonianza perfettamente formata.

⁴²⁴ Cfr. P. HÜNERFELD, *Le droit allemand*, cit., p. 71; S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, cit., pp. 128 e 134-135.

⁴²⁵ Cfr. H.H. KÜHNE, *Germany*, cit., p. 156.

⁴²⁶ Così si esprime C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 39. Per un’analisi della giurisprudenza a tal riguardo, si vedano M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., p. 99; B. HUBER, *Criminal procedure in Germany*, cit., pp. 348-349; W. PAKTER, *Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*, cit., pp. 52-52; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 306; T. WEIGEND, *Germany*, cit., pp. 252-253.

È proprio per questa ragione che il codice di rito si occupa in maniera esplicita della questione⁴²⁷.

L'art. 174, comma 2, afferma infatti che «*la chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure*» e una regola analoga è sancita poco dopo dall'art. 206, comma 2, secondo cui «*si elle [la chambre de l'instruction] découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y échet, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure*».

In sostanza, queste due disposizioni – previste per la *chambre de l'instruction*, ma considerate pacificamente applicabili anche in dibattimento⁴²⁸ – attribuiscono al giudice il potere di “estendere” l'invalidità dalla prova originariamente invalida a quella successivamente scoperta⁴²⁹.

Il codice tace sul criterio cui fare riferimento per decidere se e quali elementi meritano di essere esclusi in via derivata.

Si ritiene, però, che, «*pour se déterminer, les juges adoptent, sans le dire toujours expressément, un critère tiré du lien de causalité entre l'acte vicié et les actes ou pièces ultérieurs*»⁴³⁰: in pratica, deve sussistere un «*rapport de subséquence*», nel senso che gli atti successivi possono essere invalidati, soltanto qualora trovino il loro «*support nécessaire*»⁴³¹ nel precedente elemento nullo; ad esempio, in un'unica catena, potrebbero addirittura essere annullati una perquisizione e un sequestro, resi possibile grazie alle dichiarazioni ottenute durante una *garde à vue*, a sua volta risultata nulla⁴³²; allo stesso modo, più semplicemente, verrà riconosciuta invalida una perizia i cui risultati si basino sull'analisi di prove nulle, o comunque *irrecevables*⁴³³.

⁴²⁷ Cfr., per un primo approfondimento, J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit. p. 723.

⁴²⁸ Si veda, in questo senso, J. PRADEL, *France: Procedural Nullities and Exclusion*, cit., p. 154.

⁴²⁹ In questo senso, si esprimono S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 1231.

⁴³⁰ Così si esprime J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 723.

⁴³¹ Cfr., in giurisprudenza, recentemente, Cass., ch. crim., 13 maggio 2015, n. 13-81284, in www.legifrance.gouv.fr; Cass., ch. crim., 5 novembre 2013, n. 13-82682, *ivi*; Cass., ch. crim., 20 luglio 2011, n. 11-81823, *ivi*. Cfr., in dottrina, S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 1231.

⁴³² Per questo e altri esempi, si vedano S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., pp. 1232-1233.

⁴³³ Per questi e altri esempi, cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 723.

Nel sistema processuale italiano, la situazione è ancora più complicata, perché le invalidità probatorie sono due.

Di nuovo, come già si è visto per l'ordinamento francese, si è posta la necessità di porre una specifica disposizione che consenta di invalidare gli atti successivi a quello viziato, i quali, – se formati nel pieno rispetto del proprio modello legale – appaiono, «isolatamente considerat[i]», «immun[i] da ogni difetto»⁴³⁴ e dunque perfetti ed efficaci⁴³⁵.

Una disciplina simile a quella transalpina esisteva già nel codice del 1930, il quale, all'art. 189, comma 1, affermava che «la nullità di un atto, quando è dichiarata, rende nulli quelli consecutivi che da esso dipendono».

Di questa norma, però, come è noto, è sempre prevalsa un'interpretazione piuttosto restrittiva: si affermava, infatti, che il concetto di dipendenza riguarda soltanto «gli atti necessari del procedimento uno dei quali sia condizione del valido compimento dell'altro»; le prove, «atti eventuali», che costituiscono «episodi autonomi» l'uno dall'altro, non avrebbero quindi potuto essere attinti da fenomeni d'invalidità derivata⁴³⁶.

La ragione di questa sostanziale differenza fra l'approccio francese e quello italiano è presto detta: come si è visto, infatti, l'art. 174, comma 2, del codice di rito francese afferma espressamente che l'invalidità derivata può interessare anche le *pièces*, le prove; la norma italiana, in cui si parlava genericamente di “atti”, si prestava sicuramente meglio a esegesi limitative come quella appena esposta.

Nemmeno l'entrata in vigore del nuovo codice sembra aver modificato questa situazione.

La disposizione, che ha preso il posto dell'art. 174, comma 2, ossia l'art. 185, comma 1, ne replica infatti quasi esattamente il contenuto, stabilendo che «la nullità

⁴³⁴ Così, si esprime, A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., p. 122, il quale afferma che «non vi è infatti alcuna delle caratteristiche dell'atto affetto da invalidità originaria che si trovi anche in quello affetto da invalidità derivata».

⁴³⁵ Sui rapporti fra validità, perfezione ed efficacia, si vedano, fra gli altri, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., pp. 19-21 e 55-66; N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, pp. 340-341.

⁴³⁶ Così si esprime F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1987, pp. 868-869. Cfr. anche ID., *Prove illecite*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 171; A. GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 935.

di un atto rende gli invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo». È quindi del tutto naturale che l'interpretazione maggioritaria sia rimasta identica: l'invalidità derivata continuerebbe a riguardare soltanto «sequele dinamiche necessarie»⁴³⁷ e «*ordo procedendi*»⁴³⁸ legislativamente prestabiliti, ma non gli atti probatori⁴³⁹.

D'altra parte, i codificatori, nel disegnare l'"inutilizzabilità" come «fenomeno tipico»⁴⁴⁰ conseguente alle violazioni della disciplina probatoria, non hanno fatto nulla per smentire questa tradizionale impostazione. Nessuna norma, riferita alla neo introdotta invalidità, lascia infatti presagire che essa possa propagarsi oltre la prova che ne è già affetta⁴⁴¹; inoltre, anche se si tentasse di accedere a un'esegesi meno restrittiva del "nesso di dipendenza" di cui all'art. 185, comma 1, c.p.p., tale da includere anche le prove⁴⁴², sembra comunque difficile prospettare un'applicazione analogica⁴⁴³: la materia delle nullità è stata racchiusa all'interno di

⁴³⁷ Così, testualmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 1192.

⁴³⁸ L'espressione è di M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 310.

⁴³⁹ Per un riassunto delle varie posizioni a tal riguardo, cfr. M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, cit., pp. 108-118. Si vedano anche D. CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 894; G.L. FANULI, *Le nullità nel processo penale*, Milano, 2013, pp. 153-155; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, pp. 268-272; S. PAREZZAN-M. PITTIRUTI, *Vizi e sanzioni in materia di prova*, in AA.VV., *'Incontri ravvicinati' con la prova penale*, cit., pp. 247-252; G. SPANGHER, «E pur si muove»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2827. Cfr. anche R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, cit., pp. 1785-1786; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 257-259; V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, pp. 195-198; V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 367, i quali ipotizzano una relazione di dipendenza "giuridica" quantomeno per quelle attività di acquisizione probatoria il cui compimento è consentito solo a seguito dell'emissione di un provvedimento motivato basato su prove.

⁴⁴⁰ Si veda G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delegate ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 558.

⁴⁴¹ Si vedano, in questo senso, T. BENE, *Riflessioni sulla sfera operatività della sanzione di cui all'art. 191 C.P.P.*, cit., p. 3162; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 630; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 181; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pp. 66-67; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 138.

⁴⁴² Si vedano, in questo senso, fra gli altri, E. BASSO, sub art. 185, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 366; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 9ª ed., Torino, 2014, p. 199.

⁴⁴³ Si vedano, in questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, cit., p. 1789; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 83. Sembra invece ipotizzare l'applicazione analogica A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 216. Cfr. anche M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, cit., pp. 286-288, secondo cui sarebbe ricavabile dall'art. 185, comma 1, c.p.p., «un principio generale

uno stretto principio di tassatività (art. 177 c.p.p.), il cui corollario principale è proprio il divieto di analogia⁴⁴⁴.

In sostanza, a guardare il codice, sembra davvero difficile immaginare l'inutilizzabilità come un'invalidità che si propaga; né, del resto, sembra si possano trarre indicazioni più confortanti in tal senso, esaminando la classica ipotesi in cui l'esistenza di tale fenomeno è stata teorizzata, ossia il rapporto fra perquisizione e sequestro⁴⁴⁵.

A tacer d'altro, pare sufficiente ricordare che la perquisizione è mera ricerca; l'apprensione di quanto eventualmente scoperto è regolata dalla disciplina del sequestro, il quale – pur rientrando formalmente fra i “mezzi di ricerca” – è stato infatti meglio definito come mezzo di «assicurazione delle prove»⁴⁴⁶. Pertanto, ribadito che la perquisizione non è una prova, ma soltanto un'attività finalizzata al loro reperimento, non si capisce in che modo la si possa qualificare “inutilizzabile” e, a maggior ragione, come possa trasmettere tale invalidità alle cose sequestrate⁴⁴⁷.

A ben vedere, infatti, proprio come avviene in Francia, l'unica invalidità, che può innescare il contagio fra perquisizione e sequestro, è la nullità; tuttavia, mentre il regime delle *nullité* consente ampi margini di manovra al giudicante, nel sistema italiano, possono sussistere maggiori problemi: intanto, si dovrà ricadere in una

suscettibile di applicazione anche per le altre sanzioni codificate»; nello stesso senso, seppur in relazione alla disposizione del vecchio codice, C. PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 615.

⁴⁴⁴ Cfr. G. DI CHIARA, *Le nullità*, in AA.VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1996, pp. 193-194; P. DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2011, p. 14; N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, cit., pp. 344-345; G. MARABOTTO, voce *Nullità nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, pp. 277-278.

⁴⁴⁵ Per approfondire la questione, si vedano, fra gli altri, I. BORASI, *Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 627; C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. pen. proc.)*, cit., p. 13; M. D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000, pp. 174-193; F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2177; R. GAMBINI, *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1291; O. LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, cit., p. 1126; R. MAGI, *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 68; F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1130; N. ROMBI, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2331; T. TREVISSON LUPACCHINI, *Il sequestro a fini probatori tra obbligatorietà dell'azione penale, inutilizzabilità della prova e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1993, c. 98.

⁴⁴⁶ Così, testualmente, M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, cit., p. 366.

⁴⁴⁷ Per ulteriori approfondimenti, si può vedere A. CABIALE, *L'inutilizzabilità “derivata”: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, n. 4, pp. 119-120.

delle ipotesi di cui all'art. 178, lett. c)⁴⁴⁸ e, in secondo luogo, bisogna rintracciare fra i due atti quel forte legame di dipendenza "giuridica" cui pare riferirsi l'art. 185, comma 1, c.p.p.⁴⁴⁹

Insomma, in questo contesto, in cui l'inutilizzabilità "derivata" non sembra trovare alcun solido appiglio né codicistico, né teorico, non stupisce per nulla il fatto che anche la giurisprudenza dominante si sia a più riprese rifiutata di applicare, in tale materia, «il principio, stabilito per le nullità dall'art. 185 c.p.p., della trasmissibilità del vizio agli atti consecutivi a quello dichiarato nullo»⁴⁵⁰.

Come giustamente rilevato in dottrina, infatti, quantomeno «di fronte a materiale la cui utilità probatoria appare indiscussa, qualunque sistema [sarebbe] restio a configurare una regola di esclusione fondata su una presunta trasmissione

⁴⁴⁸ In questo senso, si sono espresse Cass., sez. I, 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 649; Cass., sez. III, 28 febbraio 1994, Santi, in *Ced. Cass.*, n. 197316; Cass., sez. VI, 12 maggio 1994, Perri, *ivi*, n. 200053; Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1513 con nota di P. FELICIONI, *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prova illegittima e sequestro* (p. 514). In dottrina, sul punto, si vedano P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 526-540; R. MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 1941-1942; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali. Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 2005, pp. 10-11; N. ROMBI, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, cit., p. 2334.

⁴⁴⁹ Nel senso dell'esistenza di un tale rapporto, principalmente fondandosi sul disposto di cui all'art. 252 c.p.p. («le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260»), si sono espressi, L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., p. 1159; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 258; F.M. MOLINARI, *Invaldità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1140; M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezioni, perquisizioni e sequestro)*, in *AA.VV.*, *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 106; P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1253; R. MAGI, *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, cit., p. 77; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3952; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis*, cit., p. 1889. Per l'interpretazione opposta, si veda, su tutti, F. CORDERO, *Dialogo sulle prove*, in *Jus*, 1964, pp. 35-36.

⁴⁵⁰ Così si esprime Cass., sez. II, 7 dicembre 2011, n. 64, in *Guida dir.*, 2012, n. 15, p. 77. Nello stesso senso, si vedano, *ex multis*, Cass., sez. I, 26 maggio 1994, Scaduto, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2627; Cass., sez. II, 24 gennaio 1996, Agostino, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 85; Cass., sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, *ivi*, 1999, p. 1596; Cass., sez. II, 4 novembre 1997, Lugano, in *Giust. pen.*, III, 1998, c. 660; Cass., sez. II, 9 dicembre 1997, Meriani, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 471; Cass., sez. III, 10 febbraio 2004, n. 183, Mache e altri, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3945; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1258, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2013, con nota di F. ZACCHÉ, *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*. Per una ricognizione di alcune sentenze, che paiono esprimersi in senso diverso, si vedano N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., pp. 82-83; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 535.

del vizio da una prova all'altra attraverso un vincolo genetico per di più normativamente inespresso»⁴⁵¹.

Certo, però, questa situazione non può che lasciare palesemente insoddisfatti, soprattutto alla luce di quanto avviene in altri sistemi processuali, ove – seppur con meccanismi molto diversi fra loro – le prove “derivate” da elementi illegittimi, almeno nei casi più gravi, sembrano poter essere escluse⁴⁵².

⁴⁵¹ Così, testualmente, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, cit., p. 796.

⁴⁵² Si vedano, in proposito, le riflessioni di V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., pp. 369-370, il quale, in relazione al codice abrogato, affermava che «la garanzia derivante dalle norme prescritte a pena di nullità per la disciplina dell'interrogatorio [...] verrebbe ad essere in gran parte svuotata del suo significato ove potessero utilizzarsi a carico dell'imputato anche prove la cui acquisizione si ponesse (secondo l'ipotesi in esame) come il “frutto” dell'interrogatorio nullo». Si veda anche, nello stesso senso, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 41, secondo cui «se l'elemento di prova illegittimamente acquisito potesse comunque servire quale presupposto per ottenere ulteriori elementi di prova altrimenti non reperibili, verrebbe incentivata la violazione dei divieti probatori nella prospettiva di poter raggiungere, per questa via, un risultato spendibile nel processo».

PARTE II

Le regole di esclusione della prova nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

CAPITOLO I

Il trattamento di *hearsay*, *bad character* e *opinion evidence* in ambito convenzionale

SOMMARIO. 1. Premessa: il sistema probatorio convenzionale. – 2. L'*hearsay rule* secondo la Corte europea. – 3. (segue) Da *Al-Khawaja e Tahery c. Regno unito* a *Schatschaschwili c. Germania*. – 4. *Bad character* e *opinion evidence*.

1. Premessa: il sistema probatorio convenzionale

Finora, attraverso l'esame degli ordinamenti di Inghilterra, Francia, Germania e Italia, si è cercato di fornire una parziale visione d'insieme dei vari modi di disciplinare il fenomeno probatorio attualmente vigenti nel contesto europeo.

Da un lato, la tradizione accusatoria e quella inquisitoria paiono ben rappresentate dall'ordinamento inglese e da quello francese; dall'altro, il diritto delle prove tedesco e, in misura ancora maggiore, quello italiano, costituiscono chiari esempi della frequente contaminazione fra tali – tradizionalmente opposte – concezioni del processo.

Sebbene – a volte inaspettatamente – siano emersi taluni punti di contatto fra questi quattro ordinamenti, è parso anche evidente che le differenze rimangono considerevoli; il diverso grado di fiducia nel giudicante – o, meglio, nella sua capacità di discernere il valore delle prove e trovare un punto di equilibrio fra le esigenze del processo e quelle dell'imputato – induce ogni legislatore nazionale a

compiere peculiari scelte normative: la categoria delle prove ammissibili si dilata, o si restringe, così come mutano gli spazi riservati alla discrezionalità giudiziale.

Verranno ora esaminate le medesime tematiche, non dal punto di vista di un particolare ordinamento nazionale, ma da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, che - come è noto - è un'istituzione con caratteristiche piuttosto singolari.

Intanto, si tratta sempre e soltanto di un controllore, che sorveglia l'operato di altri giudici e non statuisce mai direttamente sulla fondatezza dell'accusa, limitandosi a verificare se il percorso procedimentale seguito per giungere alla decisione è stato conforme ai dettami convenzionali¹.

In secondo luogo, gli strumenti utilizzati per svolgere tale opera vengono attinti esclusivamente dalle essenziali indicazioni fornite dalla Convenzione: le caratteristiche delle normative nazionali, così come il loro rispetto da parte della autorità interne, sono spesso considerati fattori scarsamente rilevanti per la soluzione del caso².

¹ Cfr., da ultimo, C. eur., sez. I, 12 novembre 2015, *Sakit Zahidov c. Azerbaijan*, § 47, secondo cui «it is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, [...] whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole [...] were fair». Si vedano, nello stesso senso, *ex multis*, C. eur., sez. I, 17 gennaio 2012, *Alchagin c. Russia*, § 63; C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 95; C. eur., IV sez., 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, § 42. Allo stesso modo, come è noto, la Corte afferma sempre costantemente di non rappresentare un quarto di giudizio: si veda, da ultimo, C. eur., sez. III, 22 settembre 2015, *Nițulescu c. Romania*, § 43, secondo cui «the Court reiterates that its duty, pursuant to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court, unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention»; nello stesso senso, cfr. C. eur., sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, § 158; C. eur., sez. III, 12 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*, § 34; C. eur., sez. I, 13 marzo 2012, *Karpenko c. Russia*, § 80, in cui si afferma esplicitamente che «as to the remaining complaints raised by the applicant in his original application, the Court notes that it is not its task to act as a court of appeal or, as is sometimes stated, as a court of fourth instance, in respect of the decisions taken by domestic courts». In dottrina, per ulteriori approfondimenti, si vedano M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva d'istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3318; F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch. pen.*, 2013, pp. 3-13; R. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford-Portland, 2014, pp. 42-58; F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 88-91; M. LOMBARDO, voce *Obblighi internazionali in materia penale (convenzione cedu)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 408; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, pp. 82-86.

² Cfr. C. eur., sez. III, 15 aprile 2015, *Toran e Schymik c. Romania*, § 51, secondo cui «the Court's task is not to determine whether certain items of evidence were obtained unlawfully, but rather to examine whether such "unlawfulness" resulted in the infringement of another right protected by the Convention»; nello stesso senso, C. eur., Grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 52. Cfr., in dottrina, M.

Infine, paradossalmente, pur costituendo un giudice sovraordinato e “senza regole” – aspetti che, di per sé, sembrerebbero affidarle una cospicua libertà di azione –, la Corte europea tende frequentemente a cercare soluzioni di compromesso, ben più di quanto sia portata a fare un’ autorità giudiziaria nazionale; lo scopo della Convenzione, infatti, non è certo quello di appianare le diversità esistenti fra i quarantasette Stati membri del Consiglio d’Europa, naturalmente, sempre che queste ultime non si rivelino d’intralcio alla tutela dei diritti in essa consacrati³. Per quanto riguarda il materiale probatorio, poi, – e, a maggior ragione, le regole di esclusione – la situazione è ancora più complessa, poiché – come si è avuto modo di osservare – ciascun sistema nazionale cerca di contenere nel minimo indispensabile il numero di informazioni sacrificate lungo il percorso che conduce alla ricostruzione dei fatti.

Al fine di svolgere questo suo delicato ruolo di controllo sovranazionale in materia di prove, la Corte europea sembra muoversi sullo sfondo di una serie di premesse generali, che aprono, in maniera più o meno analoga, ogni suo arresto sul tema.

In primo luogo, quest’ultima tenta di porre un netto limite alla sua capacità di ingerenza: viene, infatti, frequentemente affermato che «*the admissibility of evidence is a matter for regulation by national law and the national courts*» e che «*the Court’s only concern is to examine whether the proceedings have been conducted fairly*»⁴.

Tale interpretazione, come è noto, si fonda su un’interpretazione meramente letterale del testo della Convenzione, il quale, pur garantendo, all’art. 6, «*le droit à un procès équitable*», in effetti, non fornisce alcuna espressa indicazione in merito alla questione dell’ammissibilità delle prove⁵.

CHIAVARIO, *La “lunga marcia” dei diritti dell’uomo nel processo penale*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 28; S. POWELS, *Evidence*, in AA.VV., *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*, a cura di M. Colvin-J. Cooper, Oxford, 2009, p. 312.

³ Cfr. C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 109.

⁴ Così, testualmente, C. eur., sez. IV, 4 giugno 2013, *Kostecki c. Polonia*, § 59. Si vedano anche, fra le altre, C. eur., sez. III, 10 luglio 2012, *Vigden c. Olanda*, § 38; C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 18.

⁵ Cfr. C. eur., sez. V, 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*, § 42: «*la Cour rappelle d'emblée qu’il ne lui appartient pas d’agir comme juge de quatrième instance, d’apprécier la légalité des preuves au regard du droit interne des Etats parties à la Convention et de se prononcer sur la culpabilité des requérants. En effet, si*

Sulla base di questo assunto, la Corte giunge quindi a sostenere di non essere legittimata a interferire nelle scelte normative in merito alle tipologie probatorie ammissibili, né di poter sindacare la decisione di un' autorità giudiziaria di acquisire una determinata prova, anche addirittura qualora si tratti di «*evidence obtained unlawfully in terms of domestic law*»⁶.

L'unico limite probatorio, per giudici e legislatori, imposto dal tessuto convenzionale, sarebbe appunto il rispetto del diritto – spettante in primo luogo all'imputato – allo svolgimento di un «equo processo».

Insomma, nella visione dei giudici strasburghesi, “equo” deve essere anche il modo in cui le prove vengono raccolte, formate e infine utilizzate; cosicché, sebbene la Convenzione – a detta di questi ultimi – si astenga dall'imporre aprioristicamente agli Stati aderenti la creazione di un particolare assetto normativo di regole di esclusione, nella singola fattispecie, l'acquisizione di una determinata prova potrebbe comunque apparire concretamente lesiva dell'equità processuale.

Oltre a proclamare il suo disinteresse per l'astratta questione delle prove ammissibili, la Corte europea ricorda anche costantemente che il giudizio sulla *fairness* della procedura verrà compiuto «*as a whole*», ossia tenendo conto dello svolgimento del giudizio in ogni suo aspetto. Pertanto, un singolo fattore – sebbene potenzialmente contrario alla *fairness* – potrebbe non rivelarsi dirimente ai fini del giudizio sulla conformità complessiva della procedura all'art. 6 Cedu, perché altri elementi della fattispecie concreta possono averne compensato gli effetti. Non dovrebbero quindi sussistere, di regola, condizioni indispensabili, la cui mancata realizzazione comporta automaticamente una violazione del diritto a un equo processo⁷.

la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit interne».

⁶ Così si esprime, da ultimo, C. eur., sez. I, 31 luglio 2014, *Jannatov c. Azerbaigian*, § 68. Si vedano, nello stesso senso, *ex multis*, C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 163; C. eur., sez. I, 11 dicembre 2008, *Panovits c. Cipro*, § 81; C. eur., Grande camera, *Jalloh c. Germania*, 11 luglio 2006, § 95.

⁷ Cfr., su tutte, C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 144, secondo cui «*traditionally, when examining complaints under Article 6 § 1, the Court has carried out its examination of the overall fairness of the proceedings by having regard to such factors as the way in which statutory safeguards have been applied, the extent to which procedural opportunities were afforded to the defence to counter handicaps that it laboured under and the manner in which the proceedings as a whole have been conducted by the trial judge*». Per approfondimenti, si vedano, in dottrina, anche per ulteriori

Questi sono due i pilastri che reggono ogni decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia probatoria; si tratta, in sostanza, da un lato, dell'abbandono della dicotomia – prettamente nazionale – fra prova ammissibile e inammissibile in favore di quella più flessibile fra processo *fair* o *unfair* e, dall'altro, dell'adozione di un tipo di giudizio avulso – quantomeno in via di principio – da valutazioni astratte.

Vedremo nel seguito della trattazione quanto questi concetti teorici trovino effettivamente attuazione nella giurisprudenza strasburghese e quali siano le eccezioni anche solo implicitamente stabilite.

Appare comunque innegabile una certa affinità fra il pensiero dei giudici europei e l'attuale conformazione del meccanismo inglese di esclusione probatoria⁸, in cui – come si è detto – a una stragrande maggioranza di prove, di fatto, *admissible*, fa da contraltare il potere-dovere del giudice escluderle, qualora, nel caso concreto, la loro ammissione comporti «*an adverse effect on the fairness of the proceedings*» (*section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984*).

In verità, il sistema “minimo” ricavabile dalle anzidette premesse della Corte europea pare ancora più semplice: non prevede alcuna *exclusionary rule* preventiva e la tenuta del diritto delle prove ruota esclusivamente intorno al potere giudiziale di escludere le prove lesive dell'equità processuale; in ipotesi, sembrerebbe allora pienamente aderente a questi dettami strasburghesi un codice di procedura penale che – lungi dal prevedere complesse reti di divieti probatori generali e speciali – si affidi completamente all'*exclusionary discretion* di matrice anglosassone, ponendo un'unica norma in tutto simile alla *section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984*.

indicazioni bibliografiche, M. CHIAVARIO, sub. art. 6, in AA.VV., *Commento alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Milano, 2011, p. 191; R. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 124-139; P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, pp. 22-28; M. VIERING, *Right to a fair and public hearing*, in AA.VV., *Theory and Practice on the European Convention on Human Rights*, a cura di P. van Dijk-F. van Hoof-A. van Rijn-L. Zwaak, 4^a ed., Antwerpen-Oxford, 2006, pp. 578-580; M. 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, cc. 854-855.

⁸ Cfr. A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 336-338.

Questa somiglianza non deve però essere scambiata per una presa di posizione in favore della disciplina probatoria di *common law*.

Semplicemente, i giudici europei – per apparire il meno possibile invasivi delle scelte dei singoli ordinamenti nazionali – avevano bisogno di approntare una base teorica per le proprie decisioni che, in primo luogo, non si scontrasse con i sistemi tradizionalmente più poveri di divieti probatori, come quello francese, ma che, comunque, le consentisse di stigmatizzare, nei casi sottopostole, ammissioni probatorie lesive dei diritti sanciti dalla Convenzione⁹.

L'ordinamento che, più di altri, combina queste caratteristiche è senza dubbio quello inglese; ovviamente, però, nulla impedisce che gli Stati aderenti adottino soluzioni diverse, purché siano in grado di soddisfare le indicazioni convenzionali¹⁰.

Sulla scorta di questa breve presentazione del modo in cui i giudici di Strasburgo affermano di ragionare, si tenterà ora di illustrarne la posizione in relazione ai due diversi ambiti esaminati nella parte precedente di questo lavoro: prima, verranno presi in considerazione quei limiti probatori che, in alcuni contesti nazionali, paiono finalizzati anzitutto a rendere più efficiente la ricerca della verità nel processo; dopodiché, l'attenzione verrà spostata sulle regole probatorie poste a tutela di interessi endoprocessuali o *extraprocessuali* diversi dall'accertamento dei fatti.

2. L'*hearsay rule* secondo la Corte europea

Nella Parte precedente, la questione dell'utilizzabilità delle prove dichiarative formate unilateralmente al di fuori del dibattimento è parsa fra le più

⁹ Per approfondire il tema delle difficoltà incontrate dalla Corte nell'opera di adattamento dei dettami convenzionali alle differenti tradizioni giuridiche, si vedano D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, 3^a ed., Oxford, 2014, p. 372.

¹⁰ Cfr. le chiare parole sul punto di S. LONATI, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della C.E.D.U.: una proposta de jure condendo*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012, secondo cui «la Convenzione europea, benché ispirata largamente alle tradizioni giuridiche di *common law*, non intende imporre un determinato modello processuale, sancendo regole uniformi di acquisizione delle prove».

dibattute della procedura penale, tanto da essere tradizionalmente considerata uno dei principali elementi che segna il solco fra i sistemi di stampo accusatorio e quelli di matrice inquisitoria¹¹.

L'escussione in giudizio dei testimoni – con o senza esame incrociato, ma in ogni caso con la presenza partecipativa dell'imputato o del suo difensore – rappresenta comunque una garanzia il cui valore viene in qualche modo riconosciuto all'interno di ognuno dei quattro ordinamenti esaminati in questa sede.

Si è anche detto, però, che, d'altra parte, l'uso di dichiarazioni "preformate", in assenza della parte privata, non è affatto un'eventualità rara; anzi, testimonianze indirette, documenti e verbali di atti investigativi veicolano sempre più spesso in giudizio tale tipo di prova, anche in quegli ordinamenti un tempo tipicamente orientati nella direzione opposta. Il sistema maggiormente restrittivo è parso, per certi versi, quello italiano, sebbene il divieto di acquisizione si concentri principalmente sulle dichiarazioni rese agli investigatori.

Insomma, il quadro è piuttosto sfaccettato, ma comunque, complessivamente, è emersa una chiara tendenza a recepire le prove dichiarative indipendentemente dal contesto di formazione, affidando poi al giudice il compito di soppesarne eventuali fragilità.

Se questa è la situazione attuale, le indicazioni provenienti dalla Convenzione potrebbero allora apparire decisamente anacronistiche: l'art. 6, par. 3, lett. d, nella sua prima parte, stabilisce, infatti, in maniera inequivocabile, che ogni accusato ha diritto di «interrogare o far interrogare i testimoni a carico», senza poi prevedere espressamente alcun tipo di eccezione.

È, in sostanza, come se, dall'art. 111 Cost., venissero eliminati il riferimento al «principio del contraddittorio nella formazione della prova» (comma 1) e le tre ipotesi eccezionali previste nel comma 5; una delle cosiddette «due "anime"»¹² del

¹¹ Cfr. Parte I, Cap. II, §§ 1 e 3.

¹² L'espressione è tratta da C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197. Sulla valenza della distinzione fra i due profili del principio del contraddittorio, si vedano anche, fra gli altri, E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17; M. DANIELE, *Primi contrasti sull'applicazione dell'art. 111 Cost. e sul principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2446; V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1287; G. LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*,

principio in questione sparirebbe¹³; rimarrebbe però intatta – divenendo anche inderogabile – quella specificamente connessa alla formazione delle prove dichiarative, secondo cui il metodo dialettico è anzitutto una «“garanzia soggettiva” legata all’esercizio del diritto di difesa dell’imputato»¹⁴.

Se questo fosse il testo dell’art. 111 Cost., le conseguenze sarebbero estremamente rilevanti: l’introduzione di meccanismi di recupero delle dichiarazioni unilateralmente rese agli investigatori sarebbe quasi del tutto illegittima.

Dovrebbero quindi apparire piuttosto evidenti anche i problemi che causerebbe la testuale attuazione della predetta lett. d: per quanto la Corte continui sistematicamente ad affermare che la Convenzione tace sull’ammissibilità delle prove, pare innegabile che il rigido rispetto di tale disposizione richiederebbe l’esclusione delle dichiarazioni rese da soggetti con cui la difesa non abbia mai potuto confrontarsi¹⁵. Molti sistemi processuali entrerebbero così in crisi, senza contare l’automatico – e dunque irragionevole – sacrificio dei vari interessi, ulteriori rispetto a quelli difensivi dell’imputato, che affiorano nel corso di un procedimento penale¹⁶.

La Corte europea non poteva certo accedere a una soluzione di questo tipo.

Per capirne la ragione, basta ricordare gli antefatti che hanno condotto al *revirement* della sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno unito*.

2009, p. 2055; O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 2014, p. 247; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388.

¹³ Si vedano le riflessioni di C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1451, secondo la quale ciò che «è stato inserito nel giusto processo costituzionale come canone oggettivo di funzionamento della macchina processuale, a garanzia innanzitutto della sua idoneità ad assicurare un prodotto conoscitivo attendibile, nella sua matrice sovranazionale è il contenuto di un diritto soggettivo e solo come tale viene tutelato».

¹⁴ Così, testualmente, V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell’imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3672.

¹⁵ Si veda, in questo senso, P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi ‘assenti’: criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 394.

¹⁶ Cfr. J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012, p. 335, secondo cui «a mandatory rule requiring that the defence be afforded the opportunity to challenge, in person, all witness whose evidence is produced by the prosecution, irrespective of its importance, would be to extreme».

Come è noto, la Corte suprema inglese – a fronte di una condanna subita dalla Corte di Strasburgo, in relazione all’acquisizione di alcune *hearsay evidence* – arrivò ad affermare che i giudici europei avessero agito «*without full consideration of the safeguards against an unfair trial that exist under the common law procedure*» e, sulla base di questa premessa, sostenne di poter procedere con l’applicazione del proprio diritto interno (il già esposto *Criminal Justice Act 2003*), senza tener conto delle regole stilate a Strasburgo¹⁷.

I giudici europei compresero subito la gravità di questo precedente, che rischiava di mettere a serio rischio la tenuta del sistema convenzionale, e decisero quindi di dare ascolto alle opinioni d’Oltre Manica.

Insomma, sembra difficile immaginare che la Corte europea sarebbe riuscita a promuovere un’applicazione rigida della lett. d e, una volta acquisita questa consapevolezza, ben si comprende la *ratio* della laboriosa opera esegetica su di essa compiuta, volta a mitigarne l’altrimenti severissimo contenuto.

¹⁷ Ci si riferisce a R. v. Horncastle [2009] UKSC 14, in www.supremecourt.uk; in sentenza, si legge, infatti, che «*in these circumstances I have decided that it would not be right for this court to hold that the sole or decisive test should have been applied rather than the provisions of the 2003 Act, interpreted in accordance with their natural meaning. I believe that those provisions strike the right balance between the imperative that a trial must be fair and the interests of victims in particular and society in general that a criminal should not be immune from conviction where a witness, who has given critical evidence in a statement that can be shown to be reliable, dies or cannot be called to give evidence for some other reason. In so concluding I have taken careful account of the Strasbourg jurisprudence. I hope that in due course the Strasbourg Court may also take account of the reasons that have led me not to apply the sole or decisive test in this case*». Per ulteriori approfondimenti su questa vicenda, si vedano, M. AURIEMMA, *Sulla prova “unica o determinante”*. Il caso *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, pp. 598-600; A. BALSAMO, “Processo equo” e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di cassazione italiana e della Corte suprema del Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4498-4500; M. BIRAL, *L’overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, pp. 205-206 e 209; B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD-A.L-T. CHOO-M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, Londra, 2012, pp. 606-608; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., p. 337; M. REDMAYNE, *Confronting Confrontation*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Oxford-Portland, 2012, pp. 283-284; J.R. SPENCER, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, 2^a ed., 2014, pp. 43-46 e 57-62; R. VOGLER, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, p. 181; F. ZACCHÈ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti (working paper)*. Nota a C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2012.

Al fine di raggiungere tale obiettivo, il baricentro della questione è stato nettamente spostato dal piano dell'ammissibilità dell'*hearsay evidence* a quello della sua valutazione¹⁸, sebbene, come vedremo fra poco, – almeno fino a poco tempo fa – l'eventualità che la mera ammissione di tale prova provocasse l'iniquità della procedura non fosse stata del tutto abbandonata.

In breve, il primo passo è consistito nella manipolazione del testo convenzionale: la facoltà di interrogare o far interrogare i testimoni a carico è stata declassata da diritto assoluto dell'imputato – come appare nel par. 3 dell'art. 6 Cedu – a «*specific aspect of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1*», di cui tenere semplicemente conto – al pari di ulteriori profili – in un più ampio giudizio sull'equità complessiva della procedura¹⁹.

Tale prerogativa difensiva è così divenuta una garanzia bilanciabile²⁰, preda del già citato metodo della valutazione globale²¹: nel valutare il procedimento «*as a whole*», la Corte ha infatti l'opportunità di prendere in considerazione anche interessi ulteriori rispetto a quelli dell'imputato quali, ad esempio, la repressione dei reati, o la protezione dei testimoni²².

¹⁸ Cfr. A. BALSAMO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio del contraddittorio: fra tradizione e innovazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3018. Si vedano anche C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 2, p. 10, la quale, a tal proposito, ricorda che «in ogni caso, pare lecito constatare che quel 'giardino proibito', dai cui pericoli da tempo si cerca di mettere in guardia, continua ad esercitare un intramontabile fascino»; M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 392; P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, cit., pp. 395-396.

¹⁹ Si veda C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118, secondo cui «*the Court notes that the guarantees in paragraph 3 (d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of this provision which must be taken into account in any assessment of the fairness of proceedings. In addition, the Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings*». Cfr., in dottrina, S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., p. 87, il quale afferma che «*regrettably, the Court has held in a number of cases that although some of the minimum guarantees had not been complied with, an evaluation of the proceedings as a whole revealed that the trial had nevertheless been fair*». Si vedano anche R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande camera ridefinisce la regola della 'prova unica o determinante'*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3116; S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2843.

²⁰ Si veda, in questo senso, M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., p. 199.

²¹ Cfr. A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2992.

²² Cfr. C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 101, in cui, oltre a ricordare che «*Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings*», viene ulteriormente precisato che, nel compiere tale valutazione, la stessa «*will look at*

In altri termini, la classica regola, spesso declamata, secondo cui all'accusato deve essere offerta «*une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur*»²³ non è affatto inderogabile: qualora emergano esigenze come quelle sopra richiamate, l'*hearsay evidence* può essere utilizzata come prova²⁴.

Tuttavia, i giudici europei hanno sempre cercato di fissare qualche limite a questa possibilità d'uso, tracciando una soglia, oltre la quale – indipendentemente dall'ulteriore interesse in gioco – il diritto di difesa verrebbe limitato in maniera incompatibile con i dettami dell'art. 6 Cedu²⁵.

Per diverso tempo, tale limite è consistito nell'impossibilità di utilizzare le dichiarazioni rese in un contesto privo di confronto come elemento unico o determinante per la condanna²⁶.

the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted [...] and, where necessary, to the rights of witnesses». Si veda anche C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118, secondo cui «*the Court will look at the proceedings as a whole having regard to the rights of the defence but also to the interests of the public and the victims that crime is properly prosecuted*». Si vedano, in dottrina, per approfondimenti, M. GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupária, Padova, 2015, pp. 24-29; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2014, pp. 53-64.

²³ La frase è tratta testualmente da C. eur., sez. I, 14 novembre 2013, *Blokhin c. Russia*, § 161.

²⁴ Cfr. D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., p. 483, i quali ricordano che «*with regard to trial proceedings neither the accused's right to cross-examine witness against him in court nor his right to call defence witnesses is absolute or unlimited*». Per ulteriori approfondimenti, si vedano AA.VV., *Fair Trial Rights*, 2ª ed., a cura di R. Clayton-H. Tomlinson, Oxford, 2010, p. 185; P. TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 884-886; M. VIERING, *Right to a fair and public hearing*, cit., p. 644; S. LONATI, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della C.E.D.U.: una proposta de jure condendo*, cit., pp. 6-7.

²⁵ Si veda, *ex multis*, C. eur., sez. III, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*, § 38, secondo cui «*all evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. However, the use in evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not in itself inconsistent with Article 6 §§ 1 and 3 (d), provided that the rights of the defence have been respected*». Si vedano anche C. eur., sez. I, 8 giugno 2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 55. Cfr., in dottrina, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1451; I. SCORDAMAGLIA, *Dell'impossibilità sopravvenuta di ripetizione dell'atto dichiarativo. Alla ricerca di un punto di equilibrio tra tutela del diritto al confronto e l'esigenza di non dispersione dei mezzi di prova*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 4154-4155; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., pp. 312-317.

²⁶ Cfr., fra le altre, C. eur., sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 40, in cui si afferma che, «*where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by*

A partire dalla già citata sentenza della Grande camera del 2011, però, come è noto, questa salvaguardia è stata rimodellata: il giudice può ora fondare la propria decisione sull'*untested evidence*, ma devono essere stati predisposti «*sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards, which permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place*»²⁷.

Oltre ovviamente alla facoltà per l'imputato di contestare in udienza la prova dichiarativa ammessa²⁸, svolgono questa funzione, per esempio, la presenza di riscontri²⁹, adeguate *direction* alla giuria³⁰, un'analitica motivazione³¹, la contestuale

Article 6». Per ulteriori approfondimenti, si vedano, in dottrina, A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 344-345; M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1008; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., pp. 338-359; E.N. LA ROCCA, voce *Prova (prospettive europee)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, pp. 844-847; S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Torino, 2008, pp. 195-269; S. MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, pp. 240-274; M. MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste*, in *Arch. pen.*, 2011, pp. 664-665; A. PAGLIANO, *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1531; ID., *Riflessioni in tema di letture acquisitive alla luce della recente giurisprudenza di legittimità. Storia di una sofferta ma non esaustiva conquista*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3580-3581; P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, pp. 69-73; P. SILVESTRI, *Le sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 872; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 79; ID., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2506-2507.

²⁷ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 161. In dottrina, per ulteriori approfondimenti, si vedano, R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande camera ridefinisce la regola della 'prova unica o determinante'*, cit., pp. 3126-3127; C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, cit., pp. 7-9; I.H. DENNIS, *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom*, *Commentary*, in *Criminal Law review*, 2012, pp. 376-378; D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., pp. 486-489; A. MARI, *Letture per sopravvenuta impossibilità di ripetizione e regole di valutazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 4, p. 156; J.R. SPENCER, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, cit., pp. 60-62; F. ZACCHÈ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti (working paper)*, cit., pp. 5-6.

²⁸ Si vedano C. eur., sez. IV, 16 dicembre 2014, *Horncastle e altri c. Regno Unito*, § 142; C. eur., sez. III, 9 luglio 2013, *Sică c. Romania*, § 71; C. eur., sez. I, 24 aprile 2012, *Damir Sibgatullin c. Russia*, § 57.

²⁹ Cfr. C. eur., sez. III, 9 luglio 2013, *Sică c. Romania*, § 76; C. eur., sez. I, 19 giugno 2012, *Hümmer c. Germania*, § 49-50; C. eur., sez. V, 6 dicembre 2012, *Pesukic c. Svizzera*, § 48.

³⁰ Si vedano C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 157.

³¹ Cfr. C. eur., sez. III, 9 luglio 2013, *Bobeş c. Romania*, § 46: «*la Cour constate que les juridictions internes ont accordé aux dépositions de G.V. le même poids qu'à une déclaration faite devant un tribunal sans s'y référer au risque qu'il y avait à se fier à un témoignage livré par une personne n'ayant pas été contre-interrogée*». Si vedano anche C. eur., sez. I, 3 luglio 2014, *Nikolitsas c. Grecia*, § 37; C. eur., sez. III, 25 febbraio 2014, *Văduva c. Romania*, § 48.

acquisizione della videoregistrazione del colloquio³², oppure il fatto che le dichiarazioni in questione siano state rese davanti un giudice³³, o che, comunque, nel contesto della loro assunzione, la difesa abbia potuto interagire – magari anche solo in via indiretta – con il dichiarante³⁴. A volte, in questa sede, ci si domanda anche se le autorità investigative – consapevoli della successiva impossibilità di sentire il dichiarante – avrebbero potuto allestire un confronto fra testimone e difesa nel corso delle indagini³⁵.

Accanto a questo nuovo e più permissivo limite d'uso, però, lo stesso arresto *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* aveva forgiato un preliminare limite di ammissibilità.

Si leggeva, infatti, in sentenza, che «*as a general rule, witnesses should give evidence during the trial and all reasonable efforts will be made to secure their attendance. Thus, when witnesses do not attend to give live evidence, there is a duty to enquire whether that absence is justified*»; in caso contrario, ossia «*when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined*», la Corte paventava anche l'eventualità di una diretta lesione della *fairness* processuale.

In pratica, per poter godere del favorevole regime d'uso sopra illustrato – che, in fin dei conti, consente di basare una sentenza sulle dichiarazioni di un

³² Cfr. C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 127, secondo cui «*an additional safeguard in that context may be to show, at the trial hearing, a video recording of the absent witness's questioning at the investigation stage in order to allow the court, prosecution and defence to observe the witness's demeanour under questioning and to form their own impression of his or her reliability*»; C. eur., sez. I, 14 novembre 2013, *Blokhin c. Russia*, § 173: «*les déclarations formulées par les témoins devant les autorités d'enquête n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement vidéo, ni le requérant ni ses juges n'ont pu observer le comportement des témoins pendant leur interrogatoire et se faire une opinion quant à leur fiabilité*».

³³ Si veda C. eur., sez. V, 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica ceca*, § 61-62.

³⁴ Si vedano C. eur., sez. I, 18 dicembre 2014, *Scholer c. Germania*, § 60; C. eur., sez. III, 15 ottobre 2013, *Şandru c. Romania*, § 67; C. eur., sez. I, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 65.

³⁵ Cfr. C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 157, secondo cui «*in such circumstances, it is vital for the determination of the fairness of the trial as a whole to ascertain whether the authorities, at the time of the witness hearing at the investigation stage, proceeded on the assumption that the witness would not be heard at the trial. Where the investigating authorities took the reasonable view that the witness concerned would not be examined at the hearing of the trial court, it is essential for the defence to have been given an opportunity to put questions to the witness at the investigation stage*». Si veda anche C. eur., sez. I, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 61. Si può tuttavia rilevare come tale profilo non abbia molto a che fare con le garanzie compensative dell'acquisizione di una prova dichiarativa formata in un contesto privo della partecipazione difensiva. Il mancato svolgimento di un contraddittorio anticipato in fase investigativa andrebbe piuttosto configurato come una diretta inosservanza di quel primario dovere degli Stati membri – che la giurisprudenza europea cita continuamente, ma poi finisce spesso per trascurare – di offrire all'imputato l'opportunità di confrontarsi con l'accusatore.

soggetto il quale, per varie ragioni, non è mai stato condotto davanti alla difesa – il giudice nazionale doveva aver messo in campo ogni ragionevole sforzo al fine di consentire lo svolgimento dell'esame del dichiarante nel corso del giudizio. Soltanto qualora ciò non fosse stato possibile, si sarebbe potuto procedere all'acquisizione delle dichiarazioni precedenti in sostituzione della testimonianza³⁶.

La giurisprudenza successiva sembrava aver accolto in maniera piuttosto compatta le indicazioni provenienti dalla Grande camera³⁷: se le ragioni alla base della mancata deposizione dibattimentale non si rivelavano sufficientemente solide, i giudici strasburghesi erano inclini a dichiarare l'iniquità della procedura, spesso addirittura senza procedere alle successive verifiche in merito al peso attribuito alla prova dichiarativa acquisita e alla presenza delle già illustrate garanzie compensative³⁸.

L'indicazione di massima era infatti che *«when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings, allowing the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort»*³⁹.

Così, ad esempio, in caso di irreperibilità del testimone, la Corte controllava se le autorità giudiziarie nazionali avessero fatto *«tout ce que l'on pouvait*

³⁶ Si veda A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2840.

³⁷ Cfr. ancora, in questo senso, A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, cit., p. 2837.

³⁸ Cfr., in particolare, C. eur., sez. I, 18 dicembre 2014, *Efendiye v. Azerbaijan*, § 47: *«therefore, taking into consideration that no good reason has been shown for the failure to have R.M. examined, the Court finds that the applicant's defence rights were limited to an extent incompatible with the guarantees of a fair trial»*; C. eur., 3 luglio 2014, *Nikolitas v. Grecia*, § 35: *«or, de l'avis de la Cour, le seul fait que ces témoins résidaient à l'étranger ne saurait en soi constituer une impossibilité absolue de recueillir leurs témoignages en présence de la défense. Par conséquent, aucun "motif sérieux" n'est invoqué pour justifier ce manquement aux droits de la défense. Conformément à la jurisprudence de la Cour, cet élément suffit, à lui seul, pour constater la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention»*; C. eur., sez. I, 11 giugno 2013, *Rudnichenko v. Ucraina*, § 109: *«the foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there were no reasons, let alone good reasons, for the restriction of the applicant's right to obtain the examination of the witness whose testimony had been used for his conviction. In these circumstances, the Court does not consider it necessary to proceed with the second part of the test as to whether the applicant's conviction was based solely or to a decisive degree on B.'s depositions»*. Si vedano, nello stesso senso, C. eur., sez. III, 10 febbraio 2015, *Colac v. Romania*, § 50; C. eur., sez. III, 10 aprile 2012, *Gabrielyan v. Armenia*, §§ 84-86. Non sono mancati comunque casi in cui, pur rilevando l'assenza di una buona ragione per la mancata escussione del testimone in dibattimento e per la contestuale acquisizione delle sue dichiarazioni precedenti, la Corte abbia comunque voluto procedere nell'esame della fattispecie per verificarne la complessiva equità: si vedano, in questo senso, C. eur., sez. II, 23 giugno 2015, *Balta e Demir v. Turchia*; C. eur., sez. III, 25 febbraio 2014, *Văduva v. Romania*; C. eur., sez. III, 15 ottobre 2013, *Şandru v. Romania*.

³⁹ Così si esprime C. eur., sez. I, 27 febbraio 2014, *Lučić v. Croazia*, § 73.

raisonnablement attendre d'elles pour localiser le témoin concerné et si elles n'ont pas manqué de diligence dans leurs tentatives d'assurer sa présence à la barre»⁴⁰.

Nel caso di testimoni anonimi, che non erano stati sentiti in dibattimento per tenerne nascosta l'identità, si verificava l'effettiva necessità di tanta cautela⁴¹; controlli simili venivano svolti anche nei casi in cui la deposizione dibattimentale non avesse avuto luogo per tutelare le vittime di reati sessuali⁴², oppure perché i dichiaranti apparivano per varie cause intimoriti⁴³.

Se, invece, il testimone era impossibilitato a comparire in giudizio per infermità, o per la lontananza della sede giudiziaria, ci si interrogava sul possibile svolgimento della deposizione con metodi alternativi, ad esempio, tramite videoconferenza, oppure in luogo diverso dall'aula d'udienza⁴⁴.

Soltanto nel caso in cui la persona da sentire fosse deceduta⁴⁵, o avesse esercitato la facoltà concessagli dalla legge di non rispondere⁴⁶, l'esistenza delle predette "good reason" veniva riconosciuta con particolare generosità.

Prima dell'arresto *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, invece, questa verifica preliminare non si svolgeva con altrettanta frequenza: quasi sempre, ci si limitava a controllare se all'imputato fosse stata concessa, in qualche momento del procedimento, la possibilità «*de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs*» e, poi, qualora ciò non fosse avvenuto, si sondava il peso delle precedenti dichiarazioni di questi ultimi ai fini della condanna⁴⁷.

⁴⁰ Così, testualmente, C. eur., sez. V, 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*, § 48.

⁴¹ Cfr. C. eur., sez. V, 18 dicembre 2014, *Scholer c. Germania*, §§ 52-57; C. eur., sez. III, 6 dicembre 2012, *Pesukic c. Svizzera*, §§ 46-47.

⁴² Si vedano C. eur., sez. I, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 56; C. eur., sez. III, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*, § 47.

⁴³ Si veda C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 159.

⁴⁴ Cfr. C. eur., sez. III, 9 luglio 2013, *Bobes c. Romania*, §§ 39-43.

⁴⁵ Si vedano C. eur., sez. IV, 16 dicembre 2014, *Horncastle e altri c. Regno Unito*, § 140; C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 153.

⁴⁶ Si vedano C. eur., sez. V, 19 giugno 2012, *Sievert c. Germania*, § 60; C. eur., sez. III, 10 giugno 2012, *Vigden c. Olanda*, § 42.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, in questo senso, C. eur., sez. I, 27 febbraio 2011, *Lucà c. Italia*; C. eur., sez. I, 17 febbraio 2011, *Kononenko c. Russia*; C. eur., sez. I, 21 ottobre 2010, *Kornev e Karpenko c. Ucraina*; C. eur., sez. II, 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*; C. eur., sez. III, 21 ottobre 2008, *Nehyet Günay e altri c. Turchia*; C. eur., sez. I, 12 luglio 2007, *Kovač c. Croazia*; C. eur., sez. I, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*; C. eur., sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*; C. eur., sez. I, 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*. Non sono comunque mancati casi - anche prima dell'arresto *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* - in cui la Corte ha riconosciuto una lesione dell'art. 6 Cedu sulla base del solo fatto che non fossero stati compiuti sforzi adeguati per assicurare l'esame dibattimentale del testimone (si veda, ad esempio, C. eur., sez. V, 12

Dopo l'attenuazione della "sole or decisive rule", in sostanza, la Corte europea sembrava aver voluto recuperare in fase di ammissione, quanto concesso in sede di utilizzazione e il *trial* – sede tipica di assunzione delle prove dichiarative – aveva acquistato un rilievo fino ad allora inedito⁴⁸.

Questo era lo stato dell'arte fino al nuovo intervento della Grande camera del 15 dicembre 2015, con la sentenza *Schatschaschwili c. Germania*.

Interpellata da un ricorrente, le cui censure in merito alla mancata audizione in giudizio delle due vittime erano state respinte dalla quinta sezione, la Corte europea, nella sua composizione più autorevole, sembra infatti essersi spinta ben oltre la risoluzione del caso concreto, giungendo a sconfessare quella parte maggioritaria della propria giurisprudenza che aveva, fino ad allora, condotto in maniera rigida il sopra esposto *test* sulla sussistenza di valide ragioni per l'omissione dell'esame dibattimentale dei testimoni.

Per quel che interessa in questa sede, sostanzialmente ci si è chiesti se davvero «*the lack of a good reason for a witness's non-attendance (first step of the Al-Khawaja test) entails, by itself, a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, without it being necessary to examine the second and third steps of the Al-Khawaja test*»⁴⁹.

Per smentire la necessaria automaticità fra l'esito negativo del "first step" e il riconoscimento di una violazione dell'art. 6 Cedu, la Grande camera ha riproposto lo stesso argomento che aveva utilizzato, esattamente quattro anni prima, per attenuare la "regola della prova unica o determinante": se – si legge in sentenza – lo scopo dell'arresto *Al-Khawaja e Tahery c. Regno unito* era quello di «*abandon an indiscriminate rule and to have regard, in the traditional way, to the fairness of the proceedings as a whole*», sarebbe paradossale accettare la creazione di una regola con analoghi effetti in relazione alla «*lack of a good reason for a witness's non-attendance*»⁵⁰.

aprile 2007, *Pello c. Estonia*, §§ 34-35), oppure perché le motivazioni addotte dalla corte nazionale a sostegno della scelta di non far comparire il dichiarante in udienza si erano rivelate insufficienti (cfr. C. eur., 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Olanda*, §§ 61-62).

⁴⁸ Cfr. F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. merito*, 2008, suppl. al n. 12, *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, p. 127, il quale ricorda che, effettivamente, l'art. 6 Cedu, di per sé, non richiede che il confronto fra l'accusato e l'accusatore «avvenga nell'aula di udienza e in pubblico».

⁴⁹ Si veda C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 111.

⁵⁰ Cfr. C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 112.

Il ragionamento è stato quindi piuttosto semplice: una volta negato che l'uso decisivo delle dichiarazioni precedenti sia *ex se* sufficiente per far scattare l'iniquità del processo, non avrebbe alcun senso trarre la medesima conseguenza dal solo fatto che la mancata escussione dibattimentale del testimone non sia sorretta da solide motivazioni.

In altri termini, la Grande camera ha cercato di rilevare una presunta illogicità nel suo precedente arresto, in cui si affermava in un punto, quanto era invece stato negato in un altro.

Sulla base di questa premessa, la conclusione è stata quindi piuttosto scontata: sebbene rappresenti «*a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial*», «*the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial*»⁵¹; è vero – ribadisce infine la Corte – che si tratta di un profilo da approfondire, di regola⁵², “preliminarmente”, ma soltanto «*in a temporal sense*», il cui esito non impedisce quindi affatto di continuare il vaglio della vicenda processuale, in cerca di una «*overall fairness of the trial*»⁵³.

3. (segue) *Da Al-Khawaja e Tahery c. Regno unito a Schatschaschwili c. Germania*

Il cambiamento apportato tramite questo nuovo arresto della Grande camera sembra essere piuttosto consistente.

La sentenza *Al-Khawaja and Tahery c. Regno unito* – in maniera più o meno consapevole – aveva inaugurato lo sviluppo di una nuova regola di esclusione, che, grazie all'apporto della giurisprudenza successiva, aveva assunto una forma così

⁵¹ Ci si riferisce sempre a C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 113.

⁵² La Grande camera ha comunque precisato che, in determinate circostanze, l'ordine della verifica tripartita può essere anche compiuto in maniera diversa; si veda ancora C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 111: «*it may therefore be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings*».

⁵³ Così si esprime ancora C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 117.

riassumibile: non possono essere acquisite le dichiarazioni rese da una persona che la difesa non ha mai potuto interrogare o far interrogare, salvo che vi siano “valide ragioni” per ometterne l’esame dibattimentale⁵⁴.

Soltanto una volta giustificatamente ammesse, infatti, tali dichiarazioni potevano eventualmente essere utilizzate come prova decisiva, seppur con i limiti d’uso sopra esposti, a garanzia dei diritti di difesa dell’accusato.

Ora questa regola di esclusione non c’è più.

Le “*good reason*” non sono più una condizione essenziale per l’equa ammissione delle dichiarazioni precedenti e costituiscono soltanto uno dei variegati fattori di cui la Corte europea dovrà tener conto all’interno della valutazione tripartita sulla complessiva *fairness* del processo.

I “rischi” più evidenti di questo nuovo assetto sono molteplici.

In primo luogo, il dibattimento potrebbe perdere quel ruolo privilegiato che aveva da poco conquistato, tornando a essere soltanto una delle sedi in cui indifferentemente può svolgersi il confronto fra accusato e accusatore; in secondo luogo, se si tiene presente il fatto che proprio il giudizio è spesso l’unico momento processuale in cui la difesa ha l’opportunità di interrogare – o far interrogare in sua presenza – i testimoni a carico, l’acquisizione di *untested evidence* potrebbe subire un forte incremento; infine, è probabile che la Corte europea torni a comportarsi come faceva prima dell’arresto del 15 dicembre 2011, ossia focalizzando sin da subito la propria attenzione sugli effetti dell’ammissione della prova, anziché concentrarsi anzitutto sulle ragioni dell’ammissione in sé.

Insomma, è forse presto per dirlo, ma pare proprio che – per certi versi – si sia voluto compiere un balzo indietro di quattro anni e sta di fatto che, d’ora in poi, le autorità giudiziarie nazionali saranno legittimate ad acquisire le dichiarazioni precedenti, in sostituzione della testimonianza “fresca”⁵⁵, senza addurre particolari

⁵⁴ Cfr. C. eur., Grande camera, 11 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 120, in cui si afferma che «*the requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined*».

⁵⁵ L’espressione è tratta da M.J. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 100.

motivazioni, o assumere ogni iniziativa ragionevolmente esigibile per assicurare la partecipazione del testimone al giudizio. La *fairness* processuale potrà infatti essere recuperata anche altrove.

Le motivazioni espressamente addotte a sostegno di questa svolta non paiono del tutto soddisfacenti.

Certo, come rilevato nella sentenza *Schatschaschwili c. Germania*, il precedente orientamento non era esente da imperfezioni: se le dichiarazioni precedenti, pur ammesse senza «*motifs sérieux*», non venivano poi utilizzate – o comunque il loro uso restava marginale – una dichiarazione d’iniquità poteva in effetti manifestare un’eccessiva intransigenza⁵⁶.

È ben noto, però, come questa giustificazione possa essere invocata esclusivamente in relazione a quei sistemi in cui la sentenza è sempre motivata; solo in tal caso, infatti, sembra possibile verificare con cura come è stato utilizzato il materiale probatorio, sebbene – va ricordato – nulla assicura che il giudice abbia del tutto ignorato le prove non menzionate fra le sue argomentazioni. Laddove, invece, il verdetto è immotivato, oppure scarsamente motivato, una prova dichiarativa ammessa senza una valida ragione può essere determinante per la condanna, senza che sia sempre facile rendersene conto. Per questi sistemi, in sostanza, la conservazione di una qualche forma di tutela preventiva era certamente auspicabile⁵⁷.

D’altra parte, a meglio considerare, le preoccupazioni, che hanno maggiormente indotto la Corte europea a promuovere questo ulteriore abbassamento di tutela, sembrano essere ben altre rispetto a quelle chiaramente manifestate.

È infatti piuttosto probabile che, a lungo andare, la regola di esclusione sopra descritta – ormai in via di definitivo consolidamento nella giurisprudenza strasburghese – avrebbe generato gravi problemi esegetici.

In primo luogo, tale limite probatorio si poneva in evidente contrasto con la classica – e già ricordata – affermazione della Corte, secondo cui «*the admissibility of*

⁵⁶ Cfr. C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 112.

⁵⁷ Cfr. Parte I, Cap. II, par. 8.

evidence is a matter for regulation by national law and the national courts and the Court's concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings»⁵⁸.

Sebbene l'ampio parametro dei «*motifs sérieux*»⁵⁹, che dovevano obbligatoriamente sorreggere la mancanza della deposizione dibattimentale, accordasse un abbondante margine di discrezionalità, non si può proprio negare che i giudici europei avessero statuito in una materia della quale formalmente sostengono da sempre di non occuparsi: affermare che l'ammissione di una prova, in mancanza di determinati presupposti, comporta l'iniquità del processo non è poi molto diverso dal dire che la sua ammissione, all'in fuori di tali ipotesi, è vietata⁶⁰; semplicemente, in quest'ultimo caso, viene esposta la regola, ma non si precisa la sanzione, mentre, nella prima ipotesi, il divieto resta sottinteso ed è direttamente precisata la conseguenza della sua violazione (l'iniquità del processo).

In secondo luogo, anche al di là di questa importante incongruenza tra forma e sostanza dei ragionamenti della Corte, ancora più problematico era il delicato ambito del diritto delle prove in cui tale regola di esclusione stava andando a innestarsi: è infatti appena il caso di ricordare – come già più volte posto in rilievo – che l'*hearsay rule* soffre di un'evidente fase recessiva, anche in quei che sistemi che più ne facevano applicazione.

Non è infatti un caso che la Grande camera, nella sentenza in esame, abbia vistosamente enfatizzato la necessità di «*have regard to substantial differences in legal systems and procedures, including different approaches to the admissibility of evidence in criminal trials*», ribadendo, peraltro, che il compito dei giudici della Convenzione non sia «*to review the relevant legislation in the abstract*», ma «*to examining the issues raised by the case*»⁶¹.

⁵⁸ Così si esprime, *ex multis*, C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118.

⁵⁹ L'espressione è tratta da C. eur., sez. III, 7 gennaio 2014, *Prăjină c. Romania*, § 49.

⁶⁰ Cfr., in questo senso, R. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 61, il quale sostiene che «*the dichotomy that determining whether certain types of evidence are admissible is not the role of the Court, but determining the fairness of the proceedings as a whole is the role of the Court*», «*obscures the possibility that a ruling on the fairness of proceedings might, implicitly or explicitly, involve ruling on admissibility*».

⁶¹ C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 109; la sentenza continua poi affermando che «*when examining cases, the Court is of course mindful of the differences between the legal systems of the Contracting Parties to the Convention when it comes to matters such as the admission of evidence of an absent witness and the corresponding need for safeguards to ensure the fairness of the*

In breve, con tutta probabilità, si cominciava a temere l'insorgenza di un nuovo "caso *Horncastle*" e si è dunque deciso di giocare d'anticipo, al fine di evitare nuovi e pericolosi strappi con qualche sistema nazionale, che avrebbero costretto un'altra volta la Corte a un – sicuramente meno autorevole – compromesso postumo.

Qual è stato, però, il prezzo di questo atteggiamento? Ovvero, cosa resta ora della lett. d?

L'impressione è che di quella granitica norma, che ci si legge nel testo dell'art. 6 Cedu, sia rimasto ben poco.

La prerogativa dell'accusato di «interrogare o far interrogare i testimoni a carico» ha infatti subito una completa metamorfosi.

I giudici europei, anziché garantire il confronto con l'accusatore, si limitano a controllare che la sua mancata attuazione non causi un'"iniqua" compressione del sottostante diritto di difesa.

In altri termini, il criterio del "pregiudizio effettivo" si è manifestato, in questo contesto, nella sua massima espansione: anche la totale inosservanza della regola convenzionale resta priva di sanzione, se, tutto sommato, l'imputato non ne ha subito un irragionevole svantaggio⁶².

Non importa quindi se tale confronto non si realizza, né interessano - d'ora in poi - le specifiche ragioni per cui ciò non è avvenuto; quel che conta è che l'imputato sia stato altrimenti posto nelle condizioni di controbattere alle accuse e

proceedings». Affermazioni simili erano già presenti nell'arresto della Grande camera del 2011, sebbene, in quel caso, si fosse fatto riferimento specifico all'ordinamento inglese, allora esaminato; si veda C. eur., Grande camera, 11 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 126, secondo cui «*it is not the Court's task to consider the operation of the common-law rule against hearsay in abstracto or to consider generally whether the exceptions to that rule which now exist in English criminal law are compatible with the Convention. As the Court has reiterated [...], Article 6 does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law*».

⁶² Cfr. R. APRATI, *Il sistema delle nullità alla luce dell'art. 6 C.E.D.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 235-236; P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, cit., p. 35, secondo la quale «il modello di lesività è, quindi, paradigmatico del giudizio della Corte di Strasburgo sia sulla norma interna, sia su quella convenzionale. Il modello di legalità/tipicità è, invece, proprio del diritto interno». Si veda anche, specificamente in relazione all'inosservanza dell'art. 6, par. 3, lett. d, M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., p. 199.

che il giudice si sia adoperato per saggiare l'affidabilità delle precedenti dichiarazioni eventualmente acquisite.

4. (segue) *Bad character e opinion evidence*

Oltre alle disposizioni che impongono l'esclusione delle prove dichiarative formate al di fuori del dibattimento, l'esame degli ordinamenti processuali di Inghilterra, Italia, Germania e Francia ha comportato l'illustrazione di altre *exclusionary rule* volte ad assicurare – almeno nelle intenzioni – una migliore ricostruzione dei fatti⁶³.

Mentre l'*hearsay rule* è tradizionalmente finalizzata all'estromissione di elementi poco affidabili, cui – si teme – potrebbe essere attribuito un erroneo valore dimostrativo, diversi istituti vietano l'uso come prova di alcune informazioni, ritenute potenzialmente in grado di minare l'obiettività del giudicante e generare indebiti pregiudizi. Ci si riferisce, in particolar modo, ai precedenti penali dell'imputato e alle sue condotte di vita – il cosiddetto *bad character* –, nonché alle valutazioni personali dei testimoni, manifestate durante la deposizione – l'*opinion evidence*.

Curiosamente, però, al contrario di quanto avviene all'interno di alcuni sistemi nazionali, i giudici europei non sembrano finora aver preso in considerazione la possibilità di promuovere quantomeno un uso limitato di siffatti dati conoscitivi.

Per quanto riguarda, in primo luogo, il *bad character*, già la Commissione, nel 1965, preferì non esprimersi sulla questione.

Il ricorrente lamentava che, al *prosecutor*, fosse stato consentito di esporre dettagliatamente ai giurati i particolari delle sue precedenti condanne. L'autorità strasburghese – chiamata a valutare l'equità di siffatta procedura – si limitò a ritenere «*necessary to take into consideration the practice in different countries which are members of the Council of Europe; whereas it is clear that in a number of these countries*

⁶³ Cfr. Parte I, Cap. II, §§ 2 e 3.

information as to previous convictions is regularly given during the trial before the court has reached a decision as to the guilt of an accused; whereas the Commission is not prepared to consider such a procedure as violating any provision of Article 6 (Art. 6) of the Convention, not even in cases where a jury is to decide on the guilt of an accused»⁶⁴.

In sostanza, siccome, nella maggior parte degli Stati aderenti alla Convenzione, questo tipo di informazioni viene abitualmente fornito al giudice, la Commissione non ritenne opportuno nemmeno entrare nel merito del problema: più che una legittimazione di tale pratica, sembrava un *non possumus*.

Successivamente, le cose non sembrano essere affatto cambiate.

In molte sentenze, la Corte – durante l'illustrazione della vicenda processuale – precisa espressamente che il giudice nazionale, per prendere la sua decisione, si è affidato a prove di *bad character* e, in particolare, alle *previous conviction*, senza che poi tale circostanza venga in alcun modo stigmatizzata⁶⁵.

In un caso, in cui, d'altra parte, il ricorrente aveva espressamente lamentato la violazione dell'art. 6 Cedu, a causa della «*admission in the main trial of evidence attempting to show his "bad character" and concerning his involvement in other criminal investigations*», la questione è stata risolta semplicemente affermando che «*the applicant's submission was left undeveloped and unsubstantiated*»⁶⁶.

Recentemente, infine, in un caso in cui le condanne penali dell'imputato erano state lette in udienza dal giudice mentre esaminava un testimone, non è stata rilevata alcuna iniquità, in quanto nulla suggeriva che tale gesto fosse finalizzato a «*exert pressure on witness*»⁶⁷.

Non sembra pertanto residuare alcun dubbio sul fatto che la Corte europea ammetta l'uso di prove di *bad character*, senza che ciò comporti specifici sospetti di iniquità⁶⁸.

⁶⁴ Così, testualmente, Com. eur., 14 dicembre 1965, X. c. Danimarca, reperibile in www.echr.ketse.com.

⁶⁵ Cfr., *ex multis*, C. eur., sez. IV, 16 dicembre 2014, *Horncastle e altri c. Regno Unito*, § 24; C. eur., sez. IV, 20 dicembre 2011, *Hanife Khan c. Regno Unito*, § 15; C. eur., sez. V, 22 maggio 2008, *Sheremetov c. Bulgaria*, § 25; C. eur., sez. V, 10 agosto 2006, *Yordanov c. Bulgaria*, § 14; C. eur., 20 novembre 1989, *Kostovski c. Olanda*, § 18; C. eur., 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*, § 23.

⁶⁶ Così, testualmente, C. eur., sez. V, 11 dicembre 2008, *Panovits c. Cipro*, §§ 87-88.

⁶⁷ Ci si riferisce a C. eur., sez. III, 1 dicembre 2015, *Sazanov c. Russia*, § 41.

⁶⁸ Cfr. J.R. SPENCER, *Evidence of Bad Character*, 2ª ed., Oxford-Portland, 2009, p. 14, il quale afferma che la giurisprudenza strasburghese «*contains no suggestion that admitting evidence of the defendant's bad*

Lo stesso può dirsi dell'*opinion evidence*.

In particolare, nel caso *Donohoe c. Irlanda*, i giudici strasburghesi hanno ritenuto rispettoso dell'art. 6 Cedu un procedimento penale in cui la condanna si era fondata anche – sebbene non in via esclusiva – sull'*opinion evidence* (da loro chiamata anche «*belief evidence*») di un testimone, il quale, peraltro, aveva formato la propria convinzione attraverso informazioni “privilegiate”, che non erano quindi state rivelate all'imputato⁶⁹.

In più di un'occasione, inoltre, nemmeno l'uso di perizie riguardanti la capacità e la tendenza a delinquere del ricorrente sembra essere stato considerato fonte di possibili lesioni della *fairness*⁷⁰.

Insomma, a questo punto, una domanda è d'obbligo: perché la Corte di Strasburgo ha elaborato una copiosissima giurisprudenza in materia di *hearsay evidence* e pare invece essersi sostanzialmente disinteressata delle prove di *bad character* e di *opinion*?

I motivi sono probabilmente tre.

Innanzitutto, – come ha ben rilevato la Commissione, seppur specificamente in relazione al solo *bad character* – si tratta di limiti probatori che non godono di unanime apprezzamento negli ordinamenti processuali. Vero è che, in molti contesti, nemmeno l'*hearsay rule* trova effettiva applicazione; tuttavia, non si può negare che una certa sensibilità verso i valori dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio sia comunque piuttosto diffusa, cosicché l'intervento della Corte europea, in quest'ultimo ambito, viene più facilmente tollerato. Per dirla diversamente, a oggi, potrebbe apparire più facile chiedere ai francesi di limitare l'uso delle prove dichiarative *extradibattimentali*, che imporgli la rinuncia all'*enquête de personnalité*, o al tradizionale interrogatorio dell'imputato in merito alle sue condanne precedenti.

character is contrary to the notion of a fair trial». Si vedano, nello stesso senso, B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD-A.L-T. CHOO-M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, cit., pp. 609-610; S. POWELS, *Evidence*, cit., p. 327.

⁶⁹ Ci si riferisce a C. eur., sez. V, 12 dicembre 2013, *Donohoe c. Irlanda*, §§ 73-87.

⁷⁰ Cfr., C. eur., sez. V, 19 settembre 2013, *H.W. c. Germania*, § 8; C. eur., sez. V, 22 marzo 2012, *Rangelov c. Germania*, § 9; C. eur., sez. V, 19 aprile 2012, *B. c. Germania*, § 15.

In secondo luogo, è la stessa Convenzione a esigere espressamente una qualche tutela per il diritto al confronto con l'accusatore e tale circostanza non poteva certo essere trascurata dai giudici strasburghesi; le altre due *exclusionary rule* sopra citate non sembrano invece potersi fregiare di uno specifico aggancio convenzionale e potrebbero tutt'al più trovare un fondamento nella multiforme nozione di *fairness*, che la giurisprudenza europea ha riempito dei contenuti più svariati.

La terza ragione è però forse quella dirimente.

Si è già accennato che l'*hearsay rule* ha una doppia "anima", che ben si intravede nell'art. 111 Cost.

Il metodo dialettico nella formazione delle prove dichiarative, tipico della sede dibattimentale, svolge infatti due funzioni, sicuramente connesse, ma comunque nitidamente distinguibili: da un lato, è uno strumento del processo, che tende ad assicurare il buon esito dell'accertamento dei fatti, in vista della ricerca della verità; dall'altro, costituisce un diritto soggettivo dell'imputato, esplicitazione essenziale del diritto di difendersi dalle accuse da altri formulate nei propri confronti.

Fra queste due "anime", ai giudici di Strasburgo sembra interessare prevalentemente la seconda: come si è visto, infatti, secondo questi ultimi, non è tanto importante, in sé, un effettivo confronto con l'accusatore; condizione essenziale di equità è soltanto il rispetto del diritto di difesa dell'imputato, anche se esercitato in altro modo⁷¹.

Ecco allora perché le *exclusionary rule* relative alle prove di *bad character* e di *opinion*, non vengono ritenute meritevoli di tutela in vista della realizzazione di un "equo" processo; esse, di per sé, integrano prevalentemente la prima delle due funzioni sopra accennate, nel senso che rappresentano in prima battuta «garanzie

⁷¹ Cfr., in questo senso, F.R. DINACCI, *Verso quale nomofilachia? L'irripetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 388, secondo cui «il contraddittorio europeo si colloca al di fuori di quello strumento conoscitivo diretto a garantire un sentiero epistemologicamente corretto. Viene meno quell'efficacia euristica che la Costituzione gli attribuisce e si riduce la formula del contraddittorio ad un principio di doverosa "contestazione"». Si vedano anche C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1451; R.E. KOSTORIS, *Il diritto di «interrogare o far interrogare» i testimoni: Convenzione europea dei diritti dell'uomo e processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 806-809.

oggettive»⁷² del processo, pensate anzitutto per favorire un'obiettiva ricostruzione fattuale.

A ben vedere, con tutta probabilità, la Corte europea sarebbe disposta a intervenire in questo ambito, soltanto qualora, nella singola fattispecie, venisse per l'appunto leso il diritto di difesa: si potrebbe pensare, ad esempio, al caso in cui venga negata all'imputato l'opportunità di ribattere all'opinione del testimone, o di svolgere le proprie considerazioni sui precedenti penali, oppure la condanna si fondi unicamente su siffatti elementi.

In sostanza, sembra di capire che i giudici strasburghesi preferiscano tenersi lontani da complesse questioni epistemologiche sul metodo migliore per raggiungere la verità. L'importante è che le scelte degli ordinamenti e delle loro corti non si ripercuotano negativamente sulle prerogative difensive dell'imputato; soltanto in quest'ultimo caso, infatti, il processo rischierà di essere dichiarato "iniquo"⁷³.

⁷² L'espressione è tratta da E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, cit., p. 17.

⁷³ Cfr. D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., p. 492, secondo cui «as to the mechanism of the trial process, the Court has been far less intrusive. Given the great diversity of practice in European criminal justice systems concerning, for examples, the rules of evidence, the Court has allowed considerable discretion as to means, requiring only that the outcome of the procedure followed is a fair trial».

CAPITOLO II

La protezione dei diritti fondamentali dell'accusato

SOMMARIO. 1. Le prove acquisite in violazione della "legalità convenzionale". - 2. Il diritto all'assistenza tecnica. - 3. Il diritto all'assistenza linguistica. - 4. Il divieto di tortura. - 5. Il diritto al rispetto della vita privata. - 6. «*The right not to be incited to commit a crime*». - 7. Le valvole di sicurezza del sistema: il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione. - 8. (segue) L'approccio casistico della Corte. - 9. La violazione "derivata" dei diritti convenzionali. - 10. Il diritto a un uso "equo" della prova.

1. *Le prove acquisite in violazione della "legalità convenzionale"*

Nella Parte precedente di questo lavoro si è tentato di distinguere diverse categorie di regole sulle prove⁷⁴.

Nella prima, sono stati collocati gli strumenti volti a garantire un'efficiente ricostruzione dei fatti e, dunque, a rendere più probabile il raggiungimento della verità.

L'altra contiene invece limiti probatori, la cui funzione principale è disciplinare e delimitare i poteri degli investigatori e del giudice, nell'espletamento dei loro compiti di accertamento fattuale. In quest'ultimo caso, pertanto, non viene agevolata la ricerca del vero, ma piuttosto si proteggono altri valori, come il diritto di difesa dell'imputato, la sua integrità fisica, oppure la libertà del domicilio e delle comunicazioni.

Questa duplice veste del diritto delle prove non si è però manifestata nella giurisprudenza di Strasburgo.

Le regole sopra esaminate sembravano possedere un solo volto e - seppur con importanti concessioni ad altre esigenze, quali l'interesse pubblico alla

⁷⁴ Cfr. Parte I, Cap. I, § 3.

repressione dei reati e quello della vittima alla punizione del colpevole⁷⁵ – erano finalizzate soprattutto alla tutela delle prerogative difensive.

Ciò che invece accomuna il sistema convenzionale e gli ordinamenti interni è la creazione di un insieme di prescrizioni relative alla ricerca e alla formazione delle prove.

La Corte europea, infatti, sembra aver cercato di elaborare una sorta di «principio di legalità della prova»⁷⁶ basato su una fitta trama di diritti, la cui violazione può effettivamente avere conseguenze sul piano probatorio.

Non sempre, però, questo accade. Proprio come nei sistemi nazionali, a volte, l'inosservanza delle regole non produce effetti sull'utilizzabilità delle prove ottenute.

Il solo confine, che non può mai essere superato, come ora vedremo, è di nuovo rappresentato dalla *fairness* processuale⁷⁷.

2. Il diritto all'assistenza tecnica

⁷⁵ Cfr., in questo senso, le parole di C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 101, secondo cui «*the Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings [...]. In making this assessment the Court will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted [...] and, where necessary, to the rights of witnesses*».

⁷⁶ L'espressione è tratta da F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 243. Si vedano anche, fra gli altri, C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, p. 614; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 15, il quale parla di «concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio»; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 521; P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, Torino, 2014, pp. 25-27. Nel sistema francese, come si è visto, si parla invece, con un'espressione simile, di «*légalité dans l'administration de la preuve*»; cfr., in questo senso, S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, Parigi, 2014, p. 501; si veda anche A. ATAYA, *La légalité des moyens de preuve*, t. 1, *La légalité des moyens de preuve dans le procès pénal en droit Français et Libanais*, Saarbrücken, 2014, p. 68.

⁷⁷ Cfr., in questo senso, C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 97, nella quale la Corte spiega che «*when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully. However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights*».

Il diritto dell'indagato, consacrato dall'art. 6, par. 3, lett. c, Cedu, «*to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be*», è descritto dalla giurisprudenza di Strasburgo come «*one of the fundamental features of a fair trial*»⁷⁸.

Se l'accusato fosse privato di tale facoltà, si afferma, il procedimento nei suoi confronti rischierebbe di svolgersi «*without an adequate representation of the case for the defence*»⁷⁹.

Il difensore, peraltro, non è considerato solo il garante dell'effettività delle garanzie difensive; la sua opera di assistenza include anche il ruolo di «*'watchdog' of procedural regularity, both in the public interest and for his client*»⁸⁰, soprattutto «*in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies*»⁸¹.

Data la fondamentale importanza attribuita a questa figura, non possono quindi stupire gli sforzi da sempre profusi dai giudici della Convenzione per estendere il diritto all'assistenza tecnica a ogni singolo momento delle attività procedurali⁸².

Negli ultimi anni, in particolare, come è noto, la Corte si è prodigata soprattutto al fine di ottenere il definitivo riconoscimento della facoltà per l'accusato di richiedere la presenza del proprio difensore sin dai primi contatti con gli inquirenti.

Le ragioni che hanno indotto la Grande camera, nella sentenza *Salduz c. Turchia*, a compiere questo decisivo passo sono senza dubbio pienamente condivisibili⁸³.

⁷⁸ Così si esprime C. eur., Grande camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 91. Si vedano, nello stesso senso, fra le altre, C. eur., sez. I, 3 novembre 2011, *Balitskiy c. Ucraina*, § 37; C. eur., sez. I, 13 febbraio 2014, *Petrina c. Croazia*, § 47; C. eur., sez. I, 19 novembre 2015, *Mikhaylova c. Russia*, § 77.

⁷⁹ Così, testualmente, C. eur., sez. I, 20 gennaio 2005, *Mayzit c. Russia*, § 65.

⁸⁰ Così si esprimono, testualmente, D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., p. 474.

⁸¹ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 54.

⁸² Per ulteriori approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in merito al ruolo del difensore e ai momenti in cui ne deve essere garantita l'assistenza, si vedano di R. CHENAL-A. TAMIETTI, sub art. 6, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012, pp. 234-236; M. CHIAVARIO, sub. Art. 6, cit., pp.226-233; M. VIERING, *Right to a fair and public hearing*, cit., pp. 638-642; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., pp. 66-71.

⁸³ Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*.

In questa iniziale fase del procedimento, l'indagato è posto di fronte alla necessità di prendere importanti decisioni, che possono avere significative ripercussioni sull'esito del giudizio: si pensi, ad esempio, al codice di rito italiano, che consente la lettura delle dichiarazioni precedenti rese dall'imputato, in caso di assenza in dibattimento o di rifiuto di sottoporsi all'esame (art. 513 c.p.p.); oppure alla già citata *section 34 Criminal Justice and Public Order Act 1984*, la quale – in breve – prevede esplicitamente la possibilità di utilizzare come elemento di prova a carico il silenzio dell'accusato di fronte alle domande poste degli investigatori.

In secondo luogo, soprattutto nei casi di privazione della libertà personale – ad esempio, a seguito di arresto – il sospettato si trova in una situazione di particolare vulnerabilità; cosicché, la presenza del difensore, non solo è d'ausilio per la comprensione della strategia processuale più opportuna, ma dovrebbe anche garantire la libertà di autodeterminazione di colui che, in tali delicate circostanze, viene richiesto di rispondere agli addebiti provvisoriamente formulati nei suoi confronti⁸⁴.

Sulla base di queste solide premesse, la Corte europea, nella sua più autorevole composizione, ha enunciato la seguente regola: «*in order for the right to a fair trial to remain sufficiently "practical and effective" [...], Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right*»⁸⁵; il sospettato avrebbe dunque il diritto di ottenere l'ausilio della difesa tecnica in ogni interrogatorio investigativo⁸⁶, a meno che gravi motivazioni rendano necessaria l'assenza del difensore.

La Grande camera, però, – ed è stata questa la vera novità⁸⁷ – non si è affatto fermata a tale astratta petizione di principio.

⁸⁴ Cfr. C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 54.

⁸⁵ Ci si riferisce ancora a C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 55.

⁸⁶ La giurisprudenza successiva ha ritenuto che tale garanzia vada applicata non solo all'interrogatorio condotto dalla polizia giudiziaria, ma anche a quello della magistratura inquirente; cfr., in questo senso, C. eur., sez. V, 9 aprile 2015, *A.T. c. Lussemburgo*, § 65.

⁸⁷ A meglio considerare, infatti, una regola simile era già stata stabilita molti anni prima dalla Corte europea, sebbene, in quell'occasione, la sua violazione non fosse stata accompagnata da alcuna "sanzione" probatoria, come invece avvenuto in quest'ultimo arresto. Cfr. C. eur., Grande camera, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 63, secondo cui «*national laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the*

Anche quando la restrizione dell'accesso al difensore è giustificabile – si è precisato – non deve comunque compromettere «*the rights of the accused under Article 6*», i quali, in ogni caso, risultano irrimediabilmente pregiudicati «*when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction*»⁸⁸.

Le parole utilizzate nella sentenza *Salduz c. Turchia* erano dunque piuttosto chiare: le dichiarazioni rese dall'indagato privo di assistenza difensiva non devono mai essere utilizzate dal giudice nazionale per la condanna, nemmeno qualora «*compelling reasons*» legittimino la deroga al dettato dell'art. 6, par. 3, lett. c, Cedu⁸⁹.

Nonostante ciò, la giurisprudenza successiva ha interpretato in più di un modo questa regola probatoria.

In qualche sentenza, è stata addirittura dichiarata l'iniquità della procedura per il solo fatto che mancasse una buona ragione per negare l'assistenza difensiva⁹⁰.

Nella maggior parte dei casi, invece, dopo aver riscontrato un'ingiustificata compressione del diritto di cui alla predetta lett. c e la contestuale insussistenza di una valida rinuncia alla difesa tecnica⁹¹, la Corte si addentra nella fattispecie concreta, per capire se le dichiarazioni acquisite durante l'interrogatorio abbiano influito negativamente sulla decisione del giudice nazionale.

Il vaglio effettuato sembra piuttosto stringente.

Dalle dichiarazioni rese in assenza del difensore non deve essere desunto alcun elemento sfavorevole alla posizione dell'imputato⁹²: l'iniquità del

defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances Article 6 (art. 6) will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation».

⁸⁸ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 55.

⁸⁹ Cfr. D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., p. 474.

⁹⁰ Cfr., da ultimo, C. eur., sez. I, 30 aprile 2015, *Shamardakov c. Russia*, § 167: «*la Cour a déjà jugé que lorsqu'il a été constaté que la restriction du droit du requérant à un avocat n'était pas justifiée, elle n'a, en principe, pas besoin de rechercher quel effet cette restriction a eu sur l'équité de la procédure dans son ensemble*». Nello stesso senso, in precedenza, C. eur., sez. I, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*, § 81.

⁹¹ Per approfondimenti circa le condizioni di validità della rinuncia, si vedano C. eur., sez. II, 1 ottobre 2013, *Aksin e altri c. Turchia*, § 50; C. eur., sez. II, 31 maggio 2012, *Diriöz c. Turchia*, § 35.

⁹² Si vedano, ad esempio, C. eur., sez. IV, 2 marzo 2014, *Adamkiewicz c. Polonia*, § 91; C. eur., sez. V, 15 novembre 2012, *Yerokhina c. Ucraina*, § 72; C. eur., sez. II, 3 febbraio 2009, *Amutgan c. Turchia*, § 18; C. eur., sez. I, 11 dicembre 2008, *Panovits c. Cipro*, § 86.

procedimento viene infatti dichiarata anche qualora non si sia trattato della prova decisiva per la condanna⁹³; addirittura, è stata individuata una lesione dall'art. 6 Cedu, nel fatto che il giudice avesse utilizzato siffatte prove dichiarative – pur in sé prive di contenuti incriminanti – per dimostrare la scarsa credibilità dell'imputato, incline a cambiare più volte versione dei fatti⁹⁴. Inoltre, non viene considerata sufficiente a ristabilire la *fairness*, l'opportunità, concessa al ricorrente, di ritrattare le affermazioni compiute in precedenza e contestarne l'affidabilità davanti al giudice del dibattimento⁹⁵.

Le valutazioni si fanno invece ben più generose nelle – seppur rarissime – ipotesi in cui viene riconosciuta l'esistenza di «*compelling reasons*» a fondamento del momentaneo diniego dell'accesso al difensore: il giudizio di equità tiene infatti conto di un insieme eterogeneo di fattori fra i quali «*the general legislative framework applicable and any safeguards it contains*»; «*the quality of the evidence, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy*»; «*the procedural safeguards applied during the criminal proceedings, and in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use*»; «*the strength of the other evidence in the case*»⁹⁶.

⁹³ Cfr. C. eur., sez. V, 17 dicembre 2015, *Sobko c. Ucraina*, § 59; C. eur., sez. I, 28 ottobre 2010, *Leonid Lazarenko c. Ucraina*, § 57.

⁹⁴ Cfr., in questo senso, C. eur., sez. V, 9 aprile 2015, *A.T. c. Lussemburgo*, § 72: «*certes, il [il ricorrente] a nié les faits dans leur intégralité et n'a pas fait de déclarations incriminantes. Toutefois, la Cour souligne l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès [...]. En l'espèce, après avoir relaté les déclarations du requérant recueillies devant la police, le juge d'instruction et lors des audiences, le tribunal a mentionné que l'intéressé changeait constamment de 'version'*».

⁹⁵ Cfr. C. eur., sez. II, 23 marzo 2010, *Hakan Duman c. Turchia*, § 51: «*the Court further observes that the applicant had access to a lawyer during the ensuing criminal proceedings, when he had the possibility of challenging the prosecution's arguments. Nevertheless, in convicting the applicant, the Bursa Criminal Court gave weight to the applicant's statements which he had later retracted and which had been obtained during the pre-trial investigation in the absence of a lawyer. Neither the assistance subsequently provided by a lawyer nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defects which had occurred while the applicant was in custody*». Si vedano, nello stesso senso, fra le altre, C. eur., sez. I, 13 marzo 2014, *Pakshayev c. Russia*, § 31; C. eur., sez. III, 17 dicembre 2013, *Potcovă c. Romania*, § 31; C. eur., sez. I, 24 gennaio 2012, *Nechto c. Russia*, § 112; C. eur., sez. II, 1 febbraio 2011, *Desde c. Turchia*, § 133; C. eur., sez. I, 1 aprile 2010, *Pavlenko c. Russia*, § 119; C. eur., sez. II, 13 ottobre 2009, *Fikret Çetin c. Turchia*, § 37.

⁹⁶ Cfr. C. eur., sez. IV, 16 dicembre 2014, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 196. Nel caso di specie, vari soggetti erano stati arrestati con l'accusa di terrorismo ed erano stati sentiti immediatamente dopo l'arresto senza la presenza del difensore per due ragioni: in primo luogo, si temeva che fossero stati innescati alcuni ordigni pronti a esplodere; in secondo luogo, si voleva evitare che gli indagati potessero in quale modo comunicare fra di loro, magari anche per mezzo dei propri difensori.

In questo caso, è stata quindi recepita un'interpretazione piuttosto dubbia degli insegnamenti contenuti nella sentenza *Salduz c. Turchia*, la quale, come si è visto, pareva considerare sempre iniquo l'uso delle prove dichiarative formate senza l'apporto della difesa tecnica.

Recentemente, peraltro, un'apertura simile è stata concessa anche dalla Grande camera per il caso in cui l'interrogatorio si svolga in presenza di un difensore non scelto dall'indagato⁹⁷.

Ci si è serviti di un ragionamento in due fasi: anzitutto, la Corte ha controllato se, «*in the light of the particular circumstances of each case*», fossero individuabili «*relevant and sufficient grounds for overriding or obstructing the defendant's wish as to his or her choice of legal representation*»; in secondo luogo, pur avendone accertato l'insussistenza, ha comunque proceduto a una valutazione della «*overall fairness of the criminal proceedings*», nel corso della quale ha considerato, fra l'altro, «*the nature of the proceedings*», «*the circumstances surrounding the designation of counsel and the existence of opportunities for challenging this*», «*the effectiveness of counsel's assistance*» e, infine, «*the trial court's use of any statements given by the accused*»⁹⁸.

Si tratta comunque di una fattispecie molto diversa da quella appena sopra esaminata: il dichiarante è comunque assistito da un difensore e non si trova – seppur con giusta causa – da solo davanti agli investigatori. Non sembra quindi esserci spazio per ritenere che, con questo nuovo arresto, la Grande camera abbia voluto avallare pratiche distorsive dei severi canoni originariamente stabiliti con la decisione *Salduz c. Turchia*.

Nel complesso, a parte queste rare eccezioni, va comunque riconosciuto alla Corte europea di aver finora agito con grande fermezza, assumendo una posizione intransigente, che l'ha posta in serio contrasto con diversi ordinamenti firmatari della Convenzione.

A differenza di quanto accaduto in merito al diritto al confronto con l'accusatore, però, non sono stati i giudici europei a dover gradamente fare passi indietro per adattarsi alle legislazioni nazionali; al contrario, sembrano essere

⁹⁷ Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 20 ottobre 2015, *Dvorski c. Croazia*.

⁹⁸ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 20 ottobre 2015, *Dvorski c. Croazia*, § 82.

queste ultime ad aver compreso l'importanza del diritto di cui i primi tentavano di promuovere definitivamente la consacrazione.

A tal proposito, può essere sufficiente ricordare la riforma della *garde à vue*, portata a termine dal legislatore francese nel 2011⁹⁹, con la quale – proprio sulla spinta della sentenza *Salduz c. Turchia* e di quella, di poco successiva, *Brusco c. Francia*¹⁰⁰ – è stato sancito il diritto del difensore di partecipare all'*audition* del sospettato¹⁰¹.

Prima di procedere oltre, è ancora necessaria una precisazione circa la natura della regola probatoria elaborata dalla Grande camera.

La prescrizione secondo cui «*the rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction*», sembra classificabile come un criterio di valutazione della prova: lo specifico riferimento all'«uso per la condanna» lascia infatti pensare che le dichiarazioni in questione possano essere inserite nel compendio probatorio, seppur con il limite di non poterne dedurre argomentazioni a discapito dell'imputato¹⁰².

⁹⁹ Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche, si vedano S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., pp. 579-582, che parlano, a proposito degli insegnamenti dell'arresto *Salduz c. Turchia* come di una «*leçon conventionnelle*»; S. QUATTROCOLO, *Uno sguardo oltralpe: profili generali della recente riforma francese della garde à vue*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, p. 295. Per l'attuazione della regola anche in altri Paesi, si veda, ad esempio, A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Oxon, 2014, pp. 90-94.

¹⁰⁰ Cfr. C. eur., sez. V, 14 ottobre 2010, *Brusco c. Francia*, § 54, in cui, tra i fattori che hanno fondato la condanna della Francia per violazione dell'art. 6 Cedu, parr. 1 e 3, viene anche ricordato il fatto che «*le requérant n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue, délai prévu à l'article 63-4 du code de procédure pénale (paragraphe 28 ci-dessus). L'avocat n'a donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention*».

¹⁰¹ È la stessa Corte, a volte, nelle proprie sentenze, a esprimere apprezzamento per le riforme legislative apportate dai Paesi chiamati in causa da un ricorrente sulla base del precedente regime abrogato: cfr., ad esempio, C. eur., sez. I, 24 ottobre 2013, *Navone e altri c. Monaco*, §§ 81-82; C. eur., sez. V, 9 aprile 2015, *A.T. c. Lussemburgo*, §§ 70-71.

¹⁰² La versione francese della regola sembra giustificare questa interpretazione. Cfr. C. eur., sez. II, 31 maggio 2012, *Diriöz c. Turchia*, § 30, secondo cui «*il est en principe porté une atteinte irréremédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation*».

Potrebbero allora destare qualche perplessità alcuni arresti, seppur sporadici, in cui si fa esplicito riferimento alla categoria della “ammissibilità”, anziché, ad esempio, all’uso «*for the applicant’s conviction*»¹⁰³.

In un caso, si legge che «*the Court must determine whether the domestic courts’ admission of statements obtained in the absence of a lawyer during the applicant’s questioning by the police impaired his right to a fair hearing*»¹⁰⁴; altrove, la Corte spiega di dover stabilire «*whether the admission of a statement made without access to legal assistance caused undue prejudice to the applicant in the criminal proceedings*»¹⁰⁵; infine, anche la recente sentenza della Grande camera sopra illustrata ha trattato di ammissibilità, rilevando che, nella vicenda esaminata, «*it can be presumed that the consequence of the police’s conduct was that in his very first statement to the police, instead of remaining silent, as he could have done, the applicant made a confession, which was subsequently admitted in evidence against him*»¹⁰⁶.

A questo punto, sembrerebbe davvero difficile capire se la giurisprudenza convenzionale abbia voluto elaborare un criterio d’uso, oppure una *exclusionary rule*.

In realtà, a meglio considerare, entrambi i punti di vista sono corretti; molto dipende dal sistema nazionale al cui interno si vuole inquadrare il fenomeno probatorio in esame.

Come si è detto, vige, nell’ordinamento inglese, una specifica disposizione, che vieta di introdurre in giudizio confessioni, o dichiarazioni autoaccusatorie rese dall’accusato, in condizioni di «*oppression*», o comunque tali da rendere le stesse ragionevolmente «*unreliable*» (*section 76, par. 2, Police and Criminal Evidence Act 1984*)¹⁰⁷. In questo sistema, pertanto, può risultare proibita l’ammissione di dichiarazioni sfavorevoli all’imputato¹⁰⁸.

¹⁰³ Così si esprime, ad esempio, C. eur., sez. V, 15 novembre 2012, *Yerokhina c. Ucraina*, § 72.

¹⁰⁴ Cfr. C. eur., sez. I, *Šebalj c. Croazia*, 28 giugno 2011, § 261. La sentenza poi continua, spiegando che «*in convicting the applicant the domestic courts admitted in evidence statements which the applicant had subsequently retracted and which had been obtained during police custody in the absence of a lawyer*».

¹⁰⁵ Così, testualmente, C. eur., sez. IV, 16 dicembre 2014, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 195.

¹⁰⁶ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 20 ottobre 2015, *Dvorski c. Croazia*, § 111.

¹⁰⁷ Cfr. Parte I, Cap. III, § 2.

¹⁰⁸ Cfr. R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, 13^a ed., Oxford, 2013, p. 371, i quali spiegano che, nei casi in cui le dichiarazioni rese dall’indagato contengano anche «*exculpatory or self-serving*

In un ordinamento come quello italiano, simili prescrizioni non esistono: nessuna norma impone l'esclusione di una prova "a carico"; piuttosto, qualora la prova non venga *tout court* esclusa¹⁰⁹ (artt. 64, comma 3 *bis*, prima parte; 188), ne può essere vietato l'uso "contro" l'imputato, pur consentendone l'ammissione (art. 526, comma 1, *bis*, c.p.p.).

Ebbene, molto semplicemente, la giurisprudenza europea non fa altro che rivolgersi alternativamente a queste due tipologie di istituto probatorio, ossia, da un lato, alla regola che esclude le "prove sfavorevoli" all'imputato¹¹⁰, oppure, dall'altro, a quella che si limita a vietare l'"uso sfavorevole"¹¹¹.

Nella maggior parte dei casi affrontati a Strasburgo, l'oggetto del contendere era costituito da dichiarazioni autoaccusatorie rese in assenza del difensore; in effetti, in tali ipotesi, il richiamo all'uno o all'altro dei due istituti, non fa alcuna differenza: dire che una confessione è inammissibile, oppure che non può essere usata "a carico" conduce esattamente al medesimo risultato.

Laddove, però, ha avuto a che fare con dichiarazioni dal contenuto di per sé neutro, la Corte non ne ha affatto censurato la mancata esclusione; più

passages», solitamente, «*the whole of the statement must in general go to the jury*», poiché «*it is for the jury to say whether the statement tendered amounts to a confession at all*».

¹⁰⁹ Per approfondire la delicata questione dell'eventuale uso favorevole all'imputato delle prove "inutilizzabili" e per altre indicazioni bibliografiche a tal riguardo, si vedano, fra gli altri, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, pp. 329-333; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, pp. 152-161; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, pp. 74-79; O. MAZZA, *Un duplice errore in tema di inutilizzabilità dei tabulati di conversazioni riferibili a membri del Parlamento*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 4261-4262; P.P. PAULESU, *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, in AA.VV., *Il Giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, pp. 128-129.

¹¹⁰ Si veda F. PINAR ÖLÇER, *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. THAMAN, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 390, il quale afferma che «*the use as evidence of self-incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer will almost certainly always violate Art. 6 ECHR. This has become a nearly absolute rule of exclusion*».

¹¹¹ Per la distinzione fra regole di esclusione e «i divieti di uso a sfavore dell'accusato», si veda M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 147-149. Cfr. anche F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 194, il quale spiega che «il divieto di acquisizione sancisce una regola di acquisizione. Attiene alla formazione del materiale probatorio acquisito. Il divieto di utilizzazione sancisce una regola legale di valutazione (i nostri classici la chiamavano prova legale negativa): cioè puoi valutare la prova in un certo modo e non in un altro. Cioè è una delle regole che formano il metodo legale di valutazione».

semplicemente, si è premurata di verificare che non fossero state, comunque, in qualche modo, utilizzate contro l'imputato¹¹².

In sostanza, come del resto dimostra chiaramente la lettera della sentenza *Salduz c. Turchia*, quale regola generale, i giudici europei si limitano a ritenere iniquo l'uso "a carico" delle prove dichiarative formate in mancanza di assistenza tecnica, senza incidere sull'ammissibilità delle stesse. Tuttavia, in alcune circostanze, ossia a fronte di dichiarazioni confessorie, o comunque autoaccusatorie, il fenomeno in questione può essere inquadrato anche come una *exclusionary rule*, tenendo comunque sempre a mente che si sta parlando di una regola avente come oggetto esclusivamente prove "a carico".

3. Il diritto all'assistenza linguistica

L'interprete, nella giurisprudenza di Strasburgo, è considerato una figura fondamentale per un effettivo esercizio delle prerogative dell'accusato almeno tanto quanto il difensore¹¹³.

Secondo la Corte, infatti, «*the issue of the defendant's linguistic knowledge is vital*» e qualora quest'ultimo non capisca o non parli la lingua utilizzata nel procedimento deve essergli garantito «*the right to the free assistance of an interpreter for the translation or interpretation of all those documents or statements in the proceedings instituted against him which it is necessary for him to understand or to have rendered into the court's language in order to have the benefit of a fair trial*»¹¹⁴.

¹¹² Cfr. C. eur., sez. V, 9 aprile 2015, *A.T. c. Lussemburgo*, § 72; C. eur., sez. III, 24 luglio 2012, *Stanca c. Romania*, § 62.

¹¹³ Cfr., fra gli altri, per approfondimenti, A.P. CASATI, *Il diritto all'assistenza di un interprete e/o traduttore qualificato*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 235-238; M. GIALUZ, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1195, il quale afferma che «la Corte europea ha progressivamente precisato la fisionomia di quello che si è venuto a delineare sempre più chiaramente come un diritto fondamentale dell'individuo sottoposto a procedimento penale»; P. TROISI, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 1, pp. 109-113.

¹¹⁴ Così si esprime C. eur., Grande camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, § 71. Si vedano anche, fra le altre, C. eur. (dec.), 24 febbraio 2005, *Husain c. Italia*; C. eur., sez. IV, 24 febbraio 2009, *Protopapa c. Turchia*; C. eur., sez. III, 11 gennaio 2011, *Hacioglu c. Romania*.

Per quel che interessa in questa sede, recentemente, la cruciale importanza di un'adeguata assistenza linguistica, anche ai fini del godimento delle garanzie difensive¹¹⁵, ha indotto i giudici europei a estendere, all'interprete, i già esamati approdi raggiunti in relazione al difensore.

Si è dunque chiarito che, «*like the assistance of a lawyer, that of an interpreter should be provided from the investigation stage, unless it is demonstrated that there are compelling reasons to restrict this right*»¹¹⁶.

Proprio come per l'assistenza tecnica, poi, anche quella linguistica è stata ritenuta fruibile fin dai primi colloqui con l'autorità inquirente¹¹⁷: in caso contrario, infatti, ancor prima di non poter comprendere le domande, l'indagato alloglotto non sarebbe nemmeno in grado di compiere consapevolmente alcune scelte fondamentali, come quella di esercitare il proprio diritto al silenzio, oppure di farsi assistere da un difensore¹¹⁸.

Dopo aver stabilito questi principi generali, – a differenza di quanto ci si poteva attendere – la Corte non ha però elaborato una generale regola d'uso per le prove formate in assenza dell'interprete, simile a quella consacrata nell'arresto *Salduz c. Turchia*.

I limiti probatori comunque esistono, ma vanno di volta in volta reperiti nelle sentenze – a dire il vero, ancora poche – che si sono occupate della questione.

¹¹⁵ Cfr. M. GIALUZ, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e unione europea*, a cura di F. Ruggieri-T. Rafaraci- G. Di Paolo- S. Marcolini- R. Belfiore, Cedam, 2013, p. 234, il quale, infatti, precisa che «l'assistenza linguistica si colloca a monte di quella tecnica, in quanto garantisce la stessa capacità processuale dell'imputato. Si tratta di un 'meta-diritto', che sta al fondo di tutti i diritti processuali e della stessa autodifesa». Si veda anche, nello stesso senso, M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, cit., p. 93.

¹¹⁶ Così, testualmente, C. eur., sez. II, 14 ottobre 2014, *Baytar c. Turchia*, § 50.

¹¹⁷ Si veda C. eur. (dec.), 5 gennaio 2010, *Diallo c. Svezia*, § 24.

¹¹⁸ Cfr., in questo senso, C. eur., sez. II, 14 ottobre 2014, *Baytar c. Turchia*, § 54, «*the Court takes the view that, as the applicant was not able to have the questions put to her translated and was not made aware as precisely as possible of the charges against her, she was not placed in a position where she could fully assess the consequences of her alleged waiver of her right to remain silent or her right to be assisted by a lawyer and thus to benefit from the comprehensive range of services that can be performed by counsel. Accordingly, it is questionable whether the choices made by the applicant without the assistance of an interpreter were totally informed*».

In due vicende molto simili riguardanti la Turchia¹¹⁹, le ricorrenti erano state condannate per la loro appartenenza alla nota organizzazione PKK. Entrambe di origine curda, a causa della scarsa conoscenza della lingua turca, erano state affiancate da un interprete nel corso del giudizio; tuttavia, durante i primi interrogatori, in cui avevano reso dichiarazioni in seguito utilizzate per condannarle, non avevano goduto di alcun tipo di assistenza linguistica.

In un caso, i giudici europei, dopo aver constatato che «*the impugned statement was not excluded by the trial court*», hanno così concluso: «*even though the conviction was based on a number of factors, it is nevertheless established that the statements obtained by the gendarmes without the assistance of an interpreter were also relied upon when the applicant was found guilty*»¹²⁰. Nell'altro, invece, senza fare specifico riferimento all'esclusione, la Corte ha affermato di non essere «*convinced that the applicant had a sufficient understanding of the questions she was being asked or that she was able to express herself adequately in Turkish, and certainly not to a level which would justify reliance on her statements as evidence against her at the trial*»¹²¹.

Infine, in un'ulteriore fattispecie, nella quale non è stata invece riscontrata alcuna violazione dell'art. 6 Cedu, si è comunque voluto precisare «*that the applicant's disputed statement [...] was far from the only evidence in the criminal proceedings against her and that there is nothing to indicate that it was decisive to the outcome of the case*»¹²².

Insomma, secondo i giudici della Convenzione, le risposte fornite, durante un interrogatorio, da una persona incapace di capire e farsi capire, soffrono di un grado di inattendibilità tale da non poter essere utilizzate, quantomeno, come prova a carico.

Anche in questo ambito, infatti, – sebbene nella prima delle tre sentenze sopra illustrate può sembrare che si rimproveri al giudice nazionale di non aver escluso la prova – è poi sull'effettivo uso ai fini della condanna che l'attenzione pare prevalentemente concentrata.

¹¹⁹ Ci si riferisce a C. eur., sez. II, 5 aprile 2011, *Şaman c. Turchia*; C. eur., sez. II, 14 ottobre 2014, *Baytar c. Turchia*.

¹²⁰ Così, testualmente, C. eur., sez. II, 14 ottobre 2014, *Baytar c. Turchia*, § 58.

¹²¹ Si veda ancora C. eur., sez. II, 5 aprile 2011, *Şaman c. Turchia*, § 31.

¹²² Così si esprime C. eur. (dec.), 5 gennaio 2010, *Diallo c. Svezia*, § 30.

4. Il divieto di tortura

Nei quattro ordinamenti nazionali, esaminati nella prima Parte, sono state individuate regole procedurali molto simili fra loro, volte a estromettere dal processo le dichiarazioni estorte all'accusato attraverso metodi, tecniche e condotte idonei a coartarne la volontà¹²³.

Abbiamo appena ricordato la *section 76, par. 2, Police and Criminal Evidence Act 1984*, che impone l'esclusione della confessione ottenuta in condizioni di «*oppression*», o comunque tali da renderla inaffidabile. A essa, si affiancano sia l'art. 136 a del codice tedesco, che proibisce l'uso di dichiarazioni acquisite «*durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose*» (par. 1), o «*Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet*» (par. 2), sia l'art. 188 c.p.p., secondo cui «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». In Francia, infine, la mancanza di una norma specifica all'interno dello scarno codice di rito è stata compensata con la creazione giurisprudenziale di una regola di esclusione tratta dal principio costituzionale di «dignità».

La Corte europea, invece, dal canto suo, almeno in relazione alle ipotesi più cruente, come violenze fisiche e gravi minacce, invoca l'applicazione dell'art. 3 Cedu, il quale, come è noto, sotto la rubrica «divieto di tortura», stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Il sistema convenzionale presenta però una particolare complessità.

¹²³ Cfr. Parte I, Cap. III, §§ 2 e 3.

Secondo il meccanismo elaborato dai giudici di Strasburgo, infatti, l'inosservanza di questa disposizione non basta, da sola, per far scattare, in capo alle corti nazionali, l'obbligo di ignorare la prova ottenuta.

C'è un passaggio ulteriore: l'uso di tale materiale probatorio deve anche dimostrarsi in concreto lesivo della *fairness* processuale¹²⁴.

Un esempio potrà forse chiarire meglio questa procedura.

La fattispecie tipica è quella in cui il ricorrente denuncia, in sede europea, di essere stato condannato sulla base della confessione estorta dagli investigatori tramite atti di violenza o minacce¹²⁵.

La Corte europea, a fronte di una simile censura, procede con due accertamenti fra loro ben distinti: prima, verifica se davvero è stato commesso un atto lesivo dell'art. 3 Cedu e poi controlla se la prova, ottenuta attraverso siffatta condotta, è stata utilizzata in modo tale da violare il diritto del ricorrente «ad un equo processo». Le due valutazioni sono completamente autonome e, pertanto, teoricamente, può anche accadere che, alla violazione dell'art. 3, non segua quella dell'art. 6.

In sintesi, di per sé, la trasgressione del divieto di cui all'art. 3 Cedu non comporta alcuna conseguenza sul piano probatorio. L'uso della prova ottenuta con la «tortura», oppure attraverso «trattamenti inumani o degradanti», è “convenzionalmente illegittimo” solo se compromette la *fairness* processuale, consacrata nel successivo art. 6.

In ogni caso, secondo quanto si può ricavare da un esame della giurisprudenza sul punto, è davvero improbabile che la Corte si esima dal dichiarare lesa l'equità del procedimento¹²⁶.

¹²⁴ Si veda A. ASHWORTH, *The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, cit., p. 154.

¹²⁵ Si vedano, *ex multis*, C. eur., sez. I, 18 luglio 2013, *Nasakin c. Russia*; C. eur., sez. I, 11 dicembre 2012, *Tangiyev c. Russia*; C. eur., sez. I, 15 novembre 2012, *Zamferesko c. Ucraina*; C. eur., sez. II, 19 giugno 2012, *Hajnal c. Serbia*; C. eur., sez. II, 18 ottobre 2011, *Stanimirović c. Serbia*; C. eur., sez. II, 1 febbraio 2011, *Desde c. Turchia*; C. eur., sez. V, 7 febbraio 2008, *Gladyshev c. Russia*; C. eur., sez. III, 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*; C. eur., sez. II, 17 ottobre 2006, *Göçmen c. Turchia*; C. eur., sez. II, 20 giugno 2006, *Örs e altri c. Turchia*.

¹²⁶ Cfr. J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, cit., p. 161, secondo cui «the use in criminal proceedings of evidence obtained by way of torture will automatically violate the right to a fair trial». Si vedano anche R. CHENAL-A. TAMIETTI, *sub art. 6*, cit., pp. 192-193.

È infatti assolutamente pacifico che, «*in respect of confessions*», «*the admission of statements obtained as a result of torture [...] or of other ill-treatment in breach of Article 3 [...] as evidence to establish the relevant facts in criminal proceedings rendered the proceedings as a whole unfair*», peraltro, indipendentemente dal «*probative value of the statements and irrespective of whether their use was decisive in securing the defendant's conviction*»¹²⁷.

Per quanto riguarda la confessione estorta, è stata quindi forgiata una *exclusionary rule* simile a quella vigente nel sistema inglese: qualsiasi uso della stessa rende il processo iniquo e il giudice nazionale non dovrebbe quindi in alcun modo prenderla in considerazione, nemmeno come riscontro¹²⁸.

Questa severa regola è stata giustificata attraverso molteplici condivisibilissime motivazioni.

Innanzitutto, si afferma, qualsiasi altra conclusione «*would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe or, in other words, to 'afford brutality the cloak of law'*»¹²⁹.

In secondo luogo, su un piano più concreto, «*les dépositions obtenues par des traitements contraires à l'article 3*» vengono considerate «*intrinsèquement indignes*», in quanto, «*de fait, l'expérience a montré bien trop souvent que les victimes de torture sont*

¹²⁷ Così si esprime C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 166.

¹²⁸ Si vedano, ad esempio, C. eur., sez. I, 30 aprile 2015, *Shamardakov c. Russia*, § 154, secondo cui «*l'emploi au soutien de l'action pénale de déclarations obtenues par le biais d'une violation de l'article 3 – que cette violation soit qualifiée de torture ou de traitement inhumain ou dégradant – prive automatiquement d'équité la procédure dans son ensemble et viole l'article 6*»; C. eur., sez. V, 31 ottobre 2013, *Tarasov c. Ucraina*, § 84, in cui la Corte ha ritenuto che «*the failure of the domestic courts to disregard, expressly, the applicant's confessions (since they were referred to in its verdict) tainted the evidence as a whole in the criminal trial and rendered the proceedings unfair*»; C. eur., sez. IV, 16 dicembre 2008, *Levinta c. Moldavia*, § 104, per la quale «*use of such evidence [una confessione estorta con la tortura] would make such proceedings unfair as a whole, regardless of whether the courts also relied on other evidence*». In almeno una circostanza, tuttavia, la Corte ha consentito che una confessione ottenuta per mezzo di «trattamenti inumani e degradanti» fosse utilizzata per assicurare la condanna dell'imputato: nel caso di specie, i giudici europei si sono basati sul fatto che quest'ultimo si fosse dichiarato colpevole anche in dibattimento e che, oltretutto, in tale sede, avesse avuto la possibilità di contestare l'affidabilità delle precedenti dichiarazioni estorte: cfr. C. eur., sez. I, 17 gennaio 2012, *Alchagin c. Russia*, § 73: «*having regard to the foregoing, and, in particular, the applicant's own confession during the trial itself, the Court is unable to conclude, in the circumstances of this particular case, that the use of the applicant's confession statement made at the pre-trial stage rendered the proceedings against him wholly unfair*».

¹²⁹ Così si esprime C. eur., sez. III, 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*, § 63. Si vedano anche, nello stesso senso, C. eur., sez. II, 20 maggio 2010, *Baran e Hun c. Turchia*, § 69, nonché, da ultimo, C. eur., sez. I, 29 ottobre 2015, *Hajrulahu c. Macedonia*, § 108.

prêtes à dire n'importe quoi – que ce soit vrai ou non – pour faire cesser les souffrances qu'on leur inflige». Infine, si ritiene che «aucun système juridique fondé sur l'état de droit ne peut tolérer l'admission d'éléments de preuve – quelle que soit leur fiabilité – obtenus par une pratique aussi barbare que la torture [...]. L'obtention d'éléments de preuve par la torture endommage irrémédiablement la régularité de la procédure, elle substitue la force à l'état de droit et souille tout tribunal qui admettrait de tels éléments»¹³⁰.

La Corte, in sostanza, ha fatto qui richiamo a quei tre “principi”, di cui si è già accennato precedentemente¹³¹, e che, nel dibattito dottrinale – soprattutto anglossasone –, vengono riconosciuti come le più importanti ragioni che possono fondare l'estromissione di una prova dal processo.

Si tratta del principio della «*deterrence*», secondo cui, in ultima analisi, l'unico modo per disincentivare le autorità inquirenti dall'utilizzo di pratiche vietate sarebbe quello di sanzionarne le condotte illegittime attraverso l'inutilizzabilità del materiale probatorio ottenuto; del «*reliability principle*», il quale richiede l'esclusione delle prove inaffidabili, che potrebbero indurre in errore giudici e giurie; e infine, dell'«*integrity principle*», per cui lo Stato, al fine di accertare i reati, non può macchiarsi del compimento di atti a volte anche più gravi di quelli che intende reprimere¹³².

L'unico ambito in cui i giudici della Convenzione sembrano essersi riservati qualche margine di discrezionalità è quello dell'uso, ai fini della condanna, di prove reali¹³³.

¹³⁰ Così, testualmente, C. eur., sez. IV, 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, § 264.

¹³¹ Cfr. Parte I, Cap. III, § 2.

¹³² Cfr., per ulteriori approfondimenti, fra gli altri, I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, 5^a ed., Londra, 2013, pp. 27-41; K.-H. HSIEH, *The Exclusionary Rule of Evidence. Comparative Analysis and Proposals for Reform*, Farnham, 2014, pp. 35-48; P. MIRFIELD, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, Oxford, 1997, pp. 6-33; W.T. PIZZI, *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to to rebuild it*, New York-Londra, 1999, pp. 25-45; W.P. SIGNORELLI, *The Constable Has Blundered. The Exclusionary Rule, Crime, and Corruption*, 2^a ed, Durham, 2012, pp. 187-202.

¹³³ Si vedano, per ulteriori approfondimenti, B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD-A.L-T. CHOO-M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, cit., pp. 635-636; F. PINAR ÖLÇER, *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, cit., pp. 384-387.

Per quelle ottenute mediante «tortura»¹³⁴, opera la medesima “presunzione” di iniquità appena vista in relazione alle dichiarazioni autoincriminati. È stata, infatti, la Grande camera, nella sentenza *Jalloh c. Germania*, ad affermare che «*incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value*»¹³⁵.

Diverso pare invece il discorso per le prove reali ottenute dopo aver sottoposto l’ accusato “soltanto” a «trattamenti inumani o degradanti»¹³⁶. In queste circostanze, secondo la Corte, si realizza una violazione dell’ art. 6 Cedu – oltre che dell’ art. 3 – soltanto «*s’il est démontré que la violation de l’ article 3 a influé sur l’ issue de la procédure, c’est-à-dire qu’ elle a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine*»¹³⁷.

Questa regola, a prima vista, non sembra differire sostanzialmente dalle altre due sopra esaminate: dire che una prova «*should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value*»¹³⁸, oppure che non deve avere «*un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine*» pare la medesima cosa.

Tuttavia, a giudicare dalle sole due circostanze in cui si è concretamente occupata della questione, la Corte europea non sembra sempre pensarla in questo modo.

¹³⁴ Per una definizione di «tortura», si vedano, ad esempio, le sentenze in cui la Corte si è occupata di vicende nelle quali il sospettato era stato sottoposto a elettroshock, al fine di farlo confessare. Tale pratica viene ritenuta «*a particularly serious form of ill-treatment capable of provoking severe pain and cruel suffering*»: così si esprimono C. eur., sez. V, 21 aprile 2011, *Nechiporuk e Yonkalo c. Ucraina*, § 157; C. eur., sez. V, 15 maggio 2012, *Grigoryev c. Ucraina*, § 64, nonché, recentemente, C. eur., sez. V, 19 febbraio 2015, *Zhyzitskyy c. Ucraina*, § 43.

¹³⁵ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 105.

¹³⁶ I «trattamenti inumani o degradanti» sono stati specificamente definiti dalla Grande camera: «*treatment has been held by the Court to be ‘inhuman’ because, inter alia, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering [...]. Treatment has been considered “degrading” when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance [...], or when it was such as to drive the victim to act against his will or conscience*». Così si esprime C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 68.

¹³⁷ Così, testualmente, C. eur., sez. II, 25 settembre 2012, *El Haski c. Belgio*, § 85. Nella versione inglese, si afferma invece che «*the admission of such evidence obtained as a result of an act qualified as inhuman treatment in breach of Article 3, but falling short of torture, will only breach Article 6, however, if it has been shown that the breach of Article 3 had a bearing on the outcome of the proceedings against the defendant, that is, had an impact on his or her conviction or sentence*».

¹³⁸ Ci si riferisce ancora una volta a C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 105.

Del primo caso, si è appunto occupata la Grande camera nella sentenza *Jalloh c. Germania*. La polizia giudiziaria, dopo aver arrestato il ricorrente colto in flagranza di reato, mentre vendeva sostanze stupefacenti, lo aveva condotto in ospedale per la somministrazione di sostanze emetiche, affinché rigurgitasse un ovulo contenente cocaina precedentemente ingoiato. L'indagato – sofferente per diversi mesi a causa dell'operazione subita – veniva poi condannato a sei mesi di reclusione, sospesi per la concessione di un periodo di *probation*¹³⁹.

La Corte, investita del ricorso, basato sul fatto che gli ovuli rigurgitati erano stati utilizzati per condannarlo, ha effettivamente riscontrato una violazione dell'“equità” processuale.

Innanzitutto, viene ricordato come, «*even if it was not the intention of the authorities to inflict pain and suffering on the applicant, the evidence was obtained by a measure which breached one of the core rights guaranteed by the Convention*». Dopodiché, si rammenta che gli ovuli rigurgitati erano stati l'elemento decisivo per la condanna e, infine, il «*public interest in securing the applicant's conviction*» non viene considerato sufficientemente elevato per giustificare una così violenta misura di assicurazione della prova: l'indagato era soltanto uno «*street dealer selling drugs on a relatively small scale who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation*»¹⁴⁰.

La seconda vicenda è l'ancor più noto “caso Gäfgen”¹⁴¹. Il ricorrente era stato arrestato con l'accusa di aver rapito un bambino per ottenere un riscatto. Alcuni poliziotti lo avevano quindi percosso e minacciato al fine di farselo rivelare il luogo dove la vittima era stata rinchiusa. Al che, il sospettato confessava di averla in realtà già uccisa, rendendosi disponibile ad accompagnare gli inquirenti laddove si trovava il cadavere. Nel successivo processo, il giudice escludeva le confessioni rese in indagini, ma non le prove reali rinvenute sul posto, quali il corpo della vittima, l'autopsia eseguita sullo stesso, le tracce di pneumatici della vettura dell'imputato. Subito dopo tale decisione, quest'ultimo decideva di confessare di sua spontanea volontà, rivendicando questo suo gesto come «*the only way to accept his deep guilt*’

¹³⁹ Per ulteriori approfondimenti sui profili fattuali del caso, si veda C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, §§ 9-30.

¹⁴⁰ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 107.

¹⁴¹ Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*.

and as the 'greatest possible apology for the murder of the child'». Al termine del dibattimento veniva quindi condannato all'ergastolo, principalmente sulla base dell'ultima confessione, corroborata dalle predette prove reali¹⁴².

La Corte europea, dopo aver accertato una violazione dell'art. 3 Cedu, a causa dei «trattamenti inumani e degradanti» subiti dal ricorrente, non ha però ritenuto di dover anche dichiarare l'iniquità del procedimento.

Si è infatti osservato che il giudice tedesco «*expressly based its findings of fact concerning the execution of the crime committed by the applicant [...] exclusively on the new, full confession made by the applicant at the trial*», mentre «*the additional evidence admitted at the trial was not used [...] against the applicant to prove his guilt, but only to test the veracity of his confession*»¹⁴³.

Di qui, la dubbia decisione: «*the Court concludes that in the particular circumstances of the applicant's case, the failure to exclude the impugned real evidence, secured following a statement extracted by means of inhuman treatment, did not have a bearing on the applicant's conviction and sentence*»¹⁴⁴.

Secondo la Grande camera, insomma, la funzione di *corroboration* della confessione dibattimentale, esercitata dalle prove reali, non solo non aveva influenzato la decisione del giudicante, ma, addirittura, non era neppure da classificare come "uso a carico".

Queste affermazioni non possono che destare perplessità, soprattutto se si pensa al fatto che il ricorrente aveva reso la nuova confessione solo dopo il rigetto della richiesta di escludere proprio il materiale probatorio in questione e, cioè, quando ormai la sua posizione era oltremodo compromessa. Insomma, con tutta probabilità, la nuova ammissione di colpa era «solo apparentemente volontaria», in quanto «in realtà indotta dal peso dei riscontri oggettivi della prima confessione inutilizzabile»¹⁴⁵.

¹⁴² Per una illustrazione più approfondita del caso, cfr. C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, §§ 10-46.

¹⁴³ Si esprime, in questo modo, C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, §§ 178-179.

¹⁴⁴ Così ancora C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 187.

¹⁴⁵ Così si esprime O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 63. Per ulteriori considerazioni in merito a questa decisione, si vedano anche M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, pp. 148-

I dubbi legati a questa decisione restano quindi molti, ma, forse, per capire le vere ragioni che l'hanno fondata, bisogna rivolgere l'attenzione a un'altra parte della sentenza: qualche riga prima della soluzione, infatti, la Grande camera ammette di essere consapevole che «*the exclusion of – often reliable and compelling – real evidence at a criminal trial will hamper the effective prosecution of crime*» e che «*the victims of crime and their families as well as the public have an interest in the prosecution and punishment of criminals*»¹⁴⁶.

Insomma, è forse in queste parole che riposa la *ratio* dell'arresto in esame: in primo luogo, di fronte a prove reali schiaccianti e incontestabili, il «*reliability principle*» non trova spazio; se a ciò si aggiunge il fatto che il crimine era efferato (il rapimento e l'omicidio di un ragazzino undicenne) e che, quindi, in tali circostanze, le ragioni della *deterrence*, nonché le preoccupazioni circa l'integrità morale degli apparati di giustizia, sono inevitabilmente destinate ad arretrare, ecco allora come si spiegano i tentennamenti della Corte europea nel "caso Gäfgen".

Del resto, a ben vedere, quale ordinamento nazionale sarebbe davvero disposto a dichiarare inutilizzabile come prova il corpo della vittima¹⁴⁷? Senza dubbio ben pochi e quasi certamente non quelli esaminati in questo lavoro, nei quali, come si è detto, quando si tratta di decidere dell'esclusione di prove illegittimamente acquisite, ampio spazio viene riservato proprio al giudizio sull'affidabilità della prova e sulla gravità del reato investigato¹⁴⁸.

La Corte europea, in sostanza, quantomeno nei casi di violenza diversi dalla «tortura», non ha fatto altro che livellare il sistema probatorio convenzionale a quelli interni¹⁴⁹: la dichiarazione di iniquità non è affatto scontata e viene invece svolta

149; R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1789-1790; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, *ivi*, 2012, pp. 83-84; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Fano, 2012, pp. 279-284.

¹⁴⁶ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 175.

¹⁴⁷ Si vedano, a tal proposito, le incisive parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 634.

¹⁴⁸ Cfr. Parte I, Cap. III, §§ 2 e 3.

¹⁴⁹ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile» in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, pp. 358-359.

una valutazione, caso per caso, che tiene conto delle caratteristiche della concreta vicenda processuale¹⁵⁰.

Per quanto riguarda, infine, la classificazione delle regole probatorie appena esaminate, valgono considerazioni parzialmente analoghe a quelle esposte in precedenza. Anche in questo ambito, infatti, si riscontra una certa sovrapposizione fra le parole “uso” ed “esclusione”¹⁵¹, dovuta al fatto che, in alcuni casi, ci si riferisce all’“esclusione” delle prove a carico, mentre, in altri, ci si limita a considerare iniquo l’“uso” a carico. A un certo punto, addirittura, la Grande camera unisce i due termini, coniando l’inedita espressione «*exclusion from use at trial*»¹⁵².

Ad ogni modo, gli intenti della Corte paiono così riassumibili.

In relazione alle prove dichiarative ottenute tramite una qualsiasi violazione dell’art. 3 Cedu (sia «tortura», sia «trattamenti inumani o degradanti»), opera o una regola di esclusione avente a oggetto le confessioni, oppure, in alternativa, un criterio di valutazione che impedisce genericamente l’uso delle dichiarazioni in danno dell’imputato.

Un ragionamento simile vale per le prove reali acquisite a seguito di «tortura».

Qualora, invece, queste ultime siano rinvenute dopo aver sottoposto l’accusato a «trattamenti inumani o degradanti», non opera né una regola di

¹⁵⁰ Cfr. la «*joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Jenbens, Ziemele, Bianku and Power*», espressa in calce alla sentenza C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, secondo cui «*a criminal trial which admits and relies, to any extent, upon evidence obtained as a result of breaching such an absolute provision of the Convention cannot a fortiori be a fair one. The Court’s reluctance to cross that final frontier and to establish a clear or “bright-line” rule in this core area of fundamental human rights is regrettable*» (§ 2). Più recentemente, si veda anche la «*concurring opinion of judge Bianku*», in calce alla sentenza C. eur., sez. IV, 25 giugno 2013, *Kaçiu e Kotorri c. Albania*: «*but must the treatment be qualified as torture before a violation of Article 3 can also lead to a violation of Article 6 § 1 of the Convention? Two Grand Chamber judgments have either left open the question whether the use of real evidence obtained by an act classified as inhuman and degrading treatment, but falling short of torture, always rendered a trial unfair [...] or avoided answering directly the question in general terms, due to the particular circumstances of the case and the lack of a causal link between the prohibited methods of investigation and the applicant’s conviction and sentence*».

¹⁵¹ Cfr. C. eur., sez. II, 25 settembre 2012, *El Haski c. Belgio*, § 87, in cui si parla espressamente della regola di esclusione deducibile dall’art. 3 Cedu: «*s’agissant de la preuve dans le contexte de la mise en œuvre de la règle d’exclusion d’éléments prétendument obtenus par le biais de traitements contraires à l’article 3, plusieurs cas de figure peuvent se présenter*».

¹⁵² Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 178: «*the repression of, and the effective protection of individuals from, the use of investigation methods that breach Article 3 may therefore also require, as a rule, the exclusion from use at trial of real evidence which has been obtained as the result of any violation of Article 3*».

esclusione, né il criterio di valutazione appena ricordato: come risulta dalla sentenza *Gäfgen c. Germania*, infatti, tali prove possono addirittura “corroborare” una confessione valida; piuttosto, – pur tenendo conto del fatto che la Corte procederà con un giudizio di bilanciamento dai risultati imprevedibili – non potranno essere utilizzate per dimostrare direttamente la colpevolezza, ma solo come riscontro.

5. Il diritto al rispetto della vita privata

L’art. 8 Cedu è indubbiamente una disposizione molto importante.

All’interno di essa, risultano infatti compendiate molti diritti e interessi frequentemente “compressi” nel corso delle attività procedimentali di accertamento dei fatti: intercettazioni, perquisizioni, controlli della corrispondenza, localizzazioni tramite GPS, o anche il più semplice pedinamento, invadono quella sfera del “privato”, che la precitata norma tutela.

Tali “ingerenze” non sono ovviamente vietate dalla Convenzione, proprio come non lo sono all’interno degli ordinamenti nazionali; è evidente, infatti, che una tutela assoluta renderebbe impraticabile buona parte degli atti d’indagine.

L’art. 8, par. 2, Cedu, integrato attraverso le indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo, prevede però, come è noto, alcuni requisiti che ne condizionano la legittimità¹⁵³. La Corte accerta anzitutto se le limitazioni del «diritto al rispetto della

¹⁵³ Cfr., per ulteriori approfondimenti, L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and The Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, a cura di S. Ruggeri, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, pp. 91-95; T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, pp. 363-365; C. PANSINI, *La disciplina delle comunicazioni nella Convenzione europea dei diritti umani e nella costituzione europea*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 75; C. PITEA, sub art. 8, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 303-309; M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un’inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 371-372; D. HARRIS-M. O’BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., pp. 503-532; V. DI MASI, *Le intercettazioni tra frizioni interne e giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1159-1160; L. FILIPPI, *Il GPS è una prova ‘incostituzionale’? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, in *Arch. pen.*, 2012, pp. 309-310; F. IOVENE, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3561-3562; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La preuve illicite au regard de la convention europeenne des droits de l’homme*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, pp. 546-551; G. UBERTIS, *Principi di*

vita privata» poggiano su una base legale sufficientemente dettagliata e specifica; in secondo luogo, rivolgendo l'attenzione alla vicenda processuale, verifica che le regole poste dall'ordinamento interno siano state rispettate dalle autorità nazionali e che l'attività svolta, oltre a perseguire, in astratto, un fine legittimo – ad esempio, l'accertamento penale –, fosse proporzionata al risultato che, nel caso concreto, si voleva ottenere¹⁵⁴.

Qualora uno dei predetti requisiti venga a mancare, l'art. 8 Cedu risulta violato.

A questo punto, però, esattamente come accade per l'inosservanza del «divieto di tortura» di cui all'art. 3 Cedu, si pone il problema della sorte delle prove acquisite: questa lesione della “legalità convenzionale” ha un qualche effetto sulla loro utilizzabilità?

Lo schema seguito dai giudici della Convenzione è il medesimo illustrato nel paragrafo precedente: non basta la violazione dell'art. 8 Cedu; l'uso della prova deve anche dimostrarsi lesivo della *fairness*.

Le valutazioni effettuate in quest'ultimo ambito sono, però, decisamente più generose¹⁵⁵.

In nessuna ipotesi, infatti, scatta una “presunzione” fra uso e iniquità¹⁵⁶; al contrario, la Corte si addentra in minuziose analisi della vicenda concreta, dall'esito

procedura penale europea, cit., pp. 125-134; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011, pp. 21-24.

¹⁵⁴ Per un qualche esempio, si vedano, *ex multis*, C. eur., Grande camera, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, §§ 227-305; C. eur., sez. V, 18 settembre 2014, *Brunet c. Francia*, §§ 32-45; C. eur., sez. III, 8 aprile 2014, *Blaj c. Romania*, §§ 124-148; C. eur., sez. I, 29 luglio 2010, *Agraw c. Svizzera*, §§ 44-55; C. eur., sez. I, 22 maggio 2008, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, §§ 34-45; C. eur., sez. I, 1 febbraio 2007, *Ramazanov e altri c. Azerbaijan*, §§ 54-69; C. eur., sez. I, 26 luglio 2007, *Peev c. Bulgaria*, §§ 35-46; C. eur., sez. II, 31 maggio 2005, *Vetter c. Francia*, §§ 21-29; C. eur., sez. II, 30 marzo 2004, *Radio France e altri c. Francia*, §§ 28-41; C. eur., 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*, §§ 46-54.

¹⁵⁵ Cfr., in questo senso, F. PINAR ÖLÇER, *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 395, secondo cui «although the ECHR sets high standards for the protection of privacy in the investigation of criminal cases, and has interpreted Art. 8 ECHR extensively, it does not rigorously enforce its own standards by punishing the use of evidence obtained in violation of privacy rights protected by Art. 8 ECHR».

¹⁵⁶ Si vedano, in questo senso, A. ASHWORTH, *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Criminal Law Review*, 1999, p. 270; M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, cit., p. 373, il quale ricorda che «la violazione dell'art. 8 Cedu non determina automaticamente l'iniquità del processo ai sensi dell'art. 6».

delle quali, a ben vedere, sembra davvero difficile ricavare autentiche limitazioni all'efficacia dimostrativa degli elementi acquisiti in violazione dell'art. 8 Cedu.

Il ragionamento compiuto è sempre il medesimo e deve le sue origini a due arresti ormai piuttosto lontani nel tempo, che vengono tuttora quasi costantemente citati anche nelle decisioni più recenti.

La prima sentenza è *Schenk c. Austria*, risalente al 1988. In sintesi, il ricorrente lamentava una violazione del «diritto ad un equo processo», sulla base del fatto che la sua condanna, da parte dei giudici nazionali, si fosse fondata sulla registrazione di una sua conversazione telefonica, realizzata in mancanza di autorizzazione giudiziale¹⁵⁷.

La censura relativa alla violazione dell'art. 8 Cedu era stata dichiarata inammissibile dalla Commissione, ma veniva deciso di tenerne comunque conto – si può dire “in via incidentale” – nella verifica sull'equità del procedimento.

Dopo aver enunciato – con un'affermazione in seguito divenuta un vero e proprio “classico” della giurisprudenza strasburghese – che, «*while Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law*», la Corte chiarisce immediatamente la sua posizione: «*the Court*» – si legge poco dopo in sentenza – «*cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk's trial as a whole was fair*»¹⁵⁸. Insomma, si è voluto tracciare, sin da subito, un netto confine fra la questione della *fairness* e quella della legalità probatoria.

Dopo questa precisazione, la soluzione giunge piuttosto rapida, con il prevedibile rigetto del ricorso.

Vero è, continua la decisione, che persino le corti nazionali hanno ammesso l'illegittimità della captazione; tuttavia, nel corso della procedura, «*the rights of the defence were not disregarded*». In primo luogo, il ricorrente aveva goduto della possibilità di presentare le proprie eccezioni al giudice del dibattimento in relazione

¹⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti sul caso concreto, si veda C. eur., 12 luglio 1988, *Schenk c. Svizzera*, §§ 9-35.

¹⁵⁸ Così si esprime, testualmente, C. eur., 12 luglio 1988, *Schenk c. Svizzera*, § 46.

all'autenticità e all'utilizzabilità dei risultati della registrazione; inoltre, questi ultimi non erano nemmeno stati «*the only evidence on which the conviction was based*», ma facevano parte di un quadro probatorio più complesso¹⁵⁹.

Il secondo “*leading case*” è *Khan c. Regno Unito* e riguardava l'uso come prova della colpevolezza di una serie di intercettazioni “ambientali” effettuate nel domicilio del ricorrente, le quali, a quei tempi, non erano disciplinate dalla legge processuale tedesca¹⁶⁰.

Questa volta, la censura riguardante la violazione dell'art. 8 Cedu giunge fino al vaglio della Corte, che ne dichiara la fondatezza. Per quanto riguarda invece il giudizio sull'equità della procedura, si segue il canovaccio della sentenza *Schenk c. Svizzera*, il quale inevitabilmente conduce al rigetto della doglianza.

Viene anzitutto enunciata, per la prima volta, l'altra regola “aurea” della giurisprudenza di Strasburgo in materia di prove, secondo la quale «*it is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible*»¹⁶¹.

Dopo, quasi a discolpa delle autorità giudiziarie nazionali, si ricorda che, a differenza del “caso Schenk”, l'illegittimità della prova non derivava da una violazione di legge, ma piuttosto dalla mancanza di previsioni legali.

Infine, nonostante le intercettazioni fossero «*the only evidence against the applicant*», la Corte elabora due argomentazioni per giustificare la sua scelta di ritenere il processo ugualmente equo: il ricorrente aveva avuto modo di censurare in sede dibattimentale l'uso e l'affidabilità della prova e il giudice, d'altro canto, per mezzo della *section 78 Police and Criminal Evidence Act*, avrebbe anche potuto escluderla, qualora davvero avesse ritenuto “iniquo” il suo uso; inoltre, si trattava di una «*very strong evidence*», la quale, per sua natura, renderebbe meno necessaria la presenza di riscontri¹⁶².

¹⁵⁹ Si veda ancora C. eur., 12 luglio 1988, *Schenk c. Svizzera*, §§ 47-48.

¹⁶⁰ Ci si riferisce a C. eur., sez. III, 12 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*.

¹⁶¹ Così si esprime C. eur., sez. III, 12 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*, § 35.

¹⁶² Si veda ancora C. eur., sez. III, 12 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*, §§ 37-40.

In questa seconda vicenda, quel che spicca è il fatto che i risultati della captazione ambientale convenzionalmente illegittima erano, per stessa ammissione dei giudici europei, l'unico elemento fondante della condanna¹⁶³.

La giurisprudenza successiva, come si è già accennato, sembra essersi scupolosamente attenuta ai dettami ricavabili dai due arresti appena illustrati.

Dopo aver accertato – anche solo incidentalmente, come avvenuto nella sentenza *Schenk c. Svizzera*¹⁶⁴ – una violazione dell'art. 8 Cedu, la Corte compie sempre le stesse verifiche.

In sostanza, viene svolto un giudizio globale sull'equità della procedura, i cui temi principali sono l'affidabilità della prova e il rispetto delle prerogative difensive¹⁶⁵.

Quando il vizio dell'attività censurata è di mera forma, ci si limita a verificare se è stata concessa al ricorrente l'opportunità di presentare le proprie eccezioni sull'utilizzabilità e sul peso della prova; se il giudice nazionale ne ha tenuto debitamente conto, offrendo una risposta – anche negativa – in merito, la Corte europea sembra accontentarsi e difficilmente s'intromette oltre.

¹⁶³ Si veda, a tal proposito, la «*partly concurring, partly dissenting opinion of judge Loucaides*», in calce alla sentenza in esame, in cui tale giudice afferma, senza mezzi termini, «*i cannot accept that a trial can be "fair", as required by Article 6, if a person's guilt for any offence is established through evidence obtained in breach of the human rights guaranteed by the Convention. It is my opinion that the term "fairness", when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention. I do not think one can speak of a "fair" trial if it is conducted in breach of the law*». Per un commento critico verso questa decisione, si vedano anche, in dottrina, B. FITZPATRICK-N. TAYLOR, *Human Rights And The Discretionary Exclusion Of Evidence*, in *Journal of Criminal Law*, 2001, p. 349; D. ORMEROD, *ECHR and The Exclusion of Evidence: Trial Remedies for Article 8 Breaches?*, in *Criminal Law Review*, 2003, pp. 65-66.

¹⁶⁴ Cfr., ad esempio, C. eur., sez. III, 18 marzo 2014, *Beraru c. Romania*, § 76: «*in the instant case, the Court is aware that the use of the audio tapes might firstly raise an issue under Article 8 of the Convention. However, the applicant did not raise such a complaint. Nevertheless, when undertaking an analysis under Article 6, account should be taken of the Court's findings under Article 8 concerning the substance of the Romanian relevant provisions regarding telephone surveillance in force at that time in Dumitru Popescu (no. 2)*». Si vedano anche C. eur., sez. III, 22 settembre 2015, *Nițulescu c. Romania*, §§ 50-52; C. eur., sez. II, 23 settembre 2014, *Cevat Soysal c. Turchia*, § 62; C. eur., sez. III, 10 dicembre 2013, *Botea c. Romania*, § 35; C. eur., sez. II, 28 luglio 2009, *Lee Davies c. Belgio*, §§ 44-50.

¹⁶⁵ Si veda C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 165, in cui si spiega che «*the question whether the use as evidence of information obtained in violation of Article 8 rendered a trial as a whole unfair contrary to Article 6 has to be determined with regard to all the circumstances of the case, including respect for the applicant's defence rights and the quality and importance of the evidence in question*». In dottrina, cfr., in questo senso, A. DI STEFANO, *Garanzie probatorie e giusto processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e unione europea*, cit., pp. 57-59; D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., p. 419.

Così, ad esempio, nel caso di una perquisizione compiuta senza l'autorizzazione del giudice, ma in presenza di testimoni, non è stato rivelato alcun difetto di equità: posto che i giudici nazionali – cui era attribuito dall'ordinamento il potere di escludere la prova¹⁶⁶ – avevano affrontato le eccezioni del ricorrente sull'utilizzabilità delle cose sequestrate, allora la Corte, «*having regard to its limited powers regarding the interpretation and application of national law*», ha affermato di non trovare «*grounds to depart from the assessment made by the domestic courts*»¹⁶⁷.

Il giudizio si fa un po' più severo soltanto se, oltre a essere stata acquisita in violazione dell'art. 8 Cedu, la prova solleva anche dubbi di attendibilità; in tali circostanze, le risposte delle corti interne alle eccezioni difensive vengono vagliate con maggior cura.

In una vicenda in cui la perquisizione non solo si era svolta senza il previo coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, ma anche in mancanza di testimoni, si è riscontrata una violazione della *fairness*. Secondo l'imputato, le prove sequestrate erano state collocate nel suo veicolo dai perquirenti stessi, ma la corte nazionale, senza procedere a particolari accertamenti, aveva *tout court* preferito prestare credito all'opposta versione della polizia. Cosicché, in mancanza di elementi ulteriori, a detta della Corte europea, residuavano troppe incertezze sull'autenticità del rinvenimento per farne uso come prova decisiva della colpevolezza¹⁶⁸.

Il *modus operandi* non cambia in materia di intercettazioni, o comunque registrazioni di conversazioni all'insaputa dell'imputato: in caso di riserve sull'attendibilità dei risultati ottenuti, i giudici di Strasburgo approfondiscono

¹⁶⁶ Si veda C. eur., sez. I., 24 aprile 2014, *Duško Ivanovski c. Macedonia*, § 47: «*it is clear that, had the domestic courts been of the view that the admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had discretion to exclude it*».

¹⁶⁷ Così si esprime C. eur., sez. I., 24 aprile 2014, *Duško Ivanovski c. Macedonia*, § 47. Cfr. anche, analogamente, C. eur., sez., II, *Lee Davies c. Belgio*, § 53, in cui si legge che, «*en l'espèce, les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été recueillis ne font aucunement douter de leur fiabilité ou de leur exactitude. De plus, le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester devant trois degrés de juridiction les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation, au sens de la jurisprudence précitée de la Cour*».

¹⁶⁸ Cfr. C. eur., 25 febbraio 2010, *Lisica c. Croazia*, § 52-62. Per casi simili di perquisizione, si vedano C. eur., sez. V, 12 novembre 2015, *Sakit Zahidov c. Azerbaijan*, § 58, in cui afferma che «*the manner in which the physical evidence used at trial against the applicant was obtained, and the domestic courts' failure to address his objections and justified arguments regarding the authenticity of that evidence and its use against him, rendered the proceedings as a whole unfair*»; C. eur., sez. I, 10 aprile 2014, *Layijov c. Azerbaijan*, §§ 67-77.

l'operato delle corti interne al fine di capire se abbiano fatto quanto possibile per dissipare i dubbi; nella differente ipotesi di illegittimità meramente formali, prive di manifeste ricadute sulla qualità del risultato probatorio, è ancora una volta sufficiente che l'accusato abbia potuto esporre, davanti al decisore, le proprie osservazioni in merito all'utilizzabilità e all'efficacia dimostrativa.

Pertanto, nel caso di una condanna basata, in maniera determinante, sulle trascrizioni di captazioni di cui l'imputato aveva lamentato l'integrità soltanto parziale, la Corte di Strasburgo ha censurato la condotta dei giudici nazionali, i quali avrebbero dovuto quantomeno procurarsi il nastro della conversazione e magari disporre su di esso una qualche sorta di esame tecnico¹⁶⁹; le eccezioni della difesa non avevano quindi goduto dell'attenzione che avrebbero meritato¹⁷⁰.

In mancanza di dubbi sull'affidabilità della prova in questione, non viene richiesto altrettanto zelo al giudicante interno, soprattutto qualora il compendio probatorio sia arricchito da ulteriori elementi¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ci si riferisce a C. eur., sez. III, 22 settembre 2015, *Nițulescu c. Romania*, §§ 52-57. Si vedano, nello stesso senso, C. eur., sez. III, 10 dicembre 2013, *Botea c. Romania*, § 42; C. eur., sez. II, 23 settembre 2014, *Cevat Soysal c. Turchia*, § 67, in cui si censura il fatto che «*the applicant was not provided an opportunity to get of hold of all the elements that would have enabled him to challenge the reliability of the transcripts. In this connection, the Court observes that the first-instance court either dismissed the applicant's requests to obtain a copy of the audiotapes without providing any reason [...] or failed to issue a ruling in respect of them [...]. In addition, the court did not play the audiotapes at the hearings in the presence of the applicant or his lawyer. As a result, the applicant's inability to have access to the originals of those audiotapes prevented him from effectively challenging the reliability of the transcripts*».

¹⁷⁰ Cfr., nello stesso senso, C. eur., sez. III, 18 marzo 2014, *Beraru c. Romania*, § 80, in cui, addirittura, i giudici strasburghesi lamentano il fatto che, nonostante i dubbi sull'autenticità delle registrazioni, «*the first instance court relied on the transcripts instead of re-opening the proceedings in order to allow the parties to submit their observations on the report*». Per l'ipotesi inversa, in cui – sebbene persistessero dubbi sulla credibilità della prova – il vaglio compiuto dai giudici nazionali è stato considerato sufficiente, si vedano, ad esempio, C. eur., Grande camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, § 98, secondo cui «*nothing has been shown to support the conclusion that the applicant's defence rights were not properly complied with in respect of the evidence adduced or that its evaluation by the domestic courts was arbitrary*»; C. eur., sez. IV, 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, §§ 46-48. Cfr. anche C. eur., sez. III, 25 giugno 2013, *Niculescu c. Romania*, § 126, in cui la Corte afferma anche che «*the domestic courts are better placed to assess what evidence is needed in trial and whether a particular request made by one of the parties – in this case, that the court interview the experts – is relevant for the case*».

¹⁷¹ Si vedano, ad esempio, C. eur., sez. I, 15 gennaio 2015, *Dragojević c. Croazia*, § 131-135, nella quale, peraltro, si ribadisce, come già avvenuto in passato, che «*the fact that the applicant was unsuccessful at each step does not alter the fact that he had an effective opportunity to challenge the evidence and oppose its use*» (§ 132); C. eur., sez. III, 30 giugno 2009, *Viorel Burzo c. Romania*, §§ 139-142; C. eur., sez. III, 8 luglio 2008, *Satık c. Turchia (n° 2)*, §§ 56-60; C. eur., sez. III, 26 aprile 2007, *Dumitru Popescu c. Romania (n° 2)*, §§ 106-111; C. eur., sez. III, 25 settembre 2001, *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, §§ 78-79.

Insomma, se l'imputato si è potuto difendere e il giudice – in particolar modo di fronte a materiale probatorio dalla sospetta attendibilità – ha ribattuto in maniera ponderata e convincente, l'equità può dirsi rispettata¹⁷².

Ci si deve allora chiedere se l'inosservanza dell'art. 8 Cedu abbia davvero un qualche valore per i giudici europei.

A ben vedere, infatti, in diverse sentenze, la Corte ha utilizzato gli stessi criteri appena illustrati per vicende che nulla avevano a che fare con la violazione del «diritto al rispetto della vita privata»: ci si riferisce, ad esempio, all'uso come prova dei risultati di analisi scientifiche su indumenti mal reperiti¹⁷³; o, alle condanne basate su dichiarazioni rese in contesti tali da renderle poco affidabili¹⁷⁴. In situazioni di questo genere, prima, si è verificato quale fosse realmente «*the quality of the evidence*» e, poi, «*whether the applicant was given the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use*»¹⁷⁵.

In sostanza, i giudici della Convenzione sembrano trattare le prove acquisite in violazione dell'art. 8 Cedu esattamente come ogni altra, ossia esigendo soltanto un *adversarial trial*, in cui la difesa abbia avuto «*the opportunity to have knowledge of and to comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party*»¹⁷⁶.

Per dirla diversamente, il fatto che la prova si sia formata in un modo convenzionalmente illegittimo non influisce sull'equità del suo uso¹⁷⁷.

¹⁷² Cfr., ad esempio, C. eur., sez. IV, 2 dicembre 2014, *Taraneks c. Lettonia*, § 118. Il ricorrente lamentava che «*the recordings of his conversations had been edited to his detriment*»; la Corte, però, ha ritenuto che il giudice nazionale avesse pienamente adempiuto al suo onere di verificare la qualità del materiale probatorio utilizzato per la decisione, avendo ordinato una perizia al fine di dissipare ogni dubbio sull'autenticità delle registrazioni.

¹⁷³ Si veda C. eur., sez. I, 17 ottobre 2013, *Horvatić c. Croazia*. Per un commento a questa sentenza, si veda R. CASIRAGHI, *Il caso Horvatić c. Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede di indagini senza la garanzia del contraddittorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013.

¹⁷⁴ Ci si riferisce a C. eur., sez. I, 31 luglio 2014, *Jannatov c. Azerbaijan*; C. eur., sez. I, 14 gennaio 2010, *Vanjak c. Croazia*; C. eur., sez. III, 21 luglio 2009, *Osmanağaoğlu c. Turchia*, §§ 47-52.

¹⁷⁵ Così, testualmente, C. eur., sez. I, 31 luglio 2014, *Jannatov c. Azerbaijan*, § 69. Cfr. anche C. eur., sez. I, 17 ottobre 2013, *Horvatić c. Croazia*, § 79: nel caso già accennato sulla cattiva reperibilità degli indumenti, la Corte ha infatti affermato di dover «*examine whether the applicant was given the opportunity to challenge the authenticity of the forensic evidence and oppose its use, taking into consideration whether the circumstances in which the strands of the applicant's hair and fibres from his clothes were found and packed during the criminal investigation cast doubt on the reliability and accuracy of that evidence*».

¹⁷⁶ Così si legge testualmente in C. eur., sez. II, 23 settembre 2014, *Cevat Soysal c. Turchia*, § 64; allo stesso modo, in precedenza, si esprimeva C. eur., sez. III, 25 settembre 2001, *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, § 67.

¹⁷⁷ Si veda, in questo senso, A. ASHWORTH, *The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence*, cit., p. 157, secondo cui

Le ragioni di questo orientamento sono state ben spiegate in un arresto del 2007. Si trattava della classica ipotesi di captazioni *contra legem*, i cui risultati erano stati utilizzati per condanna; la Corte, al fine di motivare la sua scelta di ritenere il processo comunque equo, spiega – molto francamente – che «*pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement*»; «*les préoccupations d'intérêt général*» – si precisa, infine – non possono giustificare soltanto «*mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant*»¹⁷⁸.

L'accusato ha quindi una sorta di diritto alla legittima acquisizione delle prove a suo carico; tuttavia, d'altra parte, nemmeno può essere ignorato l'interesse generale alla repressione dei reati, con l'unico limite del rispetto del diritto di difesa.

Riaffiorano dunque, ancora una volta, le esigenze del processo le quali – quantomeno in materia di violazione dell'art. 8 Cedu – prevaricano quelle della legalità nella formazione della prova¹⁷⁹.

Il discorso, come si è visto, è invece nettamente diverso per quanto riguarda l'art. 3 Cedu: soltanto di fronte a prove reali ottenute mediante «trattamenti inumani o degradanti», la necessità di accertare i fatti è sembrata poter prevalere rispetto a «*one of the core and absolute rights guaranteed by the Convention*»¹⁸⁰.

«*the Court's prevailing view seems to be that violations of Article 8 and the requirements of Article 6 are two entirely separate matters. The appropriate way to deal with Article 8 breaches is to provide a remedy to the person whose right was infringed, a remedy that might be found in an award of damages or perhaps a reduction in sentence*».

¹⁷⁸ Così si esprime C. eur., sez. V, 1 marzo 2007, *Heglas c. Repubblica Ceca*, § 87, la quale, infine, conclude: «*s'agissant du poids de l'intérêt public à l'utilisation des éléments de preuve pour la condamnation du requérant, la Cour observe que la mesure visait l'auteur d'une infraction grave causant des préjudices à une tierce personne et qui s'est finalement vu infliger une peine d'emprisonnement de neuf ans de prison ferme*». In precedenza, si esprimeva nel medesimo modo, C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 97.

¹⁷⁹ Si veda, in questo senso, A. DI STEFANO, *Garanzie probatorie e giusto processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 58, secondo cui «il parametro utilizzato dalla Corte per giudicare l'equità del processo nel quale sia utilizzata una prova illecita, illegittima e/o contraria alla Convenzione riguarda l'equità dell'intera procedura anche alla luce dell'interesse pubblico all'accertamento dei reati».

¹⁸⁰ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 175. Cfr. anche C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 99, che parla dell'art. 3 Cedu come di «*one of the most fundamental values of democratic societies*».

Il «diritto al rispetto della vita privata» non viene considerato meritevole di una tutela, nemmeno lontanamente equiparabile. La Corte, ancora una volta, ha voluto assestarsi su uno *standard* di tutela piuttosto basso, per non entrare in conflitto con gli ordinamenti domestici, i quali, come si è visto, – soprattutto in ipotesi di perquisizioni viziate – paiono piuttosto restii a escludere le prove sequestrate; ciò avviene, per l'appunto, solo se affiorano gravi riserve sull'attendibilità del ritrovamento, ossia entri in gioco quel *reliability principle*, di cui si è spesso parlato in precedenza¹⁸¹.

In definitiva, in materia di «diritto al rispetto della vita privata», non si è voluto osare; probabilmente, i giudici di Strasburgo lo ritengono un interesse più sacrificabile di altri, in relazione al quale è dunque parso preferibile evitare di assumere posizioni pionieristiche rispetto ai sistemi nazionali.

6. «The right not to be incited to commit a crime»

Mentre le prove raccolte in violazione dell'art. 8 Cedu sono risultate ampiamente utilizzabili dai giudici nazionali per la loro decisione, senza particolari rischi di incorrere in dichiarazioni d'«iniquità», c'è invece un altro ambito in cui la Corte non si dimostra altrettanto permissiva e tende a sanzionare severamente, anche dal punto di vista probatorio, la condotta degli investigatori.

Ci si riferisce alla delicata questione delle operazioni “sotto copertura” e della loro possibile deriva in veri e propri atti di istigazione, di cui la giurisprudenza di Strasburgo si occupa ormai da decenni, ricoprendo un ruolo di guida per le legislazioni dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa¹⁸².

¹⁸¹ Cfr. Parte I, Cap. III, §§ 2 e 3.

¹⁸² Cfr., ad esempio, R. GLOVER-P. MURPHY, *Murphy on Evidence*, cit., pp. 66- 67, i quali spiegano che, prima delle penetrazioni dei principi elaborati dalla giurisprudenza strasburghese, la condanna dell'imputato per un reato “provocato” non era assolutamente in discussione, né tantomeno si dubitava dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto durante le operazioni sotto copertura, sfociate in forme di *entrapment*. Per ulteriori approfondimenti, si vedano anche G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011, p. 222, il quale ricorda che «inizialmente la *House of Lords* aveva escluso che le condotte istigatorie attuate da agenti di polizia potessero integrare una causa di non punibilità per il soggetto indotto alla commissione del reato, ovvero comportare l'inutilizzabilità del materiale probatorio in tal modo acquisito»; I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., pp. 333-334.

Come spesso accade, anche in questo settore, la Corte ha dovuto tentare di raggiungere un punto di equilibrio fra due esigenze contrapposte: da un lato, la «lealtà nelle relazioni fra autorità e cittadini»¹⁸³, ossia uno dei valori fondamentali ai fini di una «proper» e «fair administration of justice»¹⁸⁴; dall'altro, il pubblico interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati.

Per compiere questa delicata opera di bilanciamento, è stato quindi necessario tracciare un confine fra tecniche investigative speciali convenzionalmente «tolerated»¹⁸⁵ e condotte inique di «police incitement».

Le prime sono azioni di agenti «infiltrati», il cui compito è svolgere attività di «osservazione e contenimento»¹⁸⁶, finalizzate all'acquisizione di elementi di prova relativi a condotte criminose già in corso, o comunque «propositi criminali preesistenti»¹⁸⁷.

Le seconde, invece, si realizzano quando «*the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution*»¹⁸⁸; si tratterebbe, in breve, di situazioni in cui un soggetto, «fingendosi complice, determina taluno al reato, al fine specifico di farlo cadere nelle maglie della giustizia»¹⁸⁹.

¹⁸³ Così si esprime G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 173.

¹⁸⁴ Cfr. C. eur., Grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 53, in cui si afferma che, «*while the rise in organised crime requires that appropriate measures be taken, the right to a fair trial, from which the requirement of the proper administration of justice is to be inferred, nevertheless applies to all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. The right to the fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed for the sake of expedience*».

¹⁸⁵ L'espressione è tratta da C. eur., sez. V, 23 ottobre 2014, *Furcht c. Germania*, § 47.

¹⁸⁶ Così si esprime A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2642.

¹⁸⁷ L'espressione è di R. CHENAL-A. TAMIETTI, sub art. 6, cit., p. 197. Si veda anche A. FALCONE, *L'agente sotto copertura*, Roma, 2014, pp. 123-124.

¹⁸⁸ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 55.

¹⁸⁹ Così, testualmente, A. VALLINI, *Il "caso Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 198. Per maggiori approfondimenti, si veda anche S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, pp. 434-436.

A dire il vero, seppur concettualmente chiare, queste distinzioni teoriche non paiono risolutive¹⁹⁰ e, in effetti, solo l'analisi della copiosa casistica in materia può fornire un'idea del flebile spartiacque fra le due figure appena definite.

La difficoltà maggiore deriva dal fatto che, nella maggior parte delle vicende sottoposte al vaglio della Corte, sono quasi sempre gli investigatori – oppure privati con essi in accordo – a rivolgersi al presunto sospetto, ad esempio, per acquistare sostanze stupefacenti, oppure, dimostrandosi disponibili a pagare somme di denaro per ottenere illeciti benefici.

Pertanto, è spesso ravvisabile una condotta attiva – e non soltanto meramente passiva – da parte dell'“agente *undercover*” e diventa allora ancora più difficile tracciare netti discrimini.

In estrema sintesi, comunque, per comprendere se l'accusato sia stato indotto a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso, i giudici europei analizzano principalmente due aspetti: in primo luogo, «*the reasons underlying the covert operation*» e, inoltre, «*the conduct of the authorities carrying it out*»¹⁹¹.

Per quanto riguarda il primo profilo, si accerta soprattutto se gli investigatori avessero già a disposizione indizi concreti da cui desumere l'intenzione dell'indagato di commettere il reato e se quest'ultimo fosse già stato condannato per fattispecie criminose simili¹⁹².

In secondo luogo, l'agente “sotto copertura”, per non trasformarsi in “provocatore”, deve aver mantenuto una condotta prevalentemente subalterna a quella dell'indagato, senza reagire con particolare insistenza a fronte di un rifiuto, oppure promettere vantaggi del tutto sproporzionati rispetto a quelli normalmente realizzabili nel medesimo contesto¹⁹³.

¹⁹⁰ Per una critica sulla vaghezza dei criteri teorici elaborate dalla Corte di Strasburgo per distinguere l'agente *undercover* e il “provocatore”, si veda P. ROBERTS, *Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, cit., pp. 190-191.

¹⁹¹ Cfr. C. eur., sez. I, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*, § 38.

¹⁹² Cfr. C. eur., sez. I, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*, § 21: «*il n'a pas été établi que le requérant avait des antécédents pénaux ou que les autorités disposaient de bonnes raisons de soupçonner qu'il était également impliqué dans des trafics de drogue*». Si vedano anche, *ex multis*, C. eur., sez. III, 1 luglio 2014, *Pareniuc c. Moldavia*, § 38; C. eur., sez. III, 11 febbraio 2014, *Sandu c. Moldavia*, § 37; C. eur., sez. I, 15 dicembre 2005, *Vanyan c. Russia*, § 49.

¹⁹³ Si vedano, ad esempio, C. eur., sez. III, 19 novembre 2013, *Ulariu c. Romania*, §§ 60-62; C. eur., sez. II, 1 marzo 2011, *Lalas c. Lituania*, § 45.

Si immagini, allora, ad esempio, che, a fronte di un casellario giudiziale ricco di precedenti condanne per traffico di sostanze stupefacenti e chiari indizi relativi a nuove attività illecite, l'autorità giudiziaria invii un agente "sotto copertura", che si finga interessato all'acquisto di cocaina; in un caso del genere, qualora l'indagato si dimostri ben disponibile a soddisfare la richiesta e appaia abituato a sostenere simili contrattazioni, difficilmente la Corte europea avrebbe qualcosa da obiettare¹⁹⁴. Si presume, in sostanza, che, a fronte di analoghe proposte di chiunque altro, egli avrebbe reagito nella medesima maniera, ossia commettendo il reato.

Diversa sarebbe invece la vicenda di un soggetto conosciuto come abituale consumatore di eroina, ma mai concretamente indiziato di commerciarla, il quale, prima, si sottragga alla richiesta del finto acquirente e, solo dopo un'offerta di denaro sorprendentemente elevata, accetti di vendere la sostanza, per di più dopo essersi dovuto rivolgere a un terzo intermediario¹⁹⁵. Questa situazione è chiaramente opposta alla precedente e, come la giurisprudenza strasburghese insegna, potrebbe rappresentare il classico caso di *police incitement*.

In ogni caso, per quel che interessa ai fini del presente lavoro, quando la Corte giunge a siffatta conclusione, le conseguenze sono rimarchevoli.

Prima di tutto, se il ricorrente è stato condannato per la singola condotta criminosa che, senza l'intervento dell'agente "provocatore", non avrebbe realizzato, il processo viene *tout court* dichiarato iniquo per violazione dell'art. 6 Cedu¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. C. eur., sez. V, 18 dicembre 2014, *Scholer c. Germania*, § 86: «when asked for the first time by the police informer whether he could supply him with amphetamine, the applicant, immediately accepting the price proposed by the police informer, showed to be familiar with the current market prices for that drug. Furthermore, he had notably stored a drug sample in his garage which he handed over to the informer on his own initiative when they discussed the sale of drugs for the first time and which, therefore, had obviously been stocked independently of the informer enquiring about the possibility to buy drugs from the applicant». Si vedano anche C. eur., sez. III, 14 aprile 2015, *Toran e Schymik c. Romania*, § 58; C. eur., sez. I, 30 maggio 2013, *Davitidze c. Russia*, § 149.

¹⁹⁵ Si veda, ad esempio, C. eur., sez. II, 15 dicembre 2009, *Burak Hun c. Turchia*, § 44: «la Cour note notamment que le requérant avait un casier judiciaire vierge et qu'il n'agissait pas en bande organisée. La petite quantité de drogue en cause en l'espèce ne se trouvait pas à son domicile. L'intéressé se l'est procurée chez un tiers à la demande de l'agent X». Cfr. anche C. eur., sez. III, 23 giugno 2015, *Oprîş c. Romania*, §§ 58-60; C. eur., sez. II, 12 novembre 2013, *Sepil c. Turchia*, § 34; C. eur., sez. I, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*, § 47; C. eur., sez. III, 1 giugno 2010, *Bulfinisky c. Romania*, § 41; C. eur., sez. II, 1 luglio 2008, *Malininas c. Lituania*, § 36.

¹⁹⁶ Cfr., ad esempio, C. eur., sez. II, 15 dicembre 2009, *Burak Hun c. Turchia*, § 47: «tout en ayant à l'esprit l'importance et les difficultés du travail d'investigation de la police, la Cour estime, eu égard à ce qui précède, que les agissements de l'agent X ont eu pour effet de provoquer le requérant à commettre l'infraction pour laquelle il a été condamné et que rien n'indique que, sans son intervention, celle-ci aurait été commise».

In secondo luogo, scatta un rigido limite all'utilizzabilità di tutti gli elementi derivanti dall'attività investigativa in questione.

Sul punto, la Corte si esprime sempre con affermazioni piuttosto nette; tuttavia, si manifesta nuovamente quella particolare sovrapposizione – tipica della giurisprudenza di Strasburgo – fra i diversi concetti di “ammissibilità”, “esclusione” e “uso”.

Così, solo per fare un esempio, nella nota sentenza *Ramanauskas c. Lituania* la Grande camera prima afferma che, «*where an accused asserts that he was incited to commit an offence, the criminal courts must carry out a careful examination of the material in the file, since for the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded*»¹⁹⁷; in un punto diverso, invece, ricorda come «*the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement, as to do so would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset*»¹⁹⁸.

compte tenu de cette intervention et de son utilisation dans la procédure pénale litigieuse, la Cour conclut que le procès du requérant a perdu le caractère équitable requis par l'article 6 de la Convention». Nello stesso senso, si esprimono, fra le altre, C. eur., 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, § 39; C. eur., Grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 73; C. eur., sez. I, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*, § 22; C. eur., sez. II, 1 luglio 2008, *Malininas c. Lituania*, §§ 37-39; C. eur., sez. II, 12 novembre 2013, *Sepil c. Turchia*, § 40. Per ulteriori approfondimenti, si veda, in dottrina, A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, cit., p. 2642, secondo cui «la riscontrata violazione dell'art. 6 della Convenzione viene, pertanto, a fondarsi su un 'vizio' procedurale derivante da un fattore che incide, in primo luogo, sul piano sostanziale, influenzando in misura determinante sulla eziologia dell'azione criminosa». Cfr. anche, in un senso simile, C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e 'giusto processo'*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 398-400; B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini 'undercover' e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 569; A. SUTERA SARDO, *Aspetti processuali dell'agente provocatore*, in R. MINNA-A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, pp. 159-160; A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2924, in cui l'Autore afferma che la Corte europea ha ritenuto di disciplinare la fattispecie dell'agente provocatore all'interno dell'art. 6 Cedu, anche dal punto di vista sostanziale, in quanto l'unica altra norma cui avrebbe potuto fare riferimento, ossia il successivo art. 7 Cedu, «mal si attaglia ad essere applicata alla situazione *de qua agitur*». Si vedano, infine, A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2011; A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in AA.VV., *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, p. 239, il quale sostiene che la regola formulata dalla Corte di Strasburgo assuma sostanzialmente i contorni di una vera e propria causa di non punibilità a favore dell'accusato.

¹⁹⁷ Così si esprime C. eur., Grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 60.

¹⁹⁸ Si veda ancora C. eur., Grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, § 54.

Non sembrano, però, esserci buoni motivi per discostarsi da quanto detto in precedenza. Sebbene queste due astratte affermazioni possano far pensare a una secca estromissione del materiale probatorio, la Corte, quando passa all'esame dei casi concreti, concentra la propria indagine sull'uso "contro" l'imputato: ci si limita infatti a censurare la circostanza che gli elementi raccolti dal "provocatore" abbiano giocato un ruolo importante nella condanna del ricorrente¹⁹⁹, oppure che, comunque, siano stati tenuti in considerazione per motivarla²⁰⁰.

In breve, come accaduto in altri contesti, anche dalle prove acquisite tramite la condotta di *entrapment* non può essere tratto nessun argomento sfavorevole alla posizione dell'imputato²⁰¹.

Ciò significa due cose: anzitutto, tali elementi non possono fondare la condanna per il reato "provocato", la quale, in ogni caso, come detto poc'anzi, comporta l'iniquità del processo, indipendentemente dagli elementi su cui si basa²⁰²; in secondo luogo, non sono utilizzabili nemmeno come sostegno a imputazioni diverse, ad esempio, per avvalorare in giudizio quei preliminari, ma generici, sospetti che avevano indotto gli inquirenti ad allestire il tentativo di "provocazione".

¹⁹⁹ Cfr., in questo senso, C. eur., sez. III, 16 luglio 2015, *Ciprian Vlăduț e Ioan Florin Pop c. Romania*, § 91, in cui si legge che «*the Court lastly notes that, although the applicants' conviction was based on a whole body of evidence, the role played by the elements gathered through the covert operation undeniably played a significant role*». Per altri esempio, si vedano C. eur., sez. III, 1 luglio 2014, *Pareniiuc c. Moldavia*, § 38; C. eur., sez. III, 11 febbraio 2014, *Sandu c. Moldavia*, § 38; C. eur., sez. III, 9 novembre 2010, *Ali c. Romania*, § 102, secondo cui «*in convicting the applicant and his co-defendants, the courts relied exclusively on the evidence obtained during the investigations*»; C. eur., sez. III, 1 giugno 2010, *Bulfinsky c. Romania*, § 44.

²⁰⁰ Si veda, in tal senso, C. eur., sez. II, 15 dicembre 2009, *Burak Hun c. Turchia*, § 45: «*la Cour relève également que, pour motiver la condamnation du requérant, les juridictions internes ont essentiellement tenu compte des procès-verbaux de l'opération policière, opération ayant impliqué le recours à l'intervention de l'agent X*». Cfr. anche C. eur., sez. I, 30 ottobre 2014, *Nosko e Nefedov c. Russia*, § 59; C. eur., sez. V, 23 ottobre 2014, *Furcht c. Germania*, § 59; C. eur., sez. II, 12 novembre 2013, *Sepil c. Turchia*, § 38; C. eur., sez. I, 15 dicembre 2005, *Vanyan c. Russia*, § 49.

²⁰¹ Si veda P. ROBERTS, *Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial*, cit., p. 192, il quale afferma che «*is incompatible with basic human rights in a modern democracy for the police to incite criminality or behave as agents provocateurs*». Cfr. anche B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD-A.L-T. CHOO-M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, cit., p. 342; F. ZACCHÈ, *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2013.

²⁰² Cfr. R. CHENAL-A. TAMIETTI, sub art. 6, cit., p. 198, i quali infatti spiegano che l'uso delle prove ottenute attraverso l'illegittima operazione sotto copertura, al fine di condannare l'imputato per il reato "provocato", costituisce semmai una «circostanza aggravante della responsabilità statale».

Il limite d'uso in questione, peraltro, sembra estendersi a ogni prova in qualche maniera collegata alla condotta investigativa convenzionalmente illegittima: esso colpisce non solo la testimonianza dell'agente *undercover*, o le registrazioni delle sue conversazioni con il "provocato", ma anche l'eventuale confessione dibattimentale di quest'ultimo²⁰³ e le dichiarazioni di un terzo estraneo che abbia visto lo scambio del denaro, oppure la consegna delle sostanze stupefacenti²⁰⁴.

La tutela offerta dalla Corte europea al «*right not to be incited to commit a crime*»²⁰⁵ appare quindi decisamente robusta; la sua violazione ha infatti ripercussioni irrimediabili sulla parte pubblica, la quale non può ricavarne nessun tipo di beneficio ai fini di un fruttuoso esercizio dell'azione penale.

7. Le valvole di sicurezza del sistema: il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione

Sono state finora illustrate diverse ipotesi nelle quali, alla violazione di un diritto protetto dalla Convenzione, consegue un limite all'utilizzabilità delle prove acquisite, nel senso che la Corte europea sanziona con l'iniquità il processo nazionale in cui se ne sia fatto un uso più o meno rilevante ai fini della condanna.

Tale sorte spetta, per lo più, alle dichiarazioni rese in assenza del difensore o dell'interprete, alle prove ottenute mediante «tortura» e «trattamenti inumani o degradanti», nonché – come si è visto da ultimo – agli elementi raccolti dall'agente "provocatore".

Le insidie per l'accusato vanno però ben oltre tali limitate ipotesi.

Anche qualora quest'ultimo abbia goduto della facoltà di avvalersi dell'assistenza tecnica, o linguistica, e non sia stato vittima né di violenze

²⁰³ Si vedano, ad esempio, C. eur., sez. I, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*, § 60; C. eur., sez. I, 24 aprile 2014, *Lagutin e altri c. Russia*, § 96.

²⁰⁴ Cfr., ad esempio, C. eur., sez. III, 16 luglio 2015, *Ciprian Vlăduț e Ioan Florin Pop c. Romania*, § 91.

²⁰⁵ Così si esprime F. PINAR ÖLÇER, *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 380.

riconducibili all'art. 3 Cedu, né di *entrapment*, è ancora possibile assistere a varie forme di compromissione delle prerogative difensive.

Proprio per questa ragione, al fine di ampliare ulteriormente i margini di tutela offerti dal «diritto ad un equo processo», la Corte ha cercato di attribuire autonome conseguenze, sul piano probatorio, anche all'inosservanza del diritto al silenzio e del privilegio contro l'autoincriminazione.

Sebbene la Convenzione non le preveda espressamente²⁰⁶, queste due tipiche forme di manifestazione della «difesa passiva»²⁰⁷ vengono infatti considerate «*generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6*», il cui importante compito consisterebbe anzitutto «*in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities*»²⁰⁸.

Rispetto ad altri diritti dell'accusato, tuttavia, tali garanzie giocano un ruolo diverso nel sistema convenzionale.

In primo luogo, dalla loro violazione non sembra scaturire né una *exclusionary rule*, né un divieto d'uso.

²⁰⁶ Il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione rientrano infatti fra gli «*implied rights*», che la Corte di Strasburgo ha desunto dalla nozione di *fair trial*. Per ulteriori approfondimenti, si vedano M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pp. 263-265; R. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 90-11. In alcune sentenze, comunque, «*the right not to incriminate oneself*» viene anche considerato «*closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention*»: così si esprime, ad esempio, C. eur., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68.

²⁰⁷ L'espressione è tratta da G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 191. Cfr. anche P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009, p. 75, il quale spiega che «dal diritto al silenzio discende il diritto dell'imputato di difendersi tacendo (senza che da quest'ultima scelta possano derivarne a suo carico conseguenze pregiudizievoli)».

²⁰⁸ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, §§ 100-102. Da ultimo, si veda C. eur., sez. I, 6 ottobre 2015, *Turbylev c. Russia*, § 83. È, in effetti, questa la tipica funzione tradizionalmente attribuita ai diritti in parola: cfr., in dottrina, su tutti, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, pp. 7-11; V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 6, il quale afferma che il principio *nemo tenetur se detegere* «sia venuto emergendo e consolidandosi, presso gli ordinamenti penalistici moderni, in funzione di limite allo strapotere dell'autorità giudiziaria nei riguardi dell'imputato sottoposto all'interrogatorio»; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, pp. 44-46; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 75-77; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, pp. 13-16; D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, pp. 79-107; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., p. 350.

Secondo la regola generale, «*the right not to incriminate oneself [...] presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*»²⁰⁹. In altri termini, la prova non deve essere dichiarata inammissibile dal giudice, né quest'ultimo sembra vincolato a utilizzarla soltanto per suffragare l'innocenza dell'imputato. Semplicemente, si esorta la parte pubblica a farne a meno²¹⁰.

I giudici europei, infatti, a fronte di un ricorso relativo all'uso di prove acquisite in violazione del diritto a non autoincriminarsi, procedono a un vaglio complessivo di equità basato su tre parametri: «*the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put*»²¹¹.

In secondo luogo, è opportuno anche precisare che il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione vengono adoperati come garanzie sussidiarie, la cui inosservanza assume autonomo rilievo, soltanto qualora non sia stato trasgredito uno dei diritti precedentemente esaminati.

²⁰⁹ Così si esprime, da ultimo, C. eur., sez. I, 5 novembre 2015, *Chukayev c. Russia*, § 97.

²¹⁰ La versione francese confora ulteriormente questa impressione. Si veda C. eur., sez. I, 24 ottobre 2013, *Navone e altri c. Monaco*, § 71: «*le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé*».

²¹¹ Così si esprime C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 101. Cfr., nello stesso senso, *ex multis*, C. eur., sez. IV, 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, § 44; C. eur., Grande camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, § 92; C. eur., sez. I, 18 febbraio 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russia*, § 38; C. eur., sez. IV, 28 maggio 2013, *Sorokins e Sorokina c. Lettonia*, § 110; C. eur., sez. I, 28 novembre 2013, *Dvorski c. Croazia*, § 91. Conviene tuttavia precisare che la stessa sentenza *Jalloh c. Germania* presenta una seconda versione dell'elenco dei parametri di cui tenere conto nel *balancing test*, inserendo al secondo posto «*the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue*». Sebbene la giurisprudenza successiva sembri aver preferito servirsi della formulazione "classica", composta di tre fattori, l'interesse pubblico nella repressione dei reati – come si è già visto e si vedrà ancora in seguito – ha cominciato più o meno esplicitamente a essere richiamato dalla Corte nei suoi giudizi di equità. In dottrina, cfr., sul punto, A.L.-T. CHOO, *The Privilege against self-incrimination and criminal justice*, Oxford-Portland, 2013, pp. 61-70; D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., pp. 424-425; J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., pp. 256-260; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., pp. 344-345; F. ZACCHE', *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 190-192.

Ad esempio, la confessione estorta con violenza costituisce sicuramente una grave lesione della facoltà di tacere dell'accusato; tuttavia, la Corte tende spesso a ritenere "assorbite" eventuali censure relative a tale profilo, concentrando la sua attenzione sull'iniquità insita nell'uso di prove ottenute mediante la violazione dell'art. 3 Cedu²¹².

A ben vedere, in effetti, anche l'ingiustificato diniego dell'accesso al difensore, o all'interprete, possono essere inquadrati come «*methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*»; si preferisce, però, dare risalto alla specifica garanzia violata, piuttosto che alla generica lesione del diritto alla difesa "passiva", che viene esplicitamente ricordata solo in rare occasioni, ossia, per lo più, quando il ricorrente ne abbia fatto menzione fra i motivi di ricorso²¹³.

Pertanto, le fattispecie in cui la violazione delle predette garanzie diventa davvero determinante non sono poi molto frequenti e riguardano, in sostanza, alcune "zone grigie" nelle quali gli altri diritti dell'accusato, estratti dal tessuto convenzionale, non riescono a estendere il loro raggio d'azione.

²¹² Cfr., in tal senso, C. eur., sez. III, 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*, §§ 67-67: «*in the light of the foregoing considerations, the Court concludes that [...] the use of such evidence [le dichiarazioni estorte mediante tortura] rendered his trial as a whole unfair. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention. Having reached this conclusion, the Court does not consider it necessary to address separately the applicant's argument that the use of his confession statements undermined his right not to incriminate himself*». Nello stesso senso, cfr. C. eur., Grande camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, §§ 108-109, in cui la Corte ha ritenuto sufficiente, per dichiarare l'iniquità della procedura, il fatto che prove reali ottenute in violazione dell'art. 3 Cedu fossero state utilizzate per condannare l'imputato. Tuttavia, in questo caso, i giudici europei hanno voluto affrontare anche la censura relativa all'inosservanza del privilegio contro l'autoincriminazione, ritenendo però opportuno giustificare espressamente questa loro scelta, basata sulla necessità di risolvere un'importante questione interpretativa sul rapporto fra tale garanzia e l'acquisizione coattiva di prove reali: «*the Court finds that the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair. This finding is of itself a sufficient basis on which to conclude that the applicant was denied a fair trial in breach of Article 6. However, the Court considers it appropriate to address also the applicant's argument that the manner in which the evidence was obtained and the use made of it undermined his right not to incriminate himself*».

²¹³ Cfr., in questo senso, C. eur., sez. I, 10 dicembre 2015, *Tikhonov c. Ucraina*, § 53. Si vedano anche C. eur., sez. V, 18 giugno 2015, *Ushakov e Ushakova*, § 110; C. eur., sez. V, 19 febbraio 2015, *Zhyzitskyi c. Ucraina*, § 65, le quali affrontano, rispettivamente, la mancanza del difensore durante l'interrogatorio investigativo e l'uso per la condanna di una confessione estorta. In entrambe le ipotesi, la Corte europea ha dichiarato l'iniquità del processo, facendo specifico riferimento anche alla violazione dell'«*applicant's right to the privilege against self-incrimination*», proprio perché era stato lo stesso ricorrente a porre in rilievo tale profilo fra le sue doglianze.

8. (segue) *L'approccio casistico della Corte*

I giudizi di bilanciamento effettuati nella materia in esame, come prevedibile, dipendono consistentemente dalle caratteristiche dei singoli casi e conducono a risultati fra loro spesso contrastanti.

Sono stati recentemente decisi alcuni ricorsi in cui il condannato lamentava di non essere stato informato della facoltà di tacere, prima di essere interrogato da parte degli inquirenti.

In una prima vicenda, la Corte ha rilevato una violazione dell'art. 6 Cedu. In particolare, è stato censurato il comportamento del giudice nazionale, il quale aveva basato la condanna sulle dichiarazioni rese in mancanza del predetto avviso, senza però predisporre sufficienti garanzie compensative: oltre a non aver fornito risposta alle eccezioni difensive sull'ammissibilità della prova dichiarativa, questi si era anche rifiutato di acquisire alcuni documenti che, a detta del ricorrente, avrebbero potuto scagionarlo²¹⁴.

Nella sentenza *Schmid-Laffer c. Svizzera*, si è invece giunti alla conclusione opposta: si ammette infatti che «*il appartenait à la police d'informer la requérante de ses droits de ne pas s'incriminer soi-même et de garder le silence lors de l'interrogatoire*»; tuttavia, il giudicante aveva spiegato perché riteneva comunque attendibili le dichiarazioni rese e, in ogni caso, queste ultime erano state un elemento di «*faible importance*», all'interno di un quadro probatorio piuttosto corposo²¹⁵.

²¹⁴ Cfr. C. eur., sez. I, 18 febbraio 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russia*, §§ 52-60: «*the Court concludes that the trial court based the conviction of the applicant on the statement that he had given to the police without being informed of his right to not incriminate himself. In the light of the above considerations, given the particular circumstances of the present case and taking the proceedings as a whole, the Court concludes that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention*». Cfr. anche C. eur., sez. V, 14 ottobre 2010, *Brusco c. Francia*, §§ 44-45, in cui è stata accertata una lesione dell'art. 6 Cedu, per il fatto che le dichiarazioni rese dal ricorrente in qualità di testimone – e dunque con obbligo di verità – fossero poi state utilizzate nel successivo procedimento a suo carico. La Corte ha infatti ritenuto che il dichiarante dovesse essere sentito sin dall'inizio in qualità d'indagato, in quanto gli inquirenti già possedevano elementi incriminanti nei suoi confronti. Si veda, infine, C. eur., sez. I, 24 ottobre 2013, *Navone e altri c. Monaco*, §§ 72-76, in cui, senza verificare quale uso fosse stato fatto delle dichiarazioni rese, i giudici di Strasburgo sembrano aver rilevato una violazione della *fairness* nel semplice fatto che i ricorrenti, prima dello svolgimento dell'interrogatorio investigativo, non fossero stati avvisati della facoltà di tacere.

²¹⁵ Cfr. C. eur., sez. II, 16 giugno 2015, *Schmid-Laffer c. Svizzera*, §§ 39-40.

Insomma, l'assenza dell'avvertimento sulla facoltà di tacere non sembra inficiare la possibilità di utilizzare ai fini della condanna quanto affermato dall'interrogato; il giudice che voglia farne uso ha però l'onere di procedere «*avec précaution extrême*»²¹⁶, ossia vagliandone attentamente l'affidabilità e, nei casi più dubbi, procurandosi anche altri elementi per sorreggere la decisione.

Altrettanto interessanti paiono le valutazioni effettuate in materia di elusione del diritto silenzio, ossia qualora gli inquirenti tentino di ottenere dichiarazioni auspicabilmente autoincriminanti dall'indagato al di fuori del formale contesto dell'interrogatorio e per mezzo di stratagemmi volti ad aggirare le altrimenti imprescindibili garanzie procedurali²¹⁷.

Viene in rilievo, anzitutto, la nota sentenza *Allan c. Regno Unito*. L'indagato, sospettato di omicidio, dopo essersi avvalso della facoltà di non rispondere, veniva condotto in una cella sottoposta a intercettazioni ambientali, nella quale un informatore della polizia, fintosi un detenuto al pari di tutti gli altri, riusciva a farlo confessare²¹⁸. Secondo i giudici strasburghesi, l'uso determinante per la condanna di quelle dichiarazioni estorte con l'inganno aveva leso l'equità del procedimento: la libertà dell'accusato di scegliere «*whether to speak or to remain silent when questioned by the police*» risulta infatti irrimediabilmente compromessa, quando «*the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial*»²¹⁹.

Tutt'altra conclusione è stata invece raggiunta nel successivo arresto *Bykov c. Russia*: in questo caso, il condannato si era intrattenuto nel suo domicilio con un proprio dipendente "attrezzato per il suono", accordatosi con la polizia, dopo che gli era stato ordinato di compiere un assassinio. La Grande camera ha valorizzato il contesto decisamente meno opprimente in cui le dichiarazioni autoincriminanti erano state rese – la dimora dell'indagato e non la camera di sicurezza di una

²¹⁶ Così, testualmente, C. eur., sez. II, 16 giugno 2015, *Schmid-Laffer c. Svizzera*, § 37.

²¹⁷ Per ulteriori approfondimenti, in dottrina, si vedano, fra gli altri, J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, cit., pp. 175-188.

²¹⁸ Ci si riferisce a C. eur., sez. IV, 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, §§ 8-22.

²¹⁹ Si veda ancora C. eur., sez. IV, 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, § 50.

stazione di polizia –, le quali, peraltro, non avevano nemmeno fondato da sole la decisione di condanna²²⁰.

Nel valutare un'altra vicenda molto simile, in cui gli investigatori avevano ugualmente fatto ricorso a un soggetto equipaggiato con strumenti di fonoregistrazione, il risultato è stato il medesimo, ma si è preferito far leva sulla preminenza dell'interesse pubblico alla repressione dei reati²²¹.

La giurisprudenza di Strasburgo ha vagliato diverse altre forme di coercizione "tenue" della volontà dell'indagato.

Ad esempio, è stata verificata la compatibilità con i canoni convenzionali degli ordinamenti – come quello inglese – che consentono espressamente di desumere prove a carico dal silenzio serbato dall'imputato. A tal proposito, ancora recentemente, si è precisato che la questione «*whether the drawing of adverse inferences from an accused's silence infringes upon his rights under Article 6 of the Convention is a matter to be determined in light of the circumstances of the case, having regard to the situation where inferences may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation*». L'unico limite inderogabile è rappresentato dalla regola secondo cui «*it would be incompatible with the right to silence to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or give evidence himself*»²²².

Oltre che del silenzio come prova a carico, i giudici europei si sono anche occupati di particolari indagini amministrative – ad esempio tributarie –, nel corso

²²⁰ Cfr. C. eur., Grande camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, § 99-105, secondo cui «*the obtaining of evidence was tainted with the element of coercion or oppression which in the Allan case the Court found to amount to a breach of the applicant's right to remain silent*» (§ 102).

²²¹ Ci si riferisce a C. eur., sez. V, 1 marzo 2007, *Heglas c. Repubblica ceca*, § 91-92, in cui si afferma che «*s'agissant du poids de l'intérêt public à l'utilisation des éléments de preuve pour la condamnation du requérant, la Cour observe que la mesure visait l'auteur d'une infraction grave causant des préjudices à une tierce personne et qui s'est finalement vu infliger une peine d'emprisonnement de neuf ans de prison ferme. Dès lors, et eu égard à sa jurisprudence précitée, la Cour considère que l'utilisation de l'enregistrement litigieux ainsi que la liste des conversations téléphoniques par les juridictions nationales n'a pas enfreint le droit du requérant à un procès équitable*».

²²² Cfr., da ultimo, C. eur., 7 aprile 2015, *O'Donnell c. Regno Unito*, §§ 49-51. In precedenza, si vedano, *ex multis*, C. eur., Grande camera, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 47; C. eur., sez. III, 2 maggio 2000, *Condron c. Regno Unito*, § 56.

delle quali le autorità procedenti hanno la facoltà, a pena di una sanzione penale, di richiedere determinate informazioni, oppure l'esibizione di documenti²²³.

In passato, la Corte sembrava pacificamente ritenere che la minaccia di una sanzione penale rappresentasse un'indebita compressione del diritto di non autoincriminarsi. Si era addirittura arrivati ad affermare che «*the public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings*», stabilendo dunque una sorta di assoluto divieto d'uso "a carico" delle prove raccolte in tali sedi²²⁴.

In anni più recenti, anche situazioni simili sembrano invece essere sottoposte al già più volte citato giudizio di bilanciamento tripartito²²⁵.

Nel 2007, infatti, la Grande camera è stata chiamata a valutare l'equità di una condanna per violazione dei limiti di velocità, intervenuta dopo che il ricorrente era stato costretto a dichiarare, sotto minaccia di un'ulteriore sanzione penale, chi si trovasse alla guida del suo autoveicolo al momento dell'infrazione²²⁶.

La fattispecie presentava in effetti analogie con il "caso Saunders": dichiarazioni ottenute attraverso uno forte strumento di pressione sulla volontà del ricorrente erano poi state utilizzate per condannarlo. Tuttavia, si è giunti a un diverso approdo.

²²³ Cfr., in dottrina, fra gli altri, J.D. JACKSON-S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, cit., pp. 260-266; A. STUMER, *The presumption of innocence. Evidential and Human rights perspectives*, Oxford-Portland, 2010, pp. 114-116; S.H. SUMMERS, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, 2007, pp. 157-160; F. ZACCHÉ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, cit., pp. 184-190.

²²⁴ Così si esprime C. eur., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 74. Si vedano anche C. eur., 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*; C. eur., sez. IV, 21 aprile 2009, *Marttinen c. Finlandia*; C. eur., sez. V, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, nelle quali, al contrario di quanto accaduto nel "caso Saunders", i ricorrenti non avevano reso le informazioni e i documenti richiesti ed erano quindi stati sanzionati penalmente per il loro rifiuto. La Corte ha rilevato in tali situazione una violazione del diritto di non autoincriminarsi.

²²⁵ Si vedano A.L.-T. CHOO, *The Privilege against self-incrimination and criminal justice*, cit., pp. 68-70; D. HARRIS-M. O'BOYLE-C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., pp. 424-425; F. PINAR ÖLÇER, *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 383; A. STUMER, *The presumption of innocence. Evidential and Human rights perspectives*, cit., pp. 116-117.

²²⁶ Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 29 giugno 2007, *O'Halloran et Francis c. Regno Unito*.

Prima di tutto, la Corte ha espressamente dichiarato di non condividere l'affermazione del ricorrente secondo il cui il diritto di non autoincrimarsi sarebbe una prerogativa "assoluta". In secondo luogo, dopo aver di conseguenza stabilito che non ogni «*coercition directe*» ne implica automaticamente una violazione, ha passato in rassegna i tre soliti profili, ossia «*la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus*»²²⁷.

La decisione di ritenere il procedimento comunque equo è poi giunta a seguito di una sorta di compromesso fra i diritti dell'accusato e l'interesse pubblico alla repressione dei reati "stradali": il ricorrente, si è ammesso, era stato effettivamente costretto ad autoincriminarsi; tuttavia, secondo la Grande camera, «*les personnes qui choisissent de posséder et de conduire des véhicules à moteur peuvent passer pour avoir accepté certaines responsabilités et obligations qui font partie de la réglementation applicable aux véhicules à moteur*»²²⁸.

Gli esempi potrebbero certamente continuare. Tuttavia, ai nostri fini, quanto illustrato dovrebbe essere sufficiente per individuare i parametri di giudizio utilizzati dalla Corte europea.

Si può forse dire che il livello di tutela probatoria garantito al diritto al silenzio e al privilegio contro l'autoincrimazione si assesti a mezza via fra l'art. 3 e l'art. 8 Cedu: non operano "presunzioni" d'iniquità, ma nemmeno la prova può essere utilizzata del tutto liberamente.

A ben considerare, sembra allora percepibile una certa somiglianza fra le valutazioni compiute in questo ambito e quelle relative alla lesione del diritto di «interrogare o far interrogare i testimoni a carico», di cui all'art. 6, par. 3, lett. d, Cedu.

In entrambi i casi, infatti, il giudizio di equità viene compiuto scrutando il procedimento domestico "as a whole" e l'unico vero limite per il giudicante è quello di approntare solide garanzie compensative, che possano riequilibrare l'uso di una prova acquisita in violazione di un diritto convenzionalmente protetto.

²²⁷ Cfr. C. eur., Grande camera, 29 giugno 2007, *O'Halloran et Francis c. Regno Unito*, §§ 53-55.

²²⁸ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 29 giugno 2007, *O'Halloran et Francis c. Regno Unito*, § 57.

9. La violazione “derivata” dei diritti convenzionali

Merita qualche breve riflessione anche la questione dell’invalidità “derivata”.

Naturalmente, questa volta, il tema va affrontato in ottica convenzionale; dunque, ci si deve chiedere se la prova, il cui uso per la condanna rende il processo iniquo, sia quantomeno utilizzabile per reperire nuovi elementi.

La problematica, come è noto, è stata affrontata anzitutto dalla Grande camera, nella più volte citata sentenza *Gäfgen c. Germania*²²⁹.

In quel caso, come si è visto, l’indagato, sottoposto a violenze e minacce, aveva infine confessato l’omicidio di un bambino, rivelando il luogo in cui il corpo dello stesso si trovava.

I giudici della Convenzione si erano quindi ritrovati a dover rispondere al seguente quesito: le prove reali, sebbene reperite attraverso le indicazioni estorte in violazione dell’art. 3 Cedu, potevano comunque essere utilizzate dal giudice nazionale per orientare il proprio convincimento²³⁰?

Teoricamente, la risposta è stata negativa.

Sin dalle prime righe della motivazione, la Grande camera individua «*a causal link between the applicant’s interrogation in breach of Article 3 and the real evidence secured by the authorities as a result of the applicant’s indications*»²³¹.

Poco dopo, viene stabilita, con estrema precisione, la regola generale utile in questa sede: si afferma, infatti, che «*the repression of, and the effective protection of individuals from, the use of investigation methods that breach Article 3 may therefore also require, as a rule, the exclusion from use at trial of real evidence which has been obtained as the result of any violation of Article 3, even though that evidence is more remote from*

²²⁹ Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*.

²³⁰ Cfr. C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 173: «*the Court is therefore called upon to examine the consequences for a trial’s fairness of the admission of real evidence obtained as a result of an act qualified as inhuman treatment in breach of Article 3, but falling short of torture*».

²³¹ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 171.

the breach of Article 3 than evidence extracted immediately as a consequence of a violation of that Article»²³².

Insomma, a giudicare dalle parole della Corte, rende iniquo il processo l'uso di qualsiasi contributo probatorio in qualche modo "derivante" dalla violazione dell'art. 3 Cedu.

Ciò significa, pertanto, che il giudice nazionale, per prendere la sua decisione, non deve tener conto né della prova ottenuta direttamente attraverso la condotta convenzionalmente illegittima – nel nostro caso, le dichiarazioni rese dal ricorrente –, né di quelle acquisite in via mediata, ossia tramite le informazioni ricavate dalla prima²³³.

In sostanza, per capire qual è il materiale probatorio il cui uso rende iniquo il processo, è necessario svolgere un giudizio controfattuale: bisogna prima di tutto eliminare mentalmente l'atto investigativo contrario ai dettami convenzionali e, poi, tentare di capire, nel caso concreto, quali prove sarebbero state comunque acquisite se esso non fosse stato compiuto.

L'innovatività di questo arresto è particolarmente evidente soprattutto se calato all'interno del contesto italiano.

Come si è visto, uno dei nodi più problematici sembrerebbe la mancanza, fra le prove, di un vero e proprio nesso di dipendenza "giuridica", tale da consentire che il vizio della prima possa trasmettersi a quelle successive²³⁴.

In ambito convenzionale, la prospettiva è completamente diversa: ciò che davvero conta non è il rapporto fra le prove, ma quello fra ogni singola prova e la violazione dei diritti convenzionali che sta a monte.

²³² In questo modo, si esprime ancora C. eur., Grande camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, § 178.

²³³ Cfr., in questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, cit., p. 284, secondo cui «quando si discuta di violazioni particolarmente gravi commesse nella ricerca ed acquisizione della prova, non è sufficiente estromettere i risultati ottenuti direttamente: anche quegli ulteriori elementi che denotino un vincolo causale effettivo con l'illegalità iniziale esigono di essere rimossi. Per la Corte europea è questa l'espressione di un principio di integrità giudiziale, che viene particolarmente in gioco nell'esclusione di prove ottenute, in via diretta o indiretta, tramite la tortura o trattamenti inumani e degradanti». Cfr. anche S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile» in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 367-368.

²³⁴ Cfr. Parte I, Cap. III, § 4.

Pertanto, se si applica questo tipo di ragionamento anche all'interno del nostro ordinamento, il presupposto del legame giuridico diventa irrilevante: la violazione di un divieto probatorio fa scattare l'inutilizzabilità di tutte le prove che ne "derivano", ossia che non sarebbero state acquisite se la trasgressione della disciplina processuale non si fosse realizzata.

Bisogna, però, trattenere facile entusiasmi.

Finora, infatti, quel che la Corte europea ha concesso a livello astratto, non ha ancora sortito risultati concreti.

Nel "caso Gäfgen", come si è visto, non è stata rilevata alcuna lesione dell'"equità" processuale, in quanto le prove reali non erano state utilizzate direttamente per condannare, ma soltanto quali elementi di riscontro della ulteriore confessione dibattimentale del ricorrente.

Un ragionamento analogo è stato poi applicato anche in una vicenda più recente, che riguardava l'uso per la condanna di prove - a detta del ricorrente - "derivate" da precedenti intercettazioni illegittime²³⁵.

Insomma, le applicazioni pratiche sono finora poco confortanti, ma il principio teorico resta valido e potrebbe in futuro condurre a soluzioni nuove, sia in ambito europeo, sia all'interno delle corti nazionali.

10. Il diritto a un uso "equo" della prova

Giunti al termine di questa ricostruzione del sistema probatorio convenzionale, ci si può finalmente domandare in maniera definitiva quale sia natura dei limiti probatori elaborati a Strasburgo.

²³⁵ Ci si riferisce a C. eur., sez. III, 17 gennaio 2012, *Alony Kate c. Spagna*, §§ 68-71. In particolare, nel caso di specie, la Corte europea ha scelto di aderire alla decisione della Corte suprema spagnola, secondo la quale l'esclusione delle intercettazioni in questione e la confessione dell'imputato avevano «*rompu tout lien de causalité*» fra l'atto investigativo illegittimo e la condanna dell'imputato: «*la Cour, tenant compte du fait que les autres moyens de preuve soumis à l'appréciation souveraine des juges ont suffi à forger l'intime conviction du tribunal, ne peut que constater que la condamnation du requérant est intervenue à la suite d'une procédure contradictoire qui n'a pas enfreint le droit de l'intéressé à un procès équitable*» (§70).

Anzitutto, paiono a tutti gli effetti veri e proprio divieti probatori, la cui inosservanza comporta una violazione dell'art. 6 Cedu.

Come si è già accennato in precedenza, infatti, dire che l'uso di una determinata prova da parte del giudice rende il processo iniquo, è esattamente come affermare che non può utilizzarla, ossia che il suo uso è vietato.

In secondo luogo, resta da stabilire se questi divieti proibiscono *tout court* l'ammissione della prova, oppure, più semplicemente, si limitino a impedire di utilizzarla in senso sfavorevole all'accusato.

Si è detto che la Corte frequentemente afferma di non occuparsi di ammissione probatoria, ma soltanto di equità.

In fin dei conti, da un certo punto di vista, potrebbe essere vero.

Senza dubbio, in alcune sentenze, si parla eccome di *admission* e addirittura di *exclusion*. Bisogna però rammentare che, in tutti questi casi, come si è cercato di spiegare, la Corte sembra riferirsi a prove avverse all'imputato.

A ben vedere, infatti, tutte le regole di esclusione incontrate nel corso di questa analisi della giurisprudenza europea sembravano avere questo oggetto.

Il divieto di ammissione, da poco eliminato dalla Grande camera con la sentenza *Schatschaschwili c. Germania*²³⁶, riguardava le dichiarazioni precedenti dei «testimoni a carico», che l'imputato non aveva potuto «interrogare o far interrogare» (art. 6, par. 3, lett. d, Cedu)²³⁷.

Allo stesso modo, le *exclusionary rule* successive riguardavano, ad esempio, confessioni, corpi del reato, oppure i segni di una condotta criminosa "provocata".

Insomma, in ultima analisi, i divieti elaborati a Strasburgo sembrano limitarsi a imporre che una determinata prova non sia utilizzata per la condanna. Che, poi, qualora si tratti di elementi indiscutibilmente a carico, come le confessioni, la Corte a volte si esprima anche in termini di esclusione, fa ben poca differenza, perché non muta la sostanza della proibizione.

²³⁶ Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*.

²³⁷ Cfr., ad esempio, C. eur., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118: «*the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings*».

Almeno in questo senso, pertanto, si può forse dire che i giudici della Convenzione non si occupano di ammissibilità delle prove, ma, in realtà, soltanto del loro uso a carico.

L'ultimo diritto, che chiude la trama delle garanzie costitutive della "legalità probatoria convenzionale", e ne rappresenta la sintesi è dunque «*the right to the fair use of evidence*»²³⁸.

Come abbiamo appena detto, "diritto all'equo uso della prova" vuol dire, anzitutto, che essa non deve essere utilizzata dal giudice per condannare l'accusato.

In altri contesti, può però significare molto meno.

A volte, implica soltanto che quella prova non può essere il fondamento decisivo della condanna; altre volte, più semplicemente, il giudice ha l'onere di maneggiarla con cautela, ad esempio, andando in cerca di riscontri, oppure vagliandone approfonditamente l'attendibilità.

Il problema è che sta alla Corte dire cosa è "equo" e spesso lo fa con giudizi di bilanciamento strettamente ritagliati sul caso concreto, tali da assicurarle cospicui margini di discrezionalità²³⁹.

È tuttavia difficile immaginare soluzioni diverse.

Ci sono delle soglie, in ambito probatorio, che la Corte sembra non poter varcare: l'*hearsay evidence* e il materiale probatorio a elevata efficacia dimostrativa – per esempio le prove reali e le intercettazioni – paiono quasi intoccabili.

Restano quindi, almeno in questi ambiti, vistosi vuoti di tutela, non facilmente compensabili.

La Corte europea, infatti, non dà l'impressione di potersi spingere molto più in là di quanto abbia già fatto²⁴⁰.

²³⁸ L'espressione è di F. PINAR ÖLÇER, *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 373.

²³⁹ Cfr., in questo senso, le riflessioni di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., pp. 144-151; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 56-57.

²⁴⁰ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni di M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, cit., p. 389, secondo cui «non si può pretendere che la Corte costruisca un divieto di utilizzazione quando esso non sia previsto dal legislatore nazionale. Anzi, in casi del genere non potrebbe essere la Corte a fissare un tale divieto, perché diversamente svolgerebbe un compito che istituzionalmente non le spetta, attribuendosi una competenza riservata al potere legislativo».

Ulteriori passi in avanti devono probabilmente prima giungere dalle legislazioni degli Stati membri, o, magari, da quell'Unione europea che, negli ultimi anni, si sta finalmente occupando anche del processo penale.

PARTE III

Le regole di esclusione della prova nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” dell’Unione europea

CAPITOLO I

Le direttive in materia di garanzie processuali per l’accusato

SOMMARIO. 1. Il diritto delle prove eurounitario. – 2. Il rafforzamento dei diritti processuali dell’accusato. – 3. L’apparente mancanza di “sanzioni” nella direttiva «sul diritto all’interpretazione e alla traduzione» e in quella «sul diritto all’informazione». – 4. I criteri di valutazione della direttiva «sul diritto di avvalersi di un difensore». – 5. (segue) L’analogia soluzione adottata nella direttiva sul «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza». – 6. Un uso distorto del richiamo alla *fairness* processuale.

1. Il diritto delle prove eurounitario

Nonostante le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, le competenze dell’Unione europea, per quanto riguarda il processo penale, continuano a essere, tutto sommato, piuttosto limitate.

Tale materia – «ultima gelosa riserva della sovranità statale»¹ – viene affrontata soltanto nel Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), il quale, attraverso un esiguo numero di disposizioni, si occupa esclusivamente di «cooperazione giudiziaria» e di «cooperazione di polizia».

Alle istituzioni europee, infatti, non è stato attribuito un generale potere di intromettersi nel modo in cui gli Stati membri amministrano la giustizia penale; né è loro consentito predisporre, in relazione a un qualsiasi aspetto di tale ambito, atti

¹ Così, testualmente, F. RUGGIERI, *Spigolature “multilinguiste” nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (note minime sull’obbligatorietà dell’azione penale nella proposta di istituzione del pubblico ministero europeo)*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 793.

normativi vincolanti. Simili intrusioni sono permesse solo in relazione ai due circoscritti settori individuati dal TFUE e, dunque, in linea di massima, al fine di regolare i rapporti fra gli apparati giudiziari dei vari Paesi aderenti all'Unione².

Da un lato, in sostanza, gli ordinamenti interni appaiono ancora piuttosto restii ad accettare l'idea che questa "organizzazione internazionale"³ possa incidere la materia penale; dall'altro, tuttavia, ci si rende conto della necessità di creare le migliori condizioni per fronteggiare quei fenomeni di criminalità, che hanno tratto maggior giovamento dall'abbattimento delle frontiere e dalla conseguente libera circolazione delle persone e dei beni.

In perfetta sintonia con il principio di sussidiarietà, si è quindi deciso di consentire l'intervento dell'Unione europea almeno relativamente a siffatte questioni, nella consapevolezza che il contesto sovranazionale fosse quello più adatto per occuparsene.

² Cfr., fra gli altri, per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche, C. AMALFITANO, sub art. 82 TFUE, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, 2^a ed., Milano, 2014, pp. 866-896; E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti tra la giurisdizione italiana ed il diritto europeo*, in E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 3-11 e 36-62; M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144; S. CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 2, p. 90; M.G. COPPETTA, *Verso un processo penale europeo?*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 11; A. DI STASI, *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, in AA.VV., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, pp. 24-28; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli, 2012, pp. 9-34; D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009, pp. 325-335; A. GIARDA, *Giustizia penale e Costituzione per l'Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 137; M. HUOMO-KETTUNEN, *EU Criminal Policy at a Crossroads between Effectiveness and Traditional restraints for the Use of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 301; B. NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 518; J.W. OUWERKERK, *Criminal Justice beyond National Sovereignty. An Alternative Perspective on the Europeanisation of Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 11; G. TIBERI, *Le nuove fonti del diritto nella cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona e il loro impatto sull'ordinamento italiano*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, pp. 12-20; M. TROGU, *Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 242-244; F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, *Speciale Europa*, pp. 7-15.

³ Cfr., per l'inquadramento dell'Unione europea fra le organizzazioni internazionali «a vocazione generale», U. DRAETTA, *Principio di diritto delle organizzazioni internazionali*, 3^a ed., Milano, 2010, p. 19. L'Autore spiega che, in teoria, questo tipo di organizzazione è «sottopost[a] ad una spinta evolutiva che, paradossalmente, tende in ogni caso a determinarne l'estinzione. Se la spinta evolutiva ha successo, si determina una sistematica e definitiva prevalenza dell'interesse unitario sugli interessi particolari degli Stati membri»; se, al contrario, «la necessità di tutelare gli interessi particolari prevale fino ad ostacolare la spinta evolutiva [...], si innesta un processo regressivo che può, a sua volta, portare all'estinzione dell'organizzazione per incapacità di perseguire i propri obiettivi».

In tale sede, il superamento delle tradizionali procedure di assistenza giudiziaria è stato affidato soprattutto al «principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie» (art. 82, par. 1, TFUE)⁴, la cui applicazione più significativa – per quel che interessa la materia della prova – è attualmente rappresentata dall’ordine europeo di indagine penale.

Come è noto, però, le notevoli differenze tuttora esistenti fra le discipline processuali dei vari Stati membri rischiano costantemente di incrinare l’efficienza di questo delicato sistema di relazioni sovranazionali⁵.

La mancanza di un corredo condiviso di garanzie alimenta quella sfiducia reciproca che ancora impedisce al mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari di dischiudere appieno ogni sua potenzialità⁶.

⁴ Cfr., per ulteriori approfondimenti, *ex multis*, S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, pp. 714-715; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, Torino, 2012, pp. 513-534; D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d’une justice pénale européenne*, cit., pp. 365-375; L. KLIMEK, *Free movement of evidence in criminal matters in the Eu*, in *The Lawyer Quarterly*, 2012, n. 4, pp. 255-258; R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, pp. 61-62; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 265-267; JACOB ÖBERG, *Subsidiarity and EU Procedural Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2015, n. 1, p. 19 e ss.; J. OUWERKERK, *Quid pro quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, pp. 45-78; F. RUGGIERI, *Di un «processo penale europeo» ovvero di una “Civitas Magna” in costruzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, p. 542; A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Oxon, 2014, pp. 18-23; J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, pp. 602-603.

⁵ Si vedano, fra gli altri, S. ALLEGREZZA, *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 572; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 709; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2015, pp. 4-5; G. ILLUMINATI, *L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea. Atti del Convegno “L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea”*. Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Bologna. 18-19 aprile 2008, a cura di G. Illuminati, Bologna, 2009, pp. 9-13; A. MANGIARACINA, *A New Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, p. 114; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, pp. 59-63; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell’ambito dell’Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 203.

⁶ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, cit., p. 573; L. CAMALDO-F. CERQUA, *La*

Inoltre, i diversi modi di raccogliere e formare le prove possono rendere infruttuosa la collaborazione interstatale fra le autorità giudiziarie o inquirenti: è chiaro, infatti, che la stessa ha ragion d'essere soltanto se il materiale probatorio ottenuto risulta utilizzabile nella sede giudiziaria presso cui deve svolgersi il processo⁷.

L'Unione europea vorrebbe porre rimedio, incrementando il grado di "armonia" e "compatibilità" fra i vari sistemi⁸.

Per «facilitare il riconoscimento reciproco» dei provvedimenti giudiziari, nonché «la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali», l'art. 82, par. 2, TFUE ha infatti previsto un parziale «ravvicinamento» delle legislazioni processuali, attraverso l'elaborazione di «norme minime» incidenti, fra l'altro, proprio sui due profili critici appena ricordati.

direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3512; E.N. LA ROCCA, voce *Prova (prospettive europee)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, pp. 838-843; O. MAZZA, *Interlocutore*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso. Atti del Convegno. Torino, 26-27 settembre 2008*, Milano, 2010, pp. 150-151; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, cit., p. 268; N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 343-344.

⁷ Si vedano, ad esempio, G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 580, il quale ricorda che «a nulla servirebbe, infatti, assicurare il trasferimento del dato probatorio se poi questo non potesse essere utilizzato nel processo di destinazione». Cfr. anche M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, *Rivista web*, 2011, n. 3, p. 5.

⁸ Sui diversi concetti di "armonizzazione" e "unificazione" normativa, si vedano S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penale: una introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 35; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 2^a ed., Milano, 2015, p. 286. Cfr. anche, *ex multis*, S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia. Atti del Convegno. Catania Villa Cerami, 9-11 giugno 2005*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, pp. 700-703; A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3620-3624; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 360, il quale afferma che l'«opera preventiva di ravvicinamento delle singole discipline in materia probatoria» consiste, sostanzialmente, «nella massima omogeneizzazione possibile delle varie normative»; S. GLESS., *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea*, cit., pp. 145-146; S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 536-537; J. OUWERKERK, *Quid pro quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., pp. 76-77.

Così, la possibilità di emettere disposizioni relative «ai diritti della persona nella procedura penale» sembra voler generare il clima di fiducia necessario per l'instaurazione di proficui rapporti di cooperazione; laddove invece si parla di «ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri», l'intento pare quello di agevolare la libera circolazione delle prove⁹.

Tuttavia, non lo si può certo negare, operazioni di questo tipo sollevano importanti quesiti e nascondono anche qualche insidia.

Innanzitutto, ci si deve domandare se e in quale misura, in nome della necessità di cooperare per la prevenzione e la repressione della criminalità transfrontaliera, i confini giuridici esistenti fra gli ordinamenti nazionali possano o debbano essere sguarniti, o comunque livellati.

In secondo luogo, ci si deve guardare bene dal rischio che – invece di prodigarsi tenacemente per la creazione di un patrimonio europeo di garanzie processuali e di un “linguaggio probatorio” comune – si tenti di imboccare dannose scorciatoie, come, ad esempio, la mera imposizione di corsie preferenziali per le prove acquisite all'estero.

Finora, come vedremo fra poco, la produzione normativa dell'Unione si è spesso dimostrata piuttosto deludente e, anzi, a giudicare dagli accadimenti più recenti – fra cui, soprattutto, la presentazione della proposta di regolamento sull'istituzione del pubblico ministero europeo – anche i pericoli appena paventati paiono più che mai concreti.

Emergono, comunque, i primi lineamenti di una disciplina probatoria eurolunitaria, che – al momento – fa delle elaborazioni giurisprudenziali dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo il proprio fulcro e sembra proporsi di innestare il loro modo di ragionare nelle giurisdizioni nazionali.

⁹ Cfr. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3886-3888; S. CAMPAILLA, *La “circolazione” giudiziaria europea dopo Lisbona*, cit., pp. 97-98; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., pp. 477-484; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 707; R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 39; T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 131; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, cit., p. 215.

2. Il rafforzamento dei diritti processuali dell'accusato

Il primo ambito di intervento dell'Unione europea, come si è già accennato, consiste nella creazione di *standard* minimi di tutela dei diritti dell'accusato, volti a elevare il grado di fiducia reciproca fra i Paesi membri¹⁰.

Queste iniziative rivengono la loro origine nel percorso previsto dal Consiglio dell'Unione europea all'interno della nota «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali»¹¹, poi incorporata fra i punti del Programma di Stoccolma¹².

La base di partenza è costituita dalle garanzie elaborate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, delle quali, attraverso la formalizzazione

¹⁰ Cfr., per ulteriori approfondimenti generali in merito alle direttive emesse ai sensi dell'art. 82, par. 2, lett. b, TFUE, fra gli altri, C. AMALFITANO, sub art. 82 TFUE, cit., pp. 890-895; E. APRILE, *La tutela dei diritti fondamentali e le nuove garanzie del processo penale*, in E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 117-120; C. ARANGÜENA FANEGO, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea. L'armonizzazione delle garanzie processuali dei sospettati e degli imputati: il fallimento di un tentativo di costruzione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3042 e ss.; M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 920 e ss.; M. CAGOSSI, *Prosegue inarrestabile il percorso dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione europea. Breve nota sul pacchetto di proposte presentato dalla Commissione europea il 27 novembre 2013*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2013; M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 febbraio 2015; S. CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, cit., p. 98; M. COSTAS TRASCARAS, *The New EU Strategy on Procedural Rights: One Step Forward or Two Backwards* in AA.VV., *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, a cura di M. Pedrazzi-I. Viarengo-A. Lang, Bruxelles, 2011, p. 189 e ss.; A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e delle diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, cit., pp. 20-22; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., pp. 34-35; R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., pp. 92-99; B. NASCIBENE, *European Judicial Cooperation in Criminal Matters: What Protection for Individuals under the Lisbon Treaty?*, in AA.VV., *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, cit., p. 123 e ss.; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 1 e ss.; F. RUGGIERI, *Guida minima alla lettura dei provvedimenti UE a tutela dei diritti dell'indagato. "Road Map" ed esegesi multiculturale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2684 e ss.; G. TIBERI, *Le nuove fonti del diritto nella cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona e il loro impatto sull'ordinamento italiano*, cit., pp. 15-26.

¹¹ Ci si riferisce alla «Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», pubblicata in *G.U.U.E.*, 4 dicembre 2009, C 295.

¹² Pubblicato in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, C 115.

in atti normativi vincolanti, si vorrebbe assicurare «la piena attuazione», «il rispetto», nonché un'applicazione «coerente» e «rigorosa» in tutto il territorio dell'Unione¹³.

Spesso, poi, le ambizioni dichiarate sono anche maggiori: come frequentemente ricordato, infatti, l'obiettivo non sarebbe solo il consolidamento dei diritti convenzionalmente garantiti, ma anche il loro ulteriore sviluppo a livello eurounitario¹⁴.

Molte delle disposizioni contenute in queste direttive, come è noto, riguardano la materia delle prove ed, effettivamente, cercano di riprodurre le garanzie processuali offerte dal sistema convenzionale.

C'è, però, un'importante differenza, sulla quale ci si soffermerà particolarmente in questa sede.

Nel diritto dell'Unione, vengono consacrati importanti diritti e regole, ma – diversamente da quanto avviene nelle sentenze della Corte europea – gli effetti della loro eventuale trasgressione restano spesso oscuri: o non vengono espressamente menzionati, oppure sono contenuti in disposizioni di difficile interpretazione, probabilmente inadeguate al fine di assicurare un effettivo rispetto delle tutele che si vorrebbe rafforzare.

3. L'apparente mancanza di "sanzioni" nella direttiva «sul diritto all'interpretazione e alla traduzione» e in quella «sul diritto all'informazione»

La direttiva 2010/64/UE «sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali» è, come è noto, la prima emessa in questo contesto.

Al suo interno, varie disposizioni disciplinano profili probatori¹⁵.

¹³ Così si legge sempre nella «Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali».

¹⁴ Cfr., ad esempio, il considerando n. 7 della direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010, pubblicata in *G.U.U.E.*, 26 ottobre 2010, L 280, e il considerando n. 6 della direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, pubblicata in *G.U.U.E.*, 6 novembre 2013, L 294.

¹⁵ Per ulteriori approfondimenti sui contenuti di questa direttiva, si vedano, fra gli altri, M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, p. 91

L'art. 2, rubricato «diritto all'interpretazione», prevede, al par. 1, che indagati o imputati, i quali «non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale», «siano assistiti senza indugio da un interprete [...] dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogatori di polizia»; nello stesso solco, si pone il par. 3, secondo cui l'interpretazione deve essere «disponibile per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento».

La disposizione successiva (art. 3) è invece dedicata al «diritto alla traduzione» e – pur con i «temperamenti»¹⁶ stabiliti ai parr. 4 e 7 – assicura agli accusati, «una traduzione scritta di tutti i documenti fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento» (par. 1).

Infine, si può ancora ricordare quanto previsto rispettivamente dagli artt. 2, par. 8, e 3, par. 9, i quali precisano che l'interpretazione o la traduzione «deve essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa».

Insomma, durante l'interrogatorio investigativo, o qualsiasi altro tipo di esame, l'accusato alloglotto deve avere a disposizione un interprete per interagire con l'avvocato, gli investigatori e il giudice; le «prove documentali»¹⁷ maggiormente

e ss.; M. GIALUZ, *Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell'imputato. Nota a Corte di giustizia UE, sent. 15 ottobre 2015, causa C-216/14, Covaci*, in *www.penalecontemporaneo*, 11 novembre 2015; ID., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1193 e ss.; ID., *La riforma dell'assistenza linguistica: l'Europa chiedeva un intervento più attento all'effettività della garanzia*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti-A. Marandola-G. Varraso, Padova, 2014, p. 439 e ss.; L. KALB-I. IZZO, *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di "qualità" per lo svolgimento di un procedimento "equo"*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, cit., p. 313; T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, cit., pp. 126-128; P. TROISI, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 1, pp. 113-116.

¹⁶ Così si esprime M. GIALUZ, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri-T. Rafaraci-G. Di Paolo-S. Marcolini-R. Belfiore, Padova, 2013, p. 240.

¹⁷ Cfr. M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, cit., p. 101, la quale ricorda che, comunque, a differenza di quanto previsto per «le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi

rilevanti dovrebbero, in linea di massima, essere tradotte anche solo in forma orale; infine, in ogni caso, l'opera di assistenza linguistica deve essere qualitativamente adeguata.

Dopo aver elencato questi importanti diritti, però, la direttiva non prosegue oltre e sembra dimenticarsi di disciplinare proprio il profilo più spinoso: cosa accade quando un interrogatorio si svolge in assenza dell'interprete, una prova scritta essenziale non viene tradotta, o l'ausilio ricevuto si dimostra carente? Le risposte ottenute e l'elemento non conoscibile sono utilizzabili per la decisione del giudice, oppure vanno esclusi?

Poco persuasiva è l'ipotesi che l'inosservanza delle disposizioni contenute nella direttiva non comporti alcuna conseguenza sul piano probatorio: l'obiettivo della «piena attuazione» delle norme della Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non può infatti essere raggiunto attraverso mere linee guida, la cui violazione resti del tutto priva di rilevanza giuridica.

Nemmeno si potrebbe sostenere che la questione dei profili sanzionatori debba essere completamente devoluta agli Stati membri; scelte ordinamentali differenti finirebbero per compromettere il conseguimento di una tutela uniforme per il diritto all'assistenza linguistica, senza contare il rischio che gravi inosservanze vengano addirittura qualificate come mere irregolarità¹⁸.

Pare allora opportuno percorrere una terza via: sebbene non siano state espressamente palesate, le "sanzioni" da applicare vanno comunque ricavate dall'atto in esame.

E, a ben vedere, chiare conferme in tal senso non sembrano affatto mancare.

d'imputazione e le sentenze» (art. 3, par. 2), «saranno le autorità competenti a decidere, caso per caso» sulla necessità di tradurre le «prove documentali», così come precisato dall'art. 3, par. 3.

¹⁸ Si vedano le riflessioni di M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, 2014, p. 320, il quale fa notare come proprio la mancanza di "sanzioni" probatorie espresse, all'interno della direttiva in esame, abbia recentemente determinato una discutibile decisione della Cassazione, in merito alla mancata traduzione di dichiarazioni rese in indagini da una persona informata sui fatti, poi utilizzate come prova a carico dell'imputato, a seguito della richiesta di giudizio abbreviato: «because the directive does not provide for any specific consequence in case of violations concerning the translation of relevant evidence, there is no need to change the well established jurisprudence on the point. In sum, nothing changes». Ci si riferisce a Cass., sez. II, 9 aprile 2014, n. 18781, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2740. Cfr. anche R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., pp. 10-12.

Il considerando n. 32 precisa che «il livello di tutela non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU o della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea], come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo o della Corte di giustizia dell'Unione europea», mentre, secondo il n. 33, le norme della direttiva corrispondenti «ai diritti garantiti dalla CEDU o dalla Carta, dovrebbero essere interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti».

Nello stesso solco, si pone poi la clausola di «non regressione», prevista nell'art. 13, secondo cui la fonte in questione non «può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali offerti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dalle legislazioni degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato».

In breve, da quanto emerge dalle disposizioni appena richiamate, il diritto all'interpretazione e alla traduzione deve godere, in ambito eurounitario, di un livello di garanzia almeno pari a quello convenzionale¹⁹.

Tale equivalenza di trattamento, d'altra parte, non può allora che coinvolgere anche il profilo sanzionatorio, ossia uno degli aspetti più rilevanti ai fini di un'effettiva tutela dei diritti.

Per questa ragione, i silenzi della direttiva 2010/64/UE sembrano fondatamente colmabili in via esegetica, proprio attraverso la corrispondente disciplina elaborata dalla Corte di Strasburgo.

Qualora l'interrogatorio si svolga in assenza dell'interprete, oppure una prova "fondamentale" non venga tradotta, dovrebbe quindi operare il divieto d'uso a carico dell'accusato, che consegue all'inosservanza delle garanzie convenzionali in materia di assistenza linguistica²⁰.

¹⁹ Cfr., in questo senso, T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, cit., p. 125.

²⁰ Ci si riferisce, in particolar modo, a C. eur., sez. II, 5 aprile 2011, *Saman c. Turchia*, § 31; C. eur., sez. II, 14 ottobre 2014, *Baytar c. Turchia*, § 58. Cfr. Parte II, Cap. II, § 3.

Peraltro, la soluzione appena proposta sembra trovare pieno sostegno anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della quale – come si è visto – l'atto in esame invoca più volte il rispetto.

Come è noto, infatti, secondo la “clausola di equivalenza” prevista dall'art. 52, par. 3, qualora la Carta «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione».

Lo scarno dettato dell'art. 48, par. 2, che impone «il rispetto dei diritti della difesa», deve dunque essere arricchito dei contenuti dell'art. 6 Cedu, nonché degli insegnamenti ricavabili dalla giurisprudenza strasburghese²¹; e, ovviamente, lo stesso meccanismo di integrazione investe anche lo specifico diritto all'assistenza

²¹ Cfr., in questo senso, fra gli altri, M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, cit., pp. 17-19, secondo cui le direttive sui diritti della persona nel procedimento penale, «al di là di quanto esplicitamente prescritto», producono «la diretta penetrazione dei principi supremi del diritto UE a livello nazionale: e tra essi, grazie al gioco di rimando operato sia dall'art. 6 TUE che dall'art. 52 della Carta dei diritti, risulta anche la CEDU, nella interpretazione operata dalla sua Corte». Si vedano anche M. BORRACCETTI, sub art. 48, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni-G. Bronzini-V. Piccone, Taranto, 2009, pp. 573-574, il quale ricorda che, «ai sensi dell'art. 52.3 della Carta, questo diritto ha significato e portata simili a quanto garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», precisando, inoltre, che «il contenuto dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali corrisponde ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 6 CEDU, che però specifica in modo molto più dettagliato il contenuto del diritto»; M. CASTELLANETA, sub art. 48, in AA.VV., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1777; A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, cit., pp. 40-41; M. GESTRI-S. SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. Sonelli, Torino, 2015, pp. 36-37; R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 83-85; T. GROPPI, sub art. 52, in AA.VV., *Human rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, a cura di W.B.T. Mock, Durham, 2010, pp. 329-335; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011, pp. 179-190; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pp. 80-87; S. NEGRI, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, cit., pp. 59-61; F. POCAR, sub art. 52, in AA.VV., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1793; A. RIZZO, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 2616-2617; D. SAYERS, *Article 48 (Criminal law)*, in AA.VV., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di S. Peers-T. Hervey-J. Kenner-A. Ward, 2014, Oxford-Portland, pp. 1309-1311; F. ROMOLI, *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2012, pp. 186-187; M. TROGU, *Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale*, cit., pp. 244-245.

linguistica, che, come si è già visto, è parte essenziale delle prerogative difensive o, meglio, sta addirittura a monte di esse²².

Considerazioni analoghe valgono per la direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012, «sul diritto all'informazione nei procedimenti penali»²³.

Anch'essa pone alcune fondamentali norme di disciplina del fenomeno probatorio: ad esempio, secondo l'art. 3, «alle persone indagate o imputate», devono essere «tempestivamente fornite le informazioni» riguardanti «il diritto a un avvocato», «il diritto all'interpretazione e alla traduzione», nonché «il diritto al silenzio», «onde consentir[n]e l'esercizio effettivo», mentre l'art. 7, par. 2, chiarisce che la difesa deve avere «l'accesso almeno a tutto il materiale probatorio in possesso delle autorità competenti, sia esso a favore o contro» la posizione dell'accusato²⁴.

Nulla viene però espressamente stabilito sulla sorte delle dichiarazioni rese in mancanza dei precitati avvertimenti²⁵, oppure del materiale probatorio non soggetto alla dovuta *disclosure*.

Sembra allora adottabile la soluzione prospettata in precedenza: i vuoti di tutela sono solo apparenti, poiché, in realtà, possono essere interpretati come impliciti rinvii alle regole convenzionali.

Pure in questo caso, infatti, l'obiettivo dichiarato consisteva nella formalizzazione, all'interno di un atto dell'Unione, di «norme dettagliate» relative

²² In questo senso, si esprime M. GIALUZ, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, cit., p. 234.

²³ Pubblicata in G.U.U.E., 1 giugno 2012, L 142.

²⁴ Per ulteriori approfondimenti sui contenuti di questa direttiva, si vedano M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, cit., pp. 921-922; S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101. Letter of Rights e Full Disclosure nel procedimento penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014; ID., *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva sul diritto all'informazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 21 e ss.; ID., *La direttiva del parlamento europeo e del consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2012; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., pp. 40-44; L. KALB, *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, cit., pp. 373-375; S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Londra-New York, 2012, pp. 217-219; R. PUGLISI, *Le nuove garanzie informative nel procedimento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 2, pp. 88-92; S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in AA.VV., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2015, p. 81 e ss.

²⁵ Si veda, in questo senso, A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., p. 37, la quale lamenta che «the Directive does not lay down any sanction where a suspect has not been informed of his rights by the authorities».

alle «garanzie procedurali» consacrate nella Carta di Nizza e nella Convenzione europea (considerando n. 8). Inoltre, come inequivocabilmente si ricorda nel considerando n. 42 – molto simile al considerando n. 33 dell’atto precedentemente esaminato –, le disposizioni della direttiva, corrispondenti «ai diritti garantiti dalla CEDU, dovrebbero essere interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti, come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo».

Può pertanto essere mutuato dalla giurisprudenza di Strasburgo, ad esempio, il divieto di utilizzare a carico dell’accusato le dichiarazioni rese in mancanza del previo avviso sulla facoltà di tacere, che, però, come si è visto²⁶, opera soltanto qualora le stesse presentino un elevato grado di inaffidabilità e non siano sorrette da adeguati riscontri²⁷.

Di sicuro, non è un livello di protezione molto elevato; tuttavia, è opportuno ricordarlo, si tratta di una base minima, cui ogni ordinamento nazionale può liberamente derogare per costruire una tutela maggiore, ma non certamente una inferiore.

4. I criteri di valutazione della direttiva «sul diritto di avvalersi di un difensore»

Decisamente più complessa è invece l’esegesi delle altre due direttive per ora elaborate in base all’art. 82, par. 2, lett. b, quindi sempre in materia di «diritti della persona nella procedura penale».

Ci si riferisce alla direttiva 2013/48/UE sul «diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale» e a quella recentemente emessa, in merito, fra l’altro, al «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza»²⁸.

²⁶ Cfr. Parte II, Cap. II, § 8.

²⁷ Ci si riferisce a C. eur., sez. I, 18 febbraio 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russia*, §§ 52-60; C. eur., sez. II, 16 giugno 2015, *Schmid-Laffer c. Svizzera*, §§ 37-40.

²⁸ Ci si riferisce alla direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, pubblicata in *G.U.U.E.*, 11 marzo 2016, L 65.

In entrambe, infatti, le ambizioni iniziali hanno man mano lasciato spazio a testi definitivi dalla scarsa incisività, che, per certi versi, ben poco innovano.

Per quanto riguarda in particolare la prima²⁹, la versione iniziale della Commissione conteneva un catalogo di garanzie processuali piuttosto avanzato³⁰.

Secondo l'art. 3, il diritto di avvalersi dell'assistenza tecnica doveva essere garantito «quanto prima» e, comunque, «a partire dalla privazione della libertà personale», «prima dell'inizio di qualunque interrogatorio», oppure in occasione dello svolgimento di «atti relativi al procedimento o di raccolta delle prove» per i quali fosse «consentita o richiesta» la presenza dell'accusato.

La disposizione successiva – rubricata «contenuto del diritto di accesso a un difensore» – forniva, poi, diverse precisazioni ulteriori: si riconosceva, fra l'altro, il diritto del difensore di «essere presente a ogni interrogatorio e udienza», con la facoltà di «porre domande, chiedere chiarimenti e rendere dichiarazioni», precisando infine che «la durata e la frequenza» dei suoi incontri con l'accusato non dovevano essere limitate in modo tale da «pregiudicare l'esercizio dei diritti della difesa».

Ai nostri fini, di particolare rilievo erano soprattutto gli artt. 10 e 13.

Il primo presentava alcune somiglianze con l'art. 63 del codice di rito italiano. Nel par. 1, si stabiliva, in sostanza, il diritto di avvalersi dell'assistenza tecnica anche in capo alla persona informata sui fatti che, «nel corso di un'audizione, un interrogatorio o un'udienza», «si ritrovi» a essere «indagata o imputata di aver commesso un reato». In quello successivo, era invece contenuto un perentorio criterio di valutazione: «qualunque dichiarazione resa da detta persona prima di

²⁹ Cfr., per un approfondimento generale sul contenuto della direttiva, L. BACHMAIER WINTER, *The establishment of a european public prosecutor's office and the right to defence: critical approach to the EU directive of access to a lawyer*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 505 e ss.; EAD., *The Eu Directive on the right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in AA.VV., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, cit., p. 111 e ss.; M. BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 80-88; F.A. BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 novembre 2013.

³⁰ La proposta iniziale si può consultare all'interno del documento del Consiglio dell'Unione europea, 11497/11, 14 giugno 2011.

essere stata informata della propria messa sotto indagine o incriminazione non p[uò] essere usata a suo carico».

L'art. 13, sui «mezzi di ricorso», conteneva, invece, una norma di chiusura, che si occupava di sanzionare, in via generale, l'inosservanza delle regole probatorie contenute nella direttiva. Secondo il par. 3, infatti, «le dichiarazioni rese dall'indagato o imputato, o le prove raccolte in violazione del diritto di accesso a un difensore o in casi in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto» non potevano «essere utilizzate in nessuna fase della procedura come prove a suo carico, salvo che l'utilizzo di tali prove non arrec[asse] alcun pregiudizio ai diritti della difesa».

Nelle intenzioni dei suoi redattori³¹, questa disposizione avrebbe dovuto rispecchiare quanto stabilito nella sentenza *Salduz c. Turchia*³².

Tuttavia, a ben vedere, fra le due norme, esisteva una profonda diversità.

Il divieto d'uso stabilito dalla Grande camera opera sempre e non fa salva alcuna ipotesi in cui manchi una concreta lesione dei diritti della difesa: come si è visto³³, infatti, nell'arresto strasburghese, si afferma che «*the rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction*»³⁴.

Per la Corte, in altri termini, qualsiasi impiego contro l'accusato delle prove acquisite in mancanza del difensore deve ritenersi vietato, in quanto compromette inevitabilmente le prerogative difensive.

La proposta di direttiva sembrava invece negare questa automaticità e, di conseguenza, apriva all'uso sia nei casi di illegittima compressione del diritto all'assistenza assistenza, sia in quelli di giustificata deroga allo stesso.

In ogni caso, né l'art. 10, né l'art. 13, par. 3, sono sopravvissuti alle lunghe trattative che hanno condotto all'accordo definitivo.

³¹ Si veda ancora il documento del Consiglio dell'Unione europea, 11497/11, 14 giugno 2011, p. 9. Secondo i proponenti, infatti, l'art. 10 «rispecchia[va] la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui la forma di ricorso più appropriata in caso di violazione del diritto a un processo equo, sancito dalla CEDU, è garantire che un indagato o un imputato sia messo quanto prima nella condizione in cui si sarebbe trovato se i suoi diritti non fossero stati violati».

³² Ci si riferisce a C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*.

³³ Cfr. Parte II, Cap. II, § 2.

³⁴ Così, testualmente, C. eur., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 55.

Sin dai primi “*meeting*” successivi alla presentazione del progetto di direttiva, varie delegazioni lamentavano l’eccessiva ambizione della proposta, che, a loro dire, «*on several points*» andava oltre «*the requirements of the European Convention on Human Rights (ECHR), as interpreted in the case-law of the European Court on Human Rights (ECtHR)*»³⁵.

Così, dopo varie limature e riduzioni, gli artt. 3 e 4 sono infine diventati uno solo: l’accesso all’assistenza tecnica non deve più essere garantito «quanto prima», ma soltanto «senza indebito ritardo» (art. 3, par. 2); le modalità di partecipazione del difensore a interrogatori e udienze non sono più direttamente disciplinate dalla direttiva, ma si rinvia alle «procedure previste dal diritto nazionale» (art. 3, par. 3, lett. b)³⁶; infine, quest’ultimo ha perso il diritto di partecipare a «qualunque atto investigativo» in cui è prevista la presenza dell’accusato e gli si concede di intervenire soltanto in quelli indicati dall’art. 3, par. 3, lett. c³⁷.

L’art. 10, par. 2 è stato *tout court* eliminato³⁸: si temeva, infatti, che tale disposizione rendesse inutilizzabili le dichiarazioni rese dal testimone, non solo nei casi patologici in cui gli inquirenti avrebbero dovuto sentirlo sin dall’inizio in

³⁵ Così si legge nel documento del Consiglio dell’Unione europea, 12643/11, 13 luglio 2011, p. 2.

³⁶ In senso critico verso questa formulazione, si esprimono E. CAPE- J. HODGSON, *The Right to Access to a Lawyer at Police Stations. Making the European Union Directive Work in Practice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, pp. 477-478.

³⁷ In merito ai cambiamenti fra la proposta iniziale e il testo definitivo della direttiva, si vedano le chiare parole di E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings: The transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2015, pp. 70-71, secondo la quale «*the text of Directive 2013/48/UE, although clearly improved compared with the interim Council’s proposal, falls short compared with the original, ambitious proposal presented by the Commission in 2011. The vagueness of certain rules of particular importance, as well as the silence of the European legislator in contentious issues, in which a position should have been taken, leave significant room for abuse for undermining the principles of fair criminal proceeding*».

³⁸ L’eliminazione viene proposta dalla Presidenza del Consiglio (si veda il documento del Consiglio dell’Unione, 13360/11, 9 settembre 2011, p. 38). Una sorte solo parzialmente diversa spetterà all’art. 10, par. 1: diversi Paesi – fra cui Francia, Olanda e Regno Unito – ne proponevano lo spostamento fra i considerando (si veda il documento del Consiglio dell’Unione europea, 15120/11, 5 ottobre 2011, p. 20). Dopo vari tentativi di rimaneggiamento volti a conservarne la collocazione «*in the operative part*» (si veda il documento del Consiglio dell’Unione europea, 18215/11, 6 dicembre 2011, p. 35, nota 71: «*various delegations suggested deleting this Article or transferring the text into the recitals [...], since the provision only states the obvious and could lead to confusion when kept in the operative part of the text. COM, supported by several other delegations, would like to keep it in the operative part of the text*), in effetti, la predetta disposizione viene inserita fra i considerando (n. 21), seppur in una versione decisamente rielaborata rispetto all’originale.

qualità di indagato, ma anche qualora gli elementi a suo carico fossero fisiologicamente emersi nel corso dell'audizione³⁹.

L'art. 13, par. 3, ha invece subito una totale metamorfosi.

In un primo tempo, sollevava dubbi soprattutto il riferimento alle prove reali, il quale, secondo molte delegazioni, avrebbe compromesso «*the efficacy of the criminal proceedings*»⁴⁰.

Successivamente, l'opportunità stessa di introdurre un divieto probatorio è stata oggetto di forti critiche⁴¹: la sua formulazione era considerata «*too categoric*» e si ricordava che «*it should be left to the courts to decide which material could be used as evidence, and that the ECtHR always looks at a case as a "whole" to verify compliance with the ECHR, including the way in which evidence is obtained*»⁴².

Per venire incontro a tali osservazioni, si formulava allora una nuova disposizione, che avrebbe consentito al giudice di ammettere le dichiarazioni «*made by the suspect or accused person obtained in breach of his right to a lawyer [...] only where, taking account of all the circumstances, to do so would not have an adverse effect on the overall fairness of the proceedings*». Come si può facilmente notare, si trattava, in sostanza, di una regola di esclusione discrezionale basata sul parametro dell'equità processuale, decisamente somigliante all'art. 78 *Police and Criminal Evidence Act* 1984⁴³.

³⁹ Cfr. ancora il documento del Consiglio dell'Unione europea, 12643/11, 13 luglio 2011, p. 13. Si veda anche il documento del Consiglio dell'Unione europea, 12897/11, 2 agosto 2011, p. 6: «*many delegations posed questions in respect of the rule provided for in Article 10(2). They considered that this line of reasoning would only make sense in the case of abuse by the proceeding authorities. However, in situations when there would not be such abuse, the proceedings authorities should be free to use a statement made by a person other than suspect or accused person (notably a witness) when this person becomes subsequently suspected or accused of a criminal act*».

⁴⁰ Il riferimento va ancora al documento del Consiglio dell'Unione europea, 12897/11, 2 agosto 2011, pp. 7 e 11.

⁴¹ Cfr. anche M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, cit., pp. 922-923; A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, cit., pp. 39-46.

⁴² Così si legge nel documento del Consiglio dell'Unione, 13360/11, 9 settembre 2011, p. 21.

⁴³ Come si ricorderà, tale disposizione, rubricata «*exclusion of unfair evidence*», dispone che «*in any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*». Cfr. Parte I, Cap. III, § 2.

Nemmeno questo tentativo è però riuscito a convincere. Come si legge in una nota della Presidenza del Consiglio, infatti, «quasi tutti gli Stati membri» avevano dichiarato «di non poter accettare il testo della proposta della Commissione», in quanto «ai giudici non si dovrebbero impartire direttive di alcun genere rispetto al valore da attribuire alle dichiarazioni ottenute da un indagato o imputato in violazione del suo diritto di accesso a un difensore»⁴⁴.

A seguito di parole così chiare, si decideva di rielaborare completamente la norma con l'obiettivo di «*not interfering with the systems of the Member States and not giving instructions to national judges, while at the same time ensuring that the issue of assessing the value of statements obtained in breach of the right of access to a lawyer is addressed*»⁴⁵. Ne risultava tuttavia un testo privo di qualsiasi forza prescrittiva, in cui ci si limitava ad affermare che «*member States shall ensure that the question of which value to be given to statements obtained from a suspect or accused person in breach of his right of access to a lawyer, or in cases where a derogation to this right was authorised in accordance with this Directive, shall be determined by a court having jurisdiction in criminal matters and being responsible for ensuring the overall fairness of the proceedings, in accordance with national legal procedures*»⁴⁶.

La sostanziale superfluità di una simile precisazione non passava comunque inosservata, tant'è che, nel *progress report* del 6 dicembre 2011, si ricordava come «*some [...] Member States wondered what the added value would be of this text, which has been substantially modified compared to the original Commission text. The suggestion was made to put the text in the recitals or delete it entirely*»⁴⁷.

Dopo il terzo "trilogo" del novembre 2012, tuttavia, la situazione si è delineata con maggior chiarezza e la disposizione in esame ha cominciato ad assumere la forma poi mantenuta sino all'approvazione⁴⁸.

Secondo l'art. 12, par. 2, «fatti salvi i sistemi o le norme nazionali in materia di ammissibilità delle prove, gli Stati membri garantiscono che, nel quadro dei

⁴⁴ Si veda il documento del Consiglio dell'Unione europea, 15533/11, 14 ottobre 2011, p. 5.

⁴⁵ Così si legge nel documento del Consiglio dell'Unione europea, 16130/11, 4 novembre 2011, p. 7.

⁴⁶ Ci si riferisce ancora al documento del Consiglio dell'Unione europea, 16130/11, 4 novembre 2011, p. 28.

⁴⁷ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea, 18215/11, 6 dicembre 2011, p. 37, nota 78.

⁴⁸ Si veda il documento del Consiglio dell'Unione europea, 16521/12, 3 dicembre 2012, p. 37.

procedimenti penali, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del loro diritto di accesso a un difensore o in casi in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto conformemente all'articolo 3, paragrafo 6, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento».

Sono quindi spariti definitivamente sia il divieto d'uso condizionato alla presenza di un pregiudizio effettivo, sia la regola di esclusione discrezionale; resta soltanto un generico obbligo, in capo al giudice, di rispettare le prerogative difensive e la *fairness*, durante la fase della valutazione probatoria.

La portata di questa prescrizione non è però del tutto chiara⁴⁹.

Mentre il richiamo ai diritti della difesa fa in effetti pensare all'onere di garantire all'accusato l'opportunità di contestare l'utilizzabilità e l'attendibilità della prova, l'esegesi del riferimento all'equità processuale sembra invece più complessa.

Di primo acchito, si potrebbe pensare che il legislatore europeo abbia voluto sommessamente alludere – pur senza farne esplicita menzione – al limite probatorio desumibile dall'arresto *Salduz c. Turchia*.

Tuttavia, a meglio considerare, questa auspicabile interpretazione si scontra con un incontrovertibile dato di fatto: se, nella proposta iniziale, pur temperato dalla clausola del pregiudizio effettivo, il divieto d'uso convenzionale non era riuscito a ottenere l'approvazione degli Stati membri, sembra davvero difficile ipotizzare che il testo, su cui invece si è raggiunto l'accordo, ne abbia voluto in qualche modo accogliere la versione più pura.

Questa impressione sembra del resto trovare conferma nel considerando n. 50, laddove viene offerta una precisa chiave esegetica della disposizione in commento: «in tale contesto», si puntualizza, «è opportuno tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», secondo cui «i diritti della difesa saranno irrimediabilmente pregiudicati quando dichiarazioni

⁴⁹ In questo senso, si vedano M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, cit., pp. 328-329; E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings: The transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, cit., p. 83.

incriminanti rese durante un interrogatorio di polizia senza la possibilità di avvalersi di un difensore sono usate ai fini di una condanna».

Affermare che «è opportuno tener conto» dell'orientamento della Corte europea, è cosa ben diversa dal dire che ne è vincolante l'applicazione: la direttiva, insomma, non sembra obbligare il giudice nazionale a osservare gli insegnamenti dell'arresto *Salduz c. Turchia*; molto più semplicemente, lo esorta a ricordarsi di quanto stabilito a Strasburgo, nel momento in cui deve vagliare il materiale probatorio acquisito in violazione del diritto all'assistenza tecnica.

Si tratta senza dubbio di un sottile compromesso, volto a evitare – proprio come volevano gli Stati membri – l'introduzione, in ambito eurounitario, di prescrizioni vincolanti in materia di gestione del compendio probatorio.

Insomma, il risultato finale pare piuttosto deludente.

A questo punto, era forse più efficace il silenzio serbato nelle direttive «sul diritto all'interpretazione e alla traduzione» e «sul diritto all'informazione»: come si è visto, infatti, in tali atti, la totale mancanza di esplicite indicazioni rende agevole e immediata la via dell'integrazione con la giurisprudenza europea.

Nella direttiva 2013/48/UE, invece, l'introduzione di una specifica disposizione da applicare in ipotesi di inosservanza del diritto all'assistenza tecnica ha paradossalmente comportato più danni che benefici: la rinuncia a formalizzare, all'interno della stessa, il divieto d'uso convenzionale e la sostituzione di quest'ultimo con un vago richiamo al rispetto della *fairness* sembra offrire agli ordinamenti nazionali – proprio come testimonia il considerando n. 50 – ampi margini di manovra⁵⁰.

Certo, le clausole di «non regressione» e di “equivalenza” contenute in questa, così come in tutte le altre direttive in materia di «diritti della persona nella procedura penale», dovrebbero prevenire significative deviazioni dal modello convenzionale.

⁵⁰ Cfr., in questo senso, M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, cit., p. 329, il quale osserva che la formula impiegata nell'art. 12, par. 2, «gives to the national jurisdictions an excessive interpretative space. According to it, a violation of the rights recognised by the directive could run either completely unpunished, or have very mild consequences».

Tuttavia, sembra affiorare da questa direttiva una curiosa tendenza idonea a scardinare tale certezza: è quasi come se gli orientamenti di Strasburgo fossero vincolanti per una sola metà, ossia per quanto riguarda il riconoscimento positivo di un diritto, e diventassero invece meramente indicativi per l'altra e, cioè, laddove vengono stabilite le conseguenze probatorie della sua violazione.

5. (segue) *L'analogia soluzione adottata nella direttiva sul «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza»*

Un'evoluzione simile ha caratterizzato anche il testo della direttiva – da poco pubblicata – in tema, fra l'altro, di «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza»⁵¹.

L'obiettivo è sempre il medesimo: consolidare la fiducia reciproca e, di conseguenza, la cooperazione giudiziaria, che rischiano di essere gravemente compromesse qualora «i diritti di indagati e imputati non siano rispettati in ogni circostanza»⁵².

Dalla relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva, emerge inoltre la consapevolezza che il sistema convenzionale «non garantisce pienamente la tutela della presunzione di innocenza: alcuni dei suoi aspetti», si afferma, «non sono stati trattati di recente o non lo sono stati in modo esaustivo e il procedimento d'impugnazione dinanzi alla Corte interviene solo *a posteriori* una volta esaurite tutte le vie di ricorso nazionali».

⁵¹ Per un'analisi complessiva del contenuto della direttiva in esame, si vedano L. CAMALDO, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino, 2014, pp. 84-86; M. CATERINI, *Dalla presunta innocenza dell'imputato alla presunta efficienza del sistema penale*, in *Pol. dir.*, 2015, pp. 41-44; A. DE CARO, *La recente direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto alla partecipazione al processo*, in www.quotidianogiudico.it, 23 febbraio 2016; O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1401 e ss. Cfr. anche M. CAGOSSI, *Prosegue inarrestabile il percorso dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione europea. Breve nota sul pacchetto di proposte presentato dalla Commissione europea il 27 novembre 2013*, cit.; J. DELLA TORRE, *Standard di prova e condanna penale: una ricostruzione metateorica e metagiurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 390.

⁵² Così si legge nella relazione di accompagnamento alla proposta iniziale della direttiva, consultabile nel documento del Consiglio dell'Unione europea, 17621/13, 11 dicembre 2013, p. 2.

Il nuovo atto eurounitario – come, del resto, tutti quelli precedenti – è stato quindi pensato per integrare «le garanzie previste dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» e, nello specifico, assicurare «che la presunzione di innocenza sia protetta sin dall'inizio del procedimento penale»⁵³.

Nel primo progetto, trovavano separata tutela, rispettivamente negli artt. 6 e 7, anche il «diritto di non incriminarsi e di non cooperare» e il «diritto al silenzio», considerati tasselli essenziali proprio della presunzione di innocenza⁵⁴.

In particolare, l'art. 6 imponeva agli Stati membri di assicurare che «all'indagato o imputato, in qualunque procedimento penale, [fosse] riconosciuto il diritto di non incriminarsi e di non cooperare» (par. 1) e che l'esercizio di tali facoltà non potesse «essere utilizzato contro» lo stesso, oppure essere «considerato come una conferma dei fatti» (par. 2).

L'art. 7 conteneva disposizioni speculari in relazione al «diritto di restare in silenzio».

In chiusura, i due articoli prevedano la medesima norma (par. 4): «non sono ammissibili le prove ottenute in violazione del presente articolo, salvo qualora il loro uso non pregiudichi l'equità del procedimento nel suo complesso».

Si trattava, ancora una volta, di una regola di esclusione discrezionale analoga a quelle rinvenibili negli ordinamenti di *common law*: la prova poteva essere ammessa solo dopo una prognosi positiva sulla possibilità di utilizzarla senza minare la *fairness* della procedura.

A ben vedere, una simile prescrizione andava anche oltre quanto richiesto dalla Corte della Convenzione: quest'ultima, infatti, come si è visto⁵⁵, in caso di violazione del diritto di non autoincriminarsi, compie un giudizio di bilanciamento multifattoriale in cui tiene certamente conto del ruolo del materiale probatorio nel giudizio di condanna, ma non ne limita, in linea di principio, l'utilizzabilità; soltanto

⁵³ Si veda il documento del Consiglio dell'Unione europea, 17621/13, 11 dicembre 2013, pp. 9-10.

⁵⁴ Cfr. ancora il documento del Consiglio dell'Unione europea, 17621/13, 11 dicembre 2013, p. 13. Questi due diritti vengono infatti entrambi considerati «aspett[i] important[i] del principio della presunzione di innocenza».

⁵⁵ Cfr. Parte II, Cap. II, §§ 7 e 8.

qualora la lesione delle prerogative difensive si sovrapponga a quella dell'art. 3 Cedu, l'uso diventa sicuramente proibito.

Di fronte a una proposta di questo tipo, come era prevedibile, i malumori degli Stati membri non hanno tardato a emergere: la maggior parte di essi riteneva che il par. 4 degli artt. 6 e 7 «*was not acceptable, since it would go against the principle of free assessment of evidence*» e ne suggeriva dunque l'eliminazione, oppure il trasferimento nel preambolo, con una foggia analoga a quella del già esaminato considerando n. 50 della direttiva 2013/48/UE⁵⁶.

Si procedeva quindi a soddisfare tali indicazioni. Gli artt. 6 e 7 venivano compendati in un'unica disposizione - il nuovo art. 6 (poi divenuto definitivamente il 7) - ⁵⁷ e il divieto probatorio, nonostante le resistenze della Commissione⁵⁸, si trasformava nel considerando n. 20 c, il quale precisava che «*member States should ensure that in the assessment of statements made by suspects or accused persons or of evidence obtained in breach of the right not to incriminate oneself or the right to remain silent, the rights of the defence and the fairness of the proceedings are respected*»⁵⁹.

A seguito del terzo trilogio del 1 luglio 2015, tuttavia, la situazione è ancora mutata.

Il Parlamento europeo proponeva di inserire nell'articolo sui «rimedi» un paragrafo secondo cui «*any evidence obtained in violation of Articles 6 shall be inadmissible*»; la Commissione chiedeva invece il ripristino del divieto originario; secondo il Consiglio, sarebbe invece stato sufficiente spostare, sempre nella parte relativa ai «rimedi», il contenuto del già citato considerando 20 c⁶⁰.

Alla fine, è prevalsa quest'ultima soluzione.

Nell'art. 10, è stato aggiunto un secondo paragrafo in forza del quale «fatti salvi le norme e i sistemi nazionali in materia di ammissibilità delle prove, gli Stati membri garantiscono che, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o

⁵⁶ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea, 12196/14, 29 luglio 2014, pp. 7-8.

⁵⁷ Si veda il documento del Consiglio dell'Unione europea, 12196/1/14, 4 agosto 2014, p. 24.

⁵⁸ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea, 14548/14, 21 ottobre 2014, p. 24.

⁵⁹ Così si legge testualmente nel documento del Consiglio dell'Unione europea, 12196/1/14, 4 agosto 2014, p. 17.

⁶⁰ Si veda il documento del Consiglio dell'Unione, 11112/15, 29 luglio 2015, p. 15, nota 27.

imputati o delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento».

In breve, eliminato ogni diretto riferimento all'ammissione della prova, o all'impossibilità di usarla, si è optato per una soluzione pressoché identica a quella adottata nella direttiva 2013/48/UE.

Questa volta, però, più o meno fortuitamente, il compromesso ha condotto all'elaborazione di una prescrizione che potrebbe davvero avvicinarsi agli insegnamenti della giurisprudenza di Strasburgo.

I richiami alla *fairness* e al rispetto delle prerogative difensive potrebbero in effetti essere interpretati come un obbligo per il giudice del caso concreto di compiere un vaglio prudente e ponderato delle prove acquisite in violazione del «diritto al silenzio» e di quello di «non autoincriminarsi». È questo, in fondo, ciò che verificano i giudici della Convenzione, all'interno dei loro *balancing test*⁶¹.

In altre parole, se l'intento era quello di riprodurre i parametri di giudizio strasburghesi, l'obiettivo è probabilmente stato sfiorato in misura maggiore rispetto a quanto avvenuto nella direttiva «sul diritto di avvalersi di un difensore».

Il merito, però, non è tanto del legislatore eurounitario, quanto piuttosto del fatto che, perlomeno in tale ambito, la Corte europea non pone limiti probatori specifici, ma opera per mezzo di criteri ben più ampi, che possono in qualche modo essere riassunti con le generiche espressioni contenute nella direttiva in esame.

6. Un uso distorto del richiamo alla *fairness* processuale

Il bilancio di queste prime iniziative, volte all'introduzione di «norme minime» relative ai «diritti della persona nella procedura penale», non può certo dirsi soddisfacente.

Il fondamentale passaggio fra l'astratta enunciazione di una regola e la previsione di adeguate "sanzioni" per la sua inosservanza si è rivelato – come, del

⁶¹ Cfr. Parte II, Cap. II, § 8.

resto, tradizionalmente accade – uno dei più vistosi punti deboli della normativa appena esaminata.

Eppure, almeno in questo caso, un buon esempio da seguire non mancava.

È vero che i giudici della Convenzione basano le loro valutazioni sul generico parametro dell'equità processuale; tuttavia, come si è visto⁶², quando è il momento di stabilire gli effetti della violazione di un diritto convenzionalmente tutelato si esprimono con termini ben più precisi⁶³.

Dicono, ad esempio, che una determinata prova non deve essere utilizzata contro l'accusato e, in alcuni casi, che non può essere ammessa.

A volte, quando invece ne è consentito l'uso a carico, spiegano come può essere impiegata, ad esempio, soltanto come riscontro.

Qualora, poi, più che sulla singola prova, l'attenzione è concentrata sul contesto generale della decisione, vengono elencati i vari parametri per mezzo dei quali il vaglio di equità sarà condotto.

Insomma, pur essendo un giudice che opera caso per caso, con l'unica guida di una Carta dei diritti, la Corte europea dei diritti dell'uomo compie pregevoli sforzi per spiegare il modo in cui opera e fornire indicazioni concrete agli Stati aderenti al Consiglio d'Europa.

L'Unione europea non sembra ancora essere in grado di fare altrettanto⁶⁴.

Nelle direttive sopra esaminate i richiami all'equità sono endemici: non rappresentano il punto di partenza per la creazione di regole precise, ma, al contrario, costituiscono l'unico strumento attraverso cui i diritti dell'accusato vengono tutelati⁶⁵.

⁶² Cfr. Parte II, Cap. II, § 10.

⁶³ Cfr., in questo senso, M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, cit., p. 321.

⁶⁴ Si vedano, in questo senso, M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, cit., p. 12; O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, cit., p. 1409.

⁶⁵ Cfr., a tal proposito, le riflessioni di M. GIALUZ, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 2, p. 13, il quale – in relazione alla direttiva «sull'interpretazione e la traduzione» – pone in rilievo il fatto che, «per verità, da una rapida lettura della direttiva sorge una preoccupazione: quella che i richiami ripetuti all'equità del procedimento (ben otto) possano tradursi in una sorta di valvola di sfogo che gli Stati membri potrebbero utilizzare per svuotare almeno in parte la garanzia [...]. Al fondo, vi è una confusione tra i diversi piani: quello del vaglio *ex post* dell'equità del singolo procedimento (proprio della Corte di Strasburgo) e quello della predeterminazione generale e

Eppure, non sembrano esserci molte alternative: la creazione di una trama uniforme di tutele per i diritti processuali dell'imputato, quantomeno analoga a quella intessuta a Strasburgo, sembra dover obbligatoriamente includere anche una duplicazione il più fedele possibile delle "sanzioni" probatorie elaborate in tale sede. Non può infatti sfuggire l'enorme differenza fra una disposizione che impone di valutare una prova secondo equità e un'altra che invece proibisce espressamente di utilizzarla contro l'imputato.

A ben vedere, l'Unione europea avrebbe invece a disposizione una grande opportunità, ossia quella di gettare le basi di una teoria comune delle invalidità, che razionalizzi, all'interno di disposizioni di diritto positivo, i divieti probatori man mano creati dalla Corte europea.

Così, si potrebbe ad esempio stabilire che la prova acquisita in violazione delle regole contenute nella normativa eurounitaria non possa essere utilizzata contro l'accusato, a pena di "iniquità" della procedura.

Certo, allo stato attuale, disposizioni di questo genere non riuscirebbero mai a ottenere l'approvazione delle delegazioni nazionali: il generico appello al rispetto dei canoni della *fairness* sembra essere l'unico compromesso accessibile e rappresenta la testimonianza più evidente della perdurante incapacità del legislatore eurounitario - troppo dipendente dal volere degli ordinamenti interni - di esprimersi in termini di ammissibilità e utilizzabilità del materiale probatorio.

Vi è infatti ancora la diffusa convinzione che solo il legislatore nazionale possa impartire ai propri giudici istruzioni vincolanti per quanto riguarda l'uso delle prove.

D'altra parte, però, bisognerebbe anche cominciare a rendersi conto che, perseverando sulla strada finora imboccata, ossia attraverso vaghe petizioni di principio, il valore aggiunto delle misure intraprese ai sensi dell'art. 82, par. 2, lett. b, TFUE, sarà ben poco. Anzi, in queste condizioni, come si è tentato di spiegare, c'è anche il rischio concreto che tali atti alimentino e, addirittura, legittimino alterazioni delle regole convenzionali.

astratta della garanzia (proprio di un atto normativo). Sarebbe bene non confonderli, neanche quando si tratta di una direttiva». Si veda anche ID., *La Corte di cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza a favore dell'imputato alloglotto*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2194.

CAPITOLO II

I nuovi strumenti della cooperazione

SOMMARIO. 1. «Un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera». – 2. (segue) Le “sanzioni” probatorie nella direttiva sull’OEI. – 3. Il pubblico ministero “europeo”. – 4. Il lungo cammino verso regole comuni.

1. «*Un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera*»

Le direttive sopra esaminate erano finalizzate al rafforzamento indiretto della cooperazione giudiziaria in materia penale, attraverso la creazione di un patrimonio condiviso di garanzie processuali, in parte riguardanti pure la formazione delle prove⁶⁶.

L’ordine europeo di indagine penale costituisce, invece, come è noto, uno degli strumenti attraverso cui tale collaborazione prenderà presto forma. Il suo circoscritto obiettivo – sicuramente meno impegnativo rispetto alla costruzione di regole comuni – consiste nel soddisfare, più agevolmente di quanto finora avvenuto, l’esigenza delle autorità giudiziarie e inquirenti di acquisire prove in un altro Stato membro.

Più che di una vera e propria innovazione, si tratta di un’opera di consolidamento, all’interno di un’unica fonte, di strumenti pattizi ed eurounitari preesistenti⁶⁷: le Convenzioni di assistenza giudiziaria del 1959 e del 2000, quella

⁶⁶ Si veda S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell’Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 55-56, il quale ricorda che le direttive emesse ai sensi dell’art. 82, par. 2, lett. b, TFUE, non costituiscono «misure direttamente destinate a rafforzare la cooperazione in materia penale per mezzo di un diretto impulso al reciproco riconoscimento, bensì strumenti che, ravvicinando i sistemi processuali statali in relazione ad aspetti di peculiare e condivisa importanza, possono costituire un incentivo indiretto alla fiducia fra le autorità giudiziarie nazionali».

⁶⁷ Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 2, il quale – riferendosi alla proposta di direttiva – ricorda che «alcuni Paesi coglievano l’occasione per presentare una proposta di direttiva che si prefiggeva come obiettivo la sola semplificazione e uniformazione della cooperazione orizzontale tra Stati in materia di prove, sostituendo così, con un unico testo

«di applicazione dell'accordo di Schengen», nonché le decisioni quadro 2003/577/GAI sull'esecuzione dei «provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro»⁶⁸ e 2008/978/GAI relativa al «mandato europeo di ricerca delle prove»⁶⁹ verranno infatti presto "assorbite" nell'OEI, che – replicandone i contenuti – regolerà pressoché ogni aspetto della cooperazione in materia di prova penale.

La direttiva 2014/41/UE⁷⁰, che ne contiene la disciplina, appare quindi, per lo più, un mosaico di cose già viste⁷¹.

L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento ai provvedimenti giudiziari riguardanti le prove non è certo una novità⁷² e, peraltro, il ruolo delle

normativo, le tante fonti che, nel corso degli anni, si erano affastellate a livello continentale. Veniva invece lasciato del tutto in disparte il tema delle regole comuni in materia d'ammissibilità reciproca delle prove». Si vedano anche G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 710; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, cit., pp. 8-9.

⁶⁸ Cfr. la decisione quadro 2003/577/GAI del 18 dicembre 2008, pubblicata in *G.U.U.E.*, 2 agosto 2003, L 196.

⁶⁹ Il riferimento va alla decisione quadro 2008/978/GAI del 22 luglio 2003, pubblicata in *G.U.U.E.*, 30 dicembre 2008, L 350.

⁷⁰ Ci si riferisce alla direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, pubblicata in *G.U.U.E.*, 1 maggio 2014, L 130.

⁷¹ Cfr., in questo senso, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 novembre 2014, p. 7, il quale ricorda che la direttiva sull'OEI «mira ad istituire un sistema di raccolta transnazionale delle prove, che pur ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, 'tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria'. Ciò spiega perché il suo nucleo centrale sia composto da disposizioni spesso sovrapponibili a quelle degli atti normativi che l'hanno preceduta»; S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, cit., p. 558, secondo cui «la novità del mezzo è più apparente che reale». Si vedano anche M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., pp. 3-4; L. KLIMEK, *Free movement of evidence in criminal matters in the Eu*, cit., pp. 286-288.

⁷² Ci si riferisce soprattutto al mandato europeo di ricerca della prova. Per approfondimenti su questo strumento, presto destinato a essere assorbito dall'ordine europeo d'indagine penale, ma che, comunque, in sostanza, non aveva conosciuto applicazioni pratiche, si vedano R. BELFIORE, *Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, n. 17, pp. 2-12; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, cit., pp. 712-714; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., pp. 569-578; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., pp. 484-512; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., pp. 150-163; B. HECKER, *Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, p. 269 e ss.; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, cit., pp. 268-272; L. KLIMEK, *Free movement of evidence in criminal matters in the Eu*, cit., pp. 265-276; M.R. MARCHETTI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, cit., p. 369 e ss.; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., pp. 63-65; M. MENNA,

autorità governative risulta da tempo fortemente ridimensionato anche in ambito rogatorio⁷³.

Allo stesso modo, le specifiche regole, per il compimento di determinate attività investigative transfrontaliere, inserite nell'atto in esame, sono state mutate – spesso quasi testualmente – dal diritto pattizio preesistente⁷⁴.

Infine, pure i meccanismi adoperati per favorire la compatibilità del risultato probatorio con la *lex fori* erano già ben noti⁷⁵: la possibilità per l'autorità giudiziaria di partecipare all'acquisizione della prova all'estero corrisponde all'ipotesi di "concelebrazione" delle rogatorie prevista dall'art. 4 della Convenzione di Strasburgo del 1959, mentre l'obbligo dell'«autorità di esecuzione» di attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate» da quella «di emissione» è stato ripreso dalla Convenzione di Bruxelles del 2000 (art. 4, par. 1)⁷⁶.

Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 370 e ss.; C.C. MURPHY, *The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?*, in AA.VV., *Crime within the area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, a cura di C. Eckes-T. Konstadinides, Cambridge, 2011, pp. 224-248; N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, cit., p. 327 e ss.; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 153 e ss.

⁷³ Cfr. S. ALLEGREZZA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in AA.VV., *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L.D. Cerqua, t. II, Padova, 2009, p. 1334-1335; R. BELFIORE, *Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments*, cit., p. 14; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 544; D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, cit., pp. 341-343; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, cit., p. 272; A. PERDUCA, *Prove, investigazioni e cooperazione giudiziaria su scala europea*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, cit., pp. 350-351; B. PIATTOLI, voce *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 1475.

⁷⁴ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., p. 220, la quale ricorda che, per quanto riguarda la disciplina del Capo IV, «il legislatore europeo ha sostanzialmente mutuato dalla Convenzione U.E. e relativo Protocollo del 2001». Si vedano anche L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3520.

⁷⁵ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, cit., p. 217, secondo cui «per quanto riguarda il problema dell'utilizzabilità degli atti si è seguita la via consueta».

⁷⁶ Cfr., per ulteriori approfondimenti, A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003, pp. 405-416; D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca-M.R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 120-125; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, cit., pp. 708-709; A. MANGIARACINA, *A New Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, cit., p. 116; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, pp. 13-25 e 41-45; EAD., voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I, Milano, 2008, pp. 1035-1038;

Le principali innovazioni – comunque indubbiamente positive – sono pertanto costituite, per un verso, dalla già ricordata semplificazione normativa⁷⁷ e, per altro verso, dalla forza cogente della direttiva, che – rispetto ad altre fonti – non potrà tanto facilmente essere ignorata⁷⁸; l'Italia, ad esempio, non ha recepito la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, né ha ratificato la Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000.

Insomma, l'ordine europeo di indagine penale non è nulla di più quanto ci si riprometteva di fare nel Programma di Stoccolma, ossia «un sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio di riconoscimento reciproco», che contempla « quanti più tipi di prove possibile », stabilisce « termini di esecuzione » e limita « i motivi di rifiuto ».

Chi si attendeva nuove e dettagliate regole probatorie comuni, criteri europei di ammissibilità delle prove, fitte trame di garanzie difensive, è certamente rimasto deluso. D'altra parte, però, nulla lasciava presagire che ambizioni tanto elevate sarebbero state soddisfatte.

Le regole e le garanzie procedurali da applicare e, soprattutto, da rispettare, restano dunque prevalentemente quelle degli Stati membri coinvolti ed

N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, cit., pp. 332-335; A. PERDUCA, *Relatore*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, cit., p. 127; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, cit., pp. 211-212; J.A.E., VERVAELE, *European criminal justice in the post-libson area of freedom, security and justice*, Napoli, 2014, p. 151; D. VIGONI, *Dalla Rogatoria all'acquisizione diretta*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., p. 420 e ss.

⁷⁷ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 586.

⁷⁸ Si veda M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 167, la quale, facendo il bilancio della proposta di direttiva sull'ordine europeo di indagine penale afferma: « appare evidente come la proposta abbia il fine di approntare uno strumento che dovrebbe essere più agile rispetto alle rogatorie tradizionali e, soprattutto, consentire una maggiore celerità nell'espletamento delle attività richieste ottenuta attraverso tempi contingentati di esecuzione [...] ». Quanto ai contenuti, sono state impiegate con minime variazioni, le disposizioni di precedenti accordi che sono evidentemente apparse idonee a raggiungere lo scopo voluto: una sorta di costume di Arlecchino, insomma, che, opportunamente corretto in relazione ad alcuni aspetti e trasfuso in una direttiva, potrebbe effettivamente risultare di una certa utilità ».

è responsabilità di questi ultimi creare materiale probatorio utilizzabile nella sede giudiziaria in cui si svolge il procedimento⁷⁹.

In breve, l'Unione europea aveva ricevuto il solo compito di porre in essere le condizioni essenziali per un'agevole e proficua cooperazione; alle autorità giudiziarie e inquirenti, spetta invece ancora l'onere di adoperarsi al fine di ottenere risultati concreti e spendibili, integrando, di volta in volta, attraverso la *lex loci* e la *lex fori*, la scarsa disciplina della direttiva 2014/41/UE.

Due, a questo punto, potrebbero essere gli interrogativi: è stato fatto abbastanza? Si poteva forse fare di più?

Per quanto riguarda la prima questione, pare che, effettivamente, otto motivi di rifiuto siano un po' troppi per un congegno basato sul reciproco riconoscimento; la clausola di territorialità e quella del rispetto dei diritti umani, il principio della doppia incriminazione, o la possibilità di rifiutare il compimento di un atto non previsto in un caso interno analogo, costituiscono i segni evidenti di una fiducia mancante, o, perlomeno, in via di sviluppo⁸⁰.

Liste di condotte criminose che non richiedono la doppia incriminazione e di atti che devono essere sempre disponibili non bastano per modificare questa

⁷⁹ Si veda, in questo senso, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2, secondo cui «lo scenario di fondo è sempre quello – di tipo orizzontale e non verticale – per cui ciascuno Stato mantiene il proprio diritto delle prove e in questa prospettiva la direttiva ripropone alcune soluzioni già sperimentate in precedenza». Si vedano anche R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3295-3296; L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2014; L. PULITO, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, cc. 381-383; S. RUGGERI, *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering on the EU*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, cit., p. 288.

⁸⁰ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 714, il quale afferma che «poste, solo apparentemente, a presidio dei profili di legalità nell'esecuzione del provvedimento richiesto, le condizioni ostative [...] finiscono per tradire la fiducia reciproca tra gli Stati, a detrimento della cooperazione giudiziaria»; «quel che continua ad apparire evidente», conclude infatti l'Autore «è che, troppo spesso, le preoccupazioni di carattere "istituzionale", travalicando gli interessi interni alle dinamiche di ricerca e acquisizione della prova, espongono il processo ad ingiustificati stalli investigativi». Cfr. anche M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 8; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, cit., p. 11.

impressione; soprattutto, se si pensa che l'autorità di esecuzione può anche «ricorrere ad un atto d'indagine diverso da quello richiesto nell'OEI», qualora – a suo dire – quello sostitutivo «assicuri lo stesso risultato», ma «con mezzi meno intrusivi» (art. 10, par. 3)⁸¹.

Le scelte autoritative in mano a chi viene chiamato a fornire assistenza restano dunque molteplici e, per giunta, consentono di interferire significativamente nel merito delle richieste dell'emittente⁸².

Queste constatazioni conducono allora immediatamente al secondo quesito, ossia al dubbio che si potesse osare di più.

La risposta pare, però, negativa.

Il progetto originario conteneva, in effetti, un numero ridotto di motivi di rifiuto rispetto a quelli presenti nel testo definitivo; tuttavia, fu proprio questo aspetto uno di quelli maggiormente criticati dell'iniziativa: sin dalle prime discussioni, infatti, «*several delegations, while agreeing in principle on the approach outlined above, have voiced concerns over the reduced number of grounds for refusal included in the text. Several proposals have been made asking for the expansion of the list contained in Article 10 by adopting grounds for refusal mostly inspired by existing instruments*»⁸³.

⁸¹ Cfr., a tal proposito, R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3296, la quale afferma che, attraverso questa opportunità, all'autorità di esecuzione sia stato conferito «un margine di discrezionalità troppo ampio, peraltro estraneo alla logica del mutuo riconoscimento»; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 13, la quale afferma che «seppur strumentale ad assicurare il più alto livello di tutela dei diritti, tale generico controllo di proporzionalità, affidato in via esclusiva allo Stato di esecuzione, può aprire cospicui spazi all'applicazione della *lex loci*, con intuibili conseguenze sul piano dell'ammissibilità ed utilizzabilità del dato probatorio»; A. MANGIARACINA, *A New Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, cit., pp. 127-128.

⁸² Si vedano le riflessioni di R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014, pp. 216-217, secondo la quale «se è certamente opportuno arginare l'indesiderabile proliferare dell'emissione di ordini di indagine europei rispetto a procedimenti per reati bagatellari, non è forse altrettanto opportuno percorrere la via che apre a una così ampia discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria di esecuzione, per di più su valutazioni che è giusto competano alla sola autorità di emissione».

⁸³ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea, n. 12201/10, 20 luglio 2010, p. 10. Si veda anche il documento del Consiglio dell'Unione europea, n. 15531/10, 29 ottobre 2010, p. 6, nel quale si legge che diversi Stati membri avevano «sollevato preoccupazioni» circa il fatto che l'emissione o l'esecuzione di un OEI potesse «non essere proporzionata» e, in base «all'esperienza di applicazione del mandato d'arresto europeo», avevano segnalato «l'importanza di assicurare un controllo di proporzionalità di ciascun OEI».

Insomma, sotto questo punto di vista, non sembra fosse possibile compiere ulteriori passi in avanti: mancava la volontà di affidarsi completamente alle autorità di un altro Stato membro, tanto da eseguire incondizionatamente un loro “ordine” di indagine penale.

Nemmeno, d’altro canto, pare fosse questa la sede opportuna per tentare di accrescere la fiducia reciproca attraverso nuovi *standard* comuni di acquisizione delle prove, oppure per l’introduzione di criteri uniformi di ammissibilità.

Senza dubbio, come si è già detto, una decisa opera di “ravvicinamento” delle garanzie e delle regole è un traguardo auspicabile e, a tal fine, l’OEI potrebbe anche contribuire in via indiretta: la continua ibridazione della *lex loci* con la *lex fori*, nonché il confronto e la collaborazione fra giudici e inquirenti di sistemi giudiziari diversi, potranno forse generare uno spontaneo rimescolamento dei modelli probatori, finora segnati dai confini nazionali⁸⁴.

Tuttavia, sarebbe stata probabilmente una forzatura agire in via diretta, tentando di inserire – nella disciplina di uno strumento rivolto essenzialmente a regolare il reciproco riconoscimento di decisioni giudiziarie – nuove indicazioni sovranazionali in merito alla raccolta e all’utilizzabilità del materiale probatorio ottenuto attraverso attività di cooperazione transnazionale⁸⁵.

2. (segue) Le “sanzioni” probatorie nella direttiva sull’OEI

⁸⁴ Cfr., in questo senso, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., pp. 9-10. Si vedano anche le riflessioni di S. ALLEGREZZA, *L’armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., pp. 3888-3889.

⁸⁵ Si vedano, però, le riflessioni di L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull’ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3514, i quali lamentano il fatto che «la creazione del nuovo strumento probatorio, fondato sul principio del mutuo riconoscimento, non è stata accompagnata – come sarebbe stato naturale e opportuno – da una contestuale armonizzazione delle regole di acquisizione e di utilizzazione delle prove, con l’adozione di norme comuni, come auspicato dal Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità». Cfr. anche V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, cit., p. 715, per la quale la direttiva in questione «trascur[a] di considerare le implicazioni legate alle differenze tra i diversi ordinamenti nazionali, assicurando il trasferimento di materiale probatorio senza definire i caratteri minimi che deve possedere per essere utilizzabile nel processo di destinazione e poter circolare liberamente nell’intero territorio europeo».

Un profilo trascurato, su cui sarebbe stato forse opportuno intervenire più in dettaglio, è invece proprio quello delle “sanzioni” probatorie.

Sebbene l'ordine europeo di indagine penale sia stato costruito attraverso una disciplina scarna ed essenziale, che necessita di continue integrazioni da parte delle legislazioni nazionali, non mancano comunque diverse prescrizioni, il cui rispetto pare di notevole importanza sia ai fini di un'efficiente collaborazione fra gli Stati membri, sia per la tutela degli interessi dei soggetti coinvolti.

Così, l'art. 5, in cui viene disciplinato il «contenuto» e la «forma» dell'OEI, richiede, fra l'altro, la firma dell'autorità di emissione e «una descrizione della condotta penale che forma l'oggetto» del procedimento, «degli atti di indagine richiesti», nonché «degli elementi di prova da ottenere».

Il successivo art. 6 stabilisce che l'emissione dell'ordine può avvenire soltanto qualora – «tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata» – appaia «necessaria e proporzionata» rispetto agli obiettivi da perseguire e gli atti «richiesti» possano essere compiuti «alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Infine, secondo l'art. 7, par. 1, l'«OEI completato conformemente all'articolo 5» deve essere trasmesso all'autorità di esecuzione con mezzi idonei a «conservar[n]e una traccia scritta in condizioni che permettano allo Stato di esecuzione di stabilirne l'autenticità».

Come si è già accennato, sono anche presenti, nel capo IV, varie disposizioni relative a specifici atti d'indagine, per la maggior parte ereditate dal diritto pattizio “incorporato” nella direttiva 2014/41/UE.

Ad esempio, l'art. 22, par. 5, in merito al «trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute ai fini di un atto d'indagine» richiede che «le modalità pratiche del trasferimento» della persona, «compresi i dettagli della sua detenzione nello Stato di emissione e i termini entro i quali deve essere trasferita dal territorio dello Stato di esecuzione e ricondotta nello stesso» siano «concordati» fra i Paesi interessati.

Piuttosto particolareggiata pare poi la regolamentazione delle video e teleconferenze.

Si prevede anzitutto l'obbligo, per lo Stato di esecuzione, di citare per l'udienza il soggetto da sentire e di informarlo «dei propri diritti ai sensi del diritto dello Stato di emissione, in tempo utile affinché possa esercitare effettivamente i suoi diritti di difesa» (art. 25, par. 3).

Inoltre, secondo quanto stabilito dall'art. 25, par. 5, l'audizione deve essere «condotta direttamente dall'autorità competente dello Stato di emissione, o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno» e, al termine dell'atto, è richiesta la redazione di «un verbale» da trasmettere all'autorità di emissione, «indicante la data ed il luogo dell'audizione, l'identità della persona ascoltata, le identità e le qualifiche di tutte le altre persone che hanno partecipato all'audizione nello Stato di esecuzione, le eventuali prestazioni di giuramento e le condizioni tecniche in cui si è svolta l'audizione» (art. 25, par. 6).

Infine, si possono ancora ricordare gli obblighi informativi gravanti sull'autorità di emissione, qualora richieda «informazioni relative a «conti» (art. 26, par. 5) e «operazioni» bancari (art. 27, par. 4), oppure gli accordi che devono intercorrere fra le autorità interessate - «nel rispetto dei rispettivi diritti e procedure nazionali» - sulle modalità di esecuzione e sulla durata delle «operazioni di infiltrazione» (art. 29, par. 4).

Insomma, qual è la sorte delle prove acquisite in violazione di queste e delle altre norme che formano la disciplina dell'OEI?

Come abbiamo visto, nella direttiva 2013/48/UE sul «diritto di avvalersi di un difensore» (art. 12, par. 2) e in quella «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza» (art. 10, par. 2), analogo interrogativo è stato risolto attraverso disposizioni, pressoché identiche, collocate negli articoli sui “rimedi”: fatte salve le regole nazionali in materia di ammissibilità delle prove, - si è precisato - le prove ottenute in violazione del diritto all'assistenza tecnica, o di quello a non autoincriminarsi, devono essere valutate nel rispetto dei diritti della difesa e dell'equità del procedimento.

A ben vedere, effettivamente, qualcosa di – *prima facie* – piuttosto simile è stato previsto anche nella direttiva 2014/41/UE: secondo l'art. 14, par. 7, infatti, «*without prejudice to national procedural rules Member States shall ensure that in criminal proceedings in the issuing State the rights of the defence and the fairness of the proceedings are respected when assessing evidence obtained through the EIO*»⁸⁶.

Tuttavia, fra le due formulazioni, vi è un'importante differenza.

Nelle direttive sui «diritti della persona nella procedura penale», come si può facilmente notare, il particolare onere valutativo, a carico del giudicante, viene espressamente collegato ai casi in cui i diritti tutelati siano stato violati; al contrario, l'art. 14, par. 7, della direttiva sull'OEI non fa alcun riferimento a tale ipotesi.

In altre parole, nei primi due atti, gli effetti della trasgressione dei dettami europolitari sembrano manifestarsi ed esaurirsi in quest'obbligo di valutare il materiale probatorio secondo i canoni della *fairness* e in osservanza dei diritti della difesa; al contrario, nella direttiva 2014/41/UE, il richiamo al rispetto di tali garanzie non è stato pensato come reazione all'inosservanza della disciplina dell'OEI, tant'è che opera del tutto indipendentemente da essa.

Insomma, in mancanza di precisazioni ulteriori rispetto a quella appena esaminata⁸⁷, sembra che la questione del trattamento da riservare alle prove acquisite tramite procedure di cooperazione viziata non sia stata per nulla affrontata⁸⁸.

⁸⁶ Pare interessante notare che la versione italiana – anziché fare riferimento all'«equità del procedimento», come avviene nella direttiva 2013/48/UE sul «diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale» (art. 12, par. 2) e in quella «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza» (art. 10, par. 2) – parla, forse impropriamente, di «giusto processo»: «lo Stato di emissione tiene conto del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI sono stati impugnati con successo conformemente al proprio diritto nazionale. Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un *giusto processo* nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI».

⁸⁷ Si rinviene soltanto una fattispecie di inutilizzabilità speciale riguardante le intercettazioni, mutuata dall'art. 20 della Convenzione di Bruxelles del 1950: l'art. 31, par. 3, lett. b), prevede, infatti, che, qualora l'autorità competente dello Stato membro, sul cui territorio si svolgono le captazioni, neghi il proprio consenso, «gli eventuali risultati dell'intercettazione già ottenuti [...] non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati solo alle condizioni da essa specificate».

⁸⁸ Si veda, in questo senso, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 8, la quale ricorda che, nella disciplina dell'OEI, oltre a non aver garantito «la reciproca ammissione delle prove», non si è nemmeno previsto «un sistema unitario e condiviso di sanzioni che garantiscano l'effettività di una tutela multilivello delle garanzie» in essa iscritte. Cfr. anche, in

Naturalmente, opereranno, in via di integrazione, le garanzie contenute nelle direttive ex art. 82, par. 2, lett. b, TFUE, nonché – nei limiti della “clausola di equivalenza” di cui all’art. 52, par. 3, della Carta di Nizza – quelle elaborate in seno al sistema convenzionale⁸⁹.

Tuttavia, per il resto, ci si è in sostanza voluti affidare, anche per questo delicato aspetto, alle normative nazionali.

Tutto dipenderà quindi dal modo in cui questo nuovo strumento verrà attuato dagli Stati membri e da come il meccanismo dell’OEI si innesterà sulle preesistenti regole domestiche volte a disciplinare le cause di inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto con le tradizionali procedure di assistenza giudiziaria.

Ad esempio, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, la soluzione consisterà probabilmente nel riadattamento dell’art. 729 c.p.p.⁹⁰, che, come è noto, regola l’«utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria»⁹¹.

relazione alla decisione quadro sul mandato europeo di ricerca della prova, G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, cit., p. 271.

⁸⁹ Si veda M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 6.

⁹⁰ Si veda, in questo senso, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 20, secondo cui la direttiva sull’OEI ha l’effetto di «rivitalizzare l’inutilizzabilità prevista dall’art. 729.1 c.p.p.: quest’ultimo arriva a conferire al giudice del dibattimento il potere di dichiarare l’invalidità delle prove acquisite o trasmesse in violazione dei principi di equivalenza e di proporzionalità».

⁹¹ Per approfondimenti su questa disposizione e sulla portata delle sue disposizioni, si vedano, fra gli altri, S. ALLEGREZZA, *L’acquisizione della prova all’estero e i profili transnazionali*, cit., pp. 1335-1340; R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all’estero*, cit., pp. 37-57; A. CIAMPI, *L’assunzione di prove all’estero in materia penale*, cit., pp. 585-632; F. CORDERO, *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l’arte della mannaia. L’aberrante divieto testimoniale è da monarchia assoluta*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 43, p. 9 e ss.; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., pp. 562-563; A. DE FRANCESCO, *La sanzione di inutilizzabilità dell’art. 729 C.P.P. quale garanzia del rispetto delle convenzioni e del diritto internazionale generale in tema di rogatorie*, in AA.VV., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino, 2002, p. 135 e ss.; P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo. Per la prova «estera» regime più severo rispetto a quello interno*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 36, p. 34 e ss.; M.R. MARCHETTI, *L’assistenza giudiziaria internazionale*, cit., pp. 140-151; EAD., voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, cit., pp. 1056-1059; L. NORCIO, *Inutilizzabilità: variabile impazzita?*, in AA.VV., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, cit., p. 211 e ss.; C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011, pp. 127-143; B. PIATTOLI, voce *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, cit., pp. 1484-1486; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1164 e ss.; A. SCELLA, *L’inutilizzabilità delle prove raccolte all’estero mediante rogatoria*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., p. 349 e ss.; G. UBERTIS, *La prova acquisita all’estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 700-702.

Un'operazione di questo genere potrebbe in effetti essere sufficiente per dotare il giudicante di uno strumento idoneo a garantire il rispetto delle regole contenute nella direttiva in esame.

Così, ad esempio, la prima parte del comma 1 consentirebbe di sanzionare la violazione delle prescrizioni riguardanti la «trasmissione» dell'ordine e di quelle relative all'«acquisizione» delle prove.

La disposizione successiva, secondo cui, «qualora lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni», potrebbe invece essere sfruttata per garantire il rispetto dei vari accordi che, come si è visto, dovranno essere raggiunti fra le autorità di emissione ed esecuzione.

Infine, il comma 1 *bis*, per il quale, «se lo Stato estero dà esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria [...], gli atti compiuti dall'autorità straniera sono inutilizzabili», sembra riferibile al dovere dell'«autorità di esecuzione» di attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate» da quella di emissione (art. 9, par. 2)⁹².

Un ruolo importante, come segnalato in dottrina⁹³, verrà forse giocato dal requisito della “proporzionalità” della misura “ordinata”, che – proprio per il nostro

⁹² Cfr., in questo senso, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 20.

⁹³ Si vedano S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, pp. 59-64; I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, pp. 14-16; L. BACHMAIER WINTER, *The role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, cit., pp. 96-106; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 3293; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., pp. 5-6; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 7; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 9; D. HELENIUS, *Mutual Recognition in Criminal Matters and the Principle of proportionality. Effective Proportionality or Proportionate effectiveness?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 3, p. 349 e ss.; E.N. LA ROCCA, *La rogatoria*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, pp. 261-264; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, cit., p. 24; T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*.

sistema processuale più che per altri – potrebbe dischiudere scenari inediti; questo parametro di emissione dell'ordine, infatti, congiunto alla necessità di valutare ogni prova acquisita nel rispetto della *fairness* processuale e dei diritti della difesa (art. 14, par. 7), sembra offrire al giudicante italiano l'opportunità di svolgere delicati «bilanciamenti dei valori in gioco»⁹⁴, a cui – almeno formalmente – sembrano più avvezzi i suoi omologhi di altri ordinamenti, nonché, ovviamente, la Corte di Strasburgo⁹⁵.

Ad ogni modo, sarebbe forse valsa la pena di non abbandonare totalmente la questione nelle mani degli Stati membri: in fin dei conti, ci si sarebbe anche potuti accontentare di una formula minimale che, molto semplicemente, li impegnasse a regolare l'inutilizzabilità delle prove raccolte in violazione della disciplina dell'OEI.

Allo stato attuale, invece, il rischio che tali trasgressioni restino prive di conseguenze è senza dubbio presente: la regola, «in assenza della sanzione», perde «la propria identità, risolvendosi, di fatto, in una semplice raccomandazione, in quanto tale sempre derogabile in sede applicativa»⁹⁶.

Nulla, del resto, sembra aggiungere l'appello alla tutela delle garanzie individuali contenuto nell'art. 1, par. 4: «la [...] direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a

Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases, cit., p. 41.

⁹⁴ Così, testualmente, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 9.

⁹⁵ Si vedano le riflessioni di R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 56, secondo il quale si va verso «una transizione sempre più marcata da una legalità di tipo 'statico', prevalentemente 'normativa' a una legalità 'europea' di tipo 'dinamico', prevalentemente 'giurisprudenziale'». Si veda anche M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 145.

⁹⁶ Così, testualmente, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 10, la quale ricorda anche che «ogni tentativo di rafforzare diritti e garanzie si rivela, in fin dei conti, mera apparenza se non accompagnato da un adeguato arsenale sanzionatorio, che ne garantisca l'effettività». Si veda anche M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, cit., p. 319, il quale ricorda che «if there is no sanction, the rule changes its nature: from an order which must be strictly obeyed, to a mere suggestion, a guideline, as a cooking recipe or a music score, which can – or even must – be disregarded by a performer with a good experience in the field».

procedimento penale, e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti a tale riguardo alle autorità giudiziarie»⁹⁷.

Si tratta, infatti, del solito, generico, proclama che contiene troppi sottintesi per potersi fregiare di una qualche reale forza prescrittiva.

3. Il pubblico ministero "europeo"

La creazione di un ufficio europeo del pubblico ministero è un'idea di cui ormai si discute da parecchio tempo⁹⁸.

Trascorsi più di dieci anni dalla presentazione della prima versione del *Corpus juris*, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ne ha fissato le basi normative all'interno dell'art. 86, che contempla la possibilità di istituire una «Procura», «competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio [...] gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione [...] e i loro complici»,

⁹⁷ Si veda, in questo senso, M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, cit., p. 12.

⁹⁸ Per approfondire lo sviluppo dell'idea di un pubblico ministero europeo, dal *Corpus Juris* del 1997 a quello del 2000, dal Libro verde «sulla tutela degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea» sino, poi, al Trattato di Lisbona, si vedano, fra gli altri, T. ALESCI, *La procura europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2014, n. 1, pp. 1-5; S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., pp. 279-288; M. BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 745 e ss.; L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, cit., pp. 71-77; V. COMI, *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013, pp. 541-544; A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor's Office. A Ground-Breaking New institution of the Legal Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 127-130; G. DI PAOLO-S. MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 FINAL*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 361-362; A. ERBEŽNIK, *European Public Prosecutor's Office (EPPO) – too much, too soon, and without legitimacy?*, in *European Criminal Law Review*, 2015, pp. 212-213; V. PACILEO, *Pubblico ministero. Ruolo e funzioni nel processo penale e civile*, Torino, 2011, pp. 485-495; M. PANZAVOLTA, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, cit., pp. 179-185; R. PARIZOT, *The future EPPO: what role for the CJEU?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 538-540; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002, pp. 183-193; F. RUGGIERI, *Le più importanti novità in tema di diritto processuale penale del Corpus Juris 2000*, in AA.VV., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004, pp. 197-208; F. SPIEZIA, *Gli scenari per l'istituzione del procuratore europeo alla luce del Trattato di Lisbona e i rapporti con Eurojust*, in AA.VV., *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, pp. 127-129.

esercitando direttamente «l'azione penale», «dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri» (par. 2).

Il traguardo è senza dubbio affascinante.

Dall'obiettivo di facilitare il più possibile il coordinamento e la collaborazione fra le autorità inquirenti degli Stati membri, si sta infatti passando all'opzione ben più radicale di sostituirle con un unico organo, che ne assorba le competenze, le funzioni e i poteri. Soprattutto in relazione alle fattispecie di reati transnazionali, quindi, la Procura europea potrebbe rappresentare il più avanzato laboratorio di cooperazione giudiziaria sinora concepito nel contesto dell'Unione⁹⁹.

Come è noto, la proposta del regolamento che dovrebbe definire, fra l'altro, le «condizioni di esercizio delle sue funzioni», «le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove», nonché quelle concernenti il «controllo giurisdizionale degli atti procedurali» da essa adottati (art. 86, par. 3, TFUE), è stata presentata nel luglio del 2013¹⁰⁰.

A più di due anni di distanza, la situazione è ancora in continuo divenire e, comunque, il percorso verso l'approvazione definitiva appare tutt'altro che agevole.

In ogni caso, quanto finora prospettato non è per nulla rassicurante.

Soprattutto le variazioni *in itinere*, contenute – per la parte che interessa questa sede – nella bozza più aggiornata, risalente al 22 dicembre 2015¹⁰¹, dimostrano, ancora una volta, come la necessità di raggiungere un compromesso gradito a tutte le parti finisca quasi sempre per logorare l'efficacia delle iniziative eurounitarie.

Alcuni dei rimaneggiamenti più significativi hanno senza dubbio riguardato la struttura della Procura, lo svolgimento delle indagini e l'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito.

⁹⁹ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *The potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, 2015, pp. 130-134; F. SPIEZIA, *Gli scenari per l'istituzione del procuratore europeo alla luce del Trattato di Lisbona e i rapporti con Eurojust*, cit., pp. 133-136; A. VENEGONI, *Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2012.

¹⁰⁰ La proposta iniziale è consultabile in www.consilium.europa.eu, all'interno del documento del Consiglio dell'Unione europea, 12558/13, 18 luglio 2013.

¹⁰¹ La versione corrente del progetto di regolamento, in relazione agli articoli che più interessano all'interno di questo lavoro (artt. 1-35), è reperibile in www.consilium.europa.eu, nel documento del Consiglio dell'Unione europea, 15100/15, 22 dicembre 2015.

Per quanto riguarda il primo profilo, inizialmente, era stata prevista un'istituzione piuttosto snella, composta soltanto da «un procuratore europeo» per la direzione delle attività e l'organizzazione del lavoro, «i suoi sostituti» con il compito di assisterlo «in tutte le sue funzioni» e i «procuratori europei delegati», incaricati di svolgere le indagini ed esercitare l'azione penale (art. 6 della proposta iniziale)¹⁰².

Ora, invece, gli organi si sono moltiplicati¹⁰³.

Come si legge nell'art. 7, rubricato «struttura della Procura europea», «l'ufficio centrale è formato dal collegio, dalle camere permanenti, dal procuratore capo europeo, dai suoi sostituti e dai procuratori europei» (par. 3), mentre «il livello decentrato è composto dai procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri» (par. 4).

Il collegio «prende decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi» (art. 8).

Le camere permanenti «monitorano e indirizzano le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati», garantiscono «il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri» e decidono sull'esercizio dell'azione penale, sul rinvio del caso alle autorità nazionale, nonché sull'eventuale riapertura delle indagini (art. 9, par. 3).

Infine, i procuratori europei sono coloro che «supervisionano, per conto della camera permanente e conformemente a eventuali istruzioni da questa fornite [...] le indagini e le azioni penali di cui sono responsabili i procuratori europei delegati incaricati del caso» (art. 11, par. 1).

¹⁰² Cfr., per ulteriori approfondimenti, S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, cit., pp. 300-310; L. CAMALDO, *La nuova fisionomia della procura europea all'esito del semestre di presidenza italiana del consiglio europeo*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 807-811; M.M. PISANI, *La creazione dell'ufficio del procuratore europeo: lo stato del negoziato in occasione di una conferenza internazionale a Roma*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3311-3313.

¹⁰³ Si veda ancora il documento del Consiglio dell'Unione europea, ST 18120/13, 20 dicembre 2013, p. 4, in cui si legge che «*a considerable number of delegations favour, as an alternative to the proposal made by the Commission, a collegial structure established at central (EU) level and composed of prosecutors from each participating Member State. This idea has been developed in a non-paper presented by six Member States, in which those States have explained how they believe it would be possible to reconcile the requirements of efficiency and independence in prosecution with a collegial organisation. The Commission and some Member States have questioned whether the collegial structure would ensure sufficient efficiency and independence and have challenged the assumption that such a solution would bring sufficient added value*».

Così, in sostanza, allo stato attuale della proposta, i delegati, dopo aver svolto le indagini, devono preparare «una relazione contenente una sintesi del caso e un progetto di decisione di esercitare o no l'azione penale [...] o di valutare un rinvio del caso, un'archiviazione o un compromesso» e presentarla «al procuratore europeo incaricato della supervisione», il quale, a sua volta, trasmette poi gli atti alla camera permanente (artt. 29 e 30).

Qualora la camera ritenga che vi siano elementi sufficienti per procedere, solo a questo punto, il delegato può «formulare l'imputazione», partecipare alle attività processuali davanti al giudice interno ed eventualmente impugnarne la decisione «in conformità del diritto nazionale» (art. 12, par. 1).

Il meccanismo è quindi diventato piuttosto farraginoso¹⁰⁴ e sembra che si sia tentato di frazionare il più possibile i compiti decisionali: i fascicoli passano fra troppe mani e Collegio, camere permanenti, procuratore capo, sostituti e procuratori, attraverso le loro istruzioni, direttive e decisioni, gravano sul lavoro del «livello decentrato», sottoposto a diversi controlli e supervisioni.

La volontà di comprimere il più possibile i poteri e la libertà di azione dei procuratori delegati si sta progressivamente manifestando anche nella disciplina delle modalità di svolgimento della fase investigativa e in quella di utilizzabilità delle prove da questi acquisite.

Quando la condotta criminosa si è svolta in un solo Stato membro e tutti gli atti d'indagine necessari possono essere compiuti all'interno dei suoi confini, non sorgono particolari problemi: si prevede, di norma, che le investigazioni siano svolte da uno dei procuratori delegati di quello stesso Paese, il quale procede alla raccolta delle prove praticamente sulla base della propria legge processuale interna¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr., in questo senso, S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, cit., pp. 317-318, secondo cui «la catena di comando è talmente intricata e farraginoso da mettere in dubbio la funzionalità del sistema»; l'Autrice pone inoltre in rilievo il fatto che sia stato creato «un sistema altamente burocratico, in cui il timore di un'eccessiva indipendenza della Procura europea ha favorito la moltiplicazione dei controlli e delle autorizzazioni a discapito dell'efficienza».

¹⁰⁵ Cfr. ancora S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, cit., p. 291, la quale ricorda che, infatti, «la proposta non contiene una microcodificazione settoriale di diritto processuale. Il regolamento non mira all'autosufficienza e ribadisce la necessità dell'integrazione costante con il diritto degli Stati membri [...]. Si ripropone quell'intreccio combinatorio fra norme nazionali e regole europee tipico del settore in esame»; A. BALSAMO, *Le regole di procedura della procura europea tra*

Se, al contrario, si tratta di un'indagine transnazionale, le cose si complicano parecchio.

Il caso è «aperto e trattato da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure [...] è stata commessa la maggior parte dei reati» (art. 22, par. 4) e, generalmente, sarà in quella stessa sede che si svolgerà l'eventuale giudizio (art. 30, par. 2).

Il problema è però che il delegato incaricato delle indagini può agire soltanto all'interno dei suoi confini nazionali; privo del potere di svolgere autonome investigazioni in altri Stati membri, quest'ultimo deve obbligatoriamente chiedere l'assistenza dei suoi omologhi esteri, i quali, fra l'altro, godono anche di rilevanti margini di manovra¹⁰⁶.

Se infatti ritiene che «una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata», oppure «la misura assegnata non esiste[e] o non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro», «il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza» deve avvertire quello richiedente (art. 26, par. 5).

In mancanza di un successivo accordo fra i due, la questione deve essere sottoposta alla camera competente, che, dopo averli sentiti, «decide, senza indebito ritardo e conformemente al diritto nazionale applicabile», «se ed entro quale termine la misura necessaria, o una misura sostitutiva» debba essere adottata (art. 26, parr. 6 e 7).

disciplina delle indagini e formazione della prova, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., pp. 429-430; G. DI PAOLO-S. MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 FINAL*, cit., pp. 362-363; F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 4214 e 4220; R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 69; T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., p. 323, secondo cui, nella proposta, «il diritto nazionale si presenta così, di per sé, quale fonte normativa subordinata e sussidiaria della disciplina dell'attività del Pme, ma, a ben vedere, esso svolge invece un ruolo di primo piano e dominante in materia»; «nota saliente e critica della Proposta di regolamento» sarebbe dunque la «vera e propria 'fuga' da una procedura europea»; E. SQUILLACI, *In margine alla proposta di istituzione della Procura Europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Arch. pen.*, 2014, *Rivista web*, n. 1, p. 4.

¹⁰⁶ Cfr. L. CAMALDO, *La nuova fisionomia della procura europea all'esito del semestre di presidenza italiana del consiglio europeo*, cit., pp. 814-816.

In ogni caso, anche il delegato richiesto agisce secondo il proprio diritto nazionale¹⁰⁷ – autorizzazioni giudiziali comprese (art. 26, par. 3) –, con l'unico temperamento di doversi attenere alle «formalità» e alle «procedure» espressamente indicate dal richiedente (art. 27).

Insomma, pur facendo parte di un unico ufficio, gli accusatori “europei” interagiscono fra di loro più o meno come fossero comuni autorità inquirenti di nazionalità diverse, peraltro, per mezzo di una disciplina che somiglia molto a quella dell'ordine europeo di indagine penale. Le uniche vere differenze consistono in una riduzione dei motivi di rifiuto e nel ruolo “conciliativo” della camera permanente, la cui utilità è però ancora tutta da dimostrare.

A questo prudente assetto di rapporti fra le articolazioni locali della Procura e al ricorso pressoché esclusivo alle leggi domestiche dei vari Paesi membri coinvolti nelle indagini¹⁰⁸, faceva tuttavia da contraltare, nella proposta iniziale di regolamento, un'inedita disposizione volta a consentire la più ampia utilizzabilità, nella sede giudiziaria prescelta, delle prove acquisite secondo *lex loci* diverse.

Come si è detto, infatti, ogni delegato dovrebbe raccogliere materiale probatorio principalmente sullo sfondo della sua legge processuale; di conseguenza, è ben possibile che quello incaricato del caso sia costretto a portare davanti al giudice elementi non del tutto compatibili con la *lex fori*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. L. CAMALDO, *Work in progress sulla procura europea: alcuni emendamenti proposti nella recente risoluzione del parlamento europeo*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2701; F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4223. Cfr. anche S. RECCHIONE, *European public prosecutor office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2014, p. 27, secondo cui «il regime di assunzione degli elementi di prova in fase investigativa assorbe in modo camaleontico (e non del tutto prevedibile per l'accusato) le regole procedurali del luogo in cui vengono assunte».

¹⁰⁸ Si veda S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013, p. 5, la quale inquadra tali profili come l'anima «più cauta e conservativa» della proposta, che «lascia prevalentemente al diritto nazionale degli Stati membri il compito di disciplinare l'azione del procuratore, vedendo senza troppo favore l'adozione di regole comuni per disciplinare le indagini compiute dal PE, le quali sono infatti ridotte all'osso». Cfr. anche S. RECCHIONE, *European public prosecutor office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, cit., p. 21, la quale parla di «scelta di compromesso conseguente alla rinuncia di introdurre un corpo sistematico di regole procedurali, ritenuto troppo invasivo».

¹⁰⁹ Si vedano T. ALESCI, *La procura europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, cit., pp. 12-13; A. BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in *AA.VV., I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., p. 234, secondo il quale «il rischio di una 'babele dei linguaggi' cresce esponenzialmente nell'ipotesi in cui

Il problema è dunque fundamentalmente lo stesso che si presenta per ogni prova acquisita con rogatoria e anche, come si è visto, tramite OEI¹¹⁰.

Diversamente rispetto a quanto accaduto nella direttiva 2014/41/UE, tuttavia, – ove, come si è visto, la questione non è stata affrontata in via diretta – non solo si era deciso di intervenire, ma la soluzione suggerita dalla bozza del luglio 2013 appariva anche piuttosto drastica.

Nell'art. 31, par. 1, si leggeva infatti che «ove l'organo giurisdizionale di merito ritenga che l'ammissione delle prove presentate dalla Procura europea non pregiudica l'imparzialità del giudice né i diritti della difesa sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ammette tali prove al processo senza necessità di convalida o altra operazione giuridica analoga, anche se il diritto nazionale dello Stato membro in cui ha sede l'organo giurisdizionale prevede norme diverse per la raccolta e la presentazione delle prove».

In pratica, si poneva una rigida regola di comportamento per il giudice nazionale: le prove presentate dal pubblico ministero europeo, oltre a non dover sottostare ad alcuna particolare forma di riconoscimento, non potevano essere escluse semplicemente perché acquisite secondo procedure diverse da quelle previste dalla *lex fori*¹¹¹.

I criteri di ammissibilità interni cedevano di fronte agli elementi raccolti nel contesto dell'inchiesta sovranazionale e venivano sostituiti da un'unica regola di esclusione discrezionale "all'inglese", parametrata sul rispetto delle prerogative

le risultanze delle indagini espletate dall'EPPO in un determinato Stato debbano essere introdotte nel giudizio celebrato in un altro Stato».

¹¹⁰ Si vedano le riflessioni di A. VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM (2013) 534*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 novembre 2013, p. 12, secondo cui, posto che «non si è proceduto ad una unificazione delle norme processuali a livello europeo», «il sistema della legge applicabile alle misure investigative nelle indagini internazionali continua a correre il rischio di scontare un certo livello di frammentazione che, certamente, non aiuta né il lavoro dell'autorità giudiziaria né quello del difensore».

¹¹¹ Si veda A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 443, che definisce questo meccanismo come «reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità delle prove». Si veda anche, nello stesso senso, R.E. KOSTORIS, *Le investigazioni del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., p. 401.

difensive e delle garanzie consacrate nella Carta di Nizza¹¹²: ciò che poteva essere vietato a livello interno, doveva quindi «essere ammesso e considerato valido», se proveniente dall'estero¹¹³.

Alla luce di quanto si è visto in precedenza, però, non dovrebbe stupire che un simile sacrificio del diritto probatorio domestico non abbia ottenuto il *placet* degli Stati membri.

Varie delegazioni hanno, sin da subito, posto in rilievo la necessità di garantire una maggior «libertà di valutazione per il giudice competente»¹¹⁴; cosicché, nella versione immediatamente successiva, spariva il divieto di estromettere le prove acquisite sulla base di *lex loci* diverse dalla *lex fori* e compariva

¹¹² Cfr. A. BALSAMO, *Le regole di procedura della procura europea tra disciplina delle indagini e formazione della prova*, cit., p. 441; A. CANDI, *La struttura della procura europea e i rapporti con gli organi d'indagine nazionale*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., pp. 636-637; A. ERBEŽNIK, *European Public Prosecutor's Office (EPPO) – too much, too soon, and without legitimacy?*, cit., pp. 217-219; F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4219; O. MAZZA, *Procura europea e regole comuni in materia di garanzie procedurali e posizione della difesa*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., p. 497, secondo cui una regola di questo genere «espropria il giudice del potere di esercitare il doveroso vaglio di legittimità della prova alla luce della legislazione interna», con l'intento di «far cadere ogni regola di esclusione, compresa quella fondata sulla separazione delle fasi, deformalizzare il procedimento probatorio e lasciare massima libertà d'azione al pubblico ministero nella formazione della prova su scala europea»; M.M. PISANI, *La creazione dell'ufficio del procuratore europeo: lo stato del negoziato in occasione di una conferenza internazionale a Roma*, cit., p. 3317; T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, cit., p. 323, il quale parla di questa soluzione come «la scorciatoia per la soluzione di un problema che non si è saputo affrontare»; S. RECCHIONE, *European public prosecutor office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, cit., p. 25; E. SQUILLACI, *In margine alla proposta di istituzione della Procura Europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, cit., p. 13.

¹¹³ Così si esprime R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 63. In questa impostazione, pertanto, – continua l'Autore – «chi è chiamato a recepire o a eseguire un prodotto formato all'estero deve adattarsi a trattare materiale di fattura anche molto diversa rispetto a quello che avrebbe confezionato in casa, in nome di un (male inteso) senso di 'fiducia' e con un livello di armonizzazione ancora troppo debole». Infine, si paventa anche il rischio di una «*deregulation* per trascinarsi»: in sostanza, «se devo chiudere gli occhi sul rispetto delle regole interne quando viene in gioco un prodotto straniero, sarò propenso a non essere troppo rigoroso anche quando maneggerò un prodotto domestico» (p. 68). Si vedano anche S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, cit., p. 9; R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 239; M. CAIANIELLO, *Sull'istituzione del pubblico ministero europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1457.

¹¹⁴ Così, testualmente, si legge nel documento del Consiglio dell'Unione europea, ST 6490/14, 14 febbraio 2014, p. 4.

una chiara precisazione sulla perdurante applicabilità delle regole di esclusione nazionali¹¹⁵.

Poco tempo dopo, comunque, un accordo provvisorio sembra essere stato raggiunto su un testo ancora diverso, frutto di un bilanciamento fra le due proposte precedenti¹¹⁶.

Attualmente, la disciplina dell'ammissibilità delle prove è contenuta nei primi due paragrafi dell'art. 31.

Il primo afferma che «le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori della Procura europea o dal convenuto non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro»; secondo il par. 2, invece, «qualora il diritto dello Stato membro dell'organo giurisdizionale di merito stabilisca che l'esame di ammissibilità delle prove spetta a detto organo, quest'ultimo si assicura che la loro ammissione non sia incompatibile con gli obblighi degli Stati membri di rispettare, ai sensi dell'articolo 6 del TUE, l'imparzialità del giudice, i diritti della difesa o altri diritti sanciti dalla Carta».

È sufficiente una rapida lettura di queste due disposizioni, per rendersi conto che, della prima proposta, non è rimasto praticamente nulla.

Il par. 1 contiene soltanto una semplice “clausola di non discriminazione” nei confronti della prova estera: in breve, viene vietato al giudice di negare ingresso nel processo al materiale probatorio offerto dalla Procura europea sulla base del solo fatto che proviene da un altro Stato membro, o si è formato secondo disposizioni di diritto straniero.

Egli sembra invece completamente libero di escluderlo per qualsiasi altra causa ben più fondata, come, appunto, l'incompatibilità con le regole di formazione e acquisizione delle prove stabilite dalla *lex fori*.

¹¹⁵ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea, 11900/15, 21 settembre 2015, p. 8. La regola così si presentava: «*evidence presented by the prosecutors of the European Public Prosecutor's Office to the trial court shall be considered admissible in accordance with the procedures provided for by the law of the State where the case is tried. When assessing the evidence, the Court shall ensure it is satisfied that its admission would not adversely affect the fairness of the procedure, the rights of defence, other rights as enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union or other fundamental rights protected by national law*».

¹¹⁶ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea, 12621/15, 5 ottobre 2015, p. 3.

Per dirla diversamente, la prova del procuratore delegato non può subire discriminazioni, rispetto ad altre, soltanto perché “straniera”¹¹⁷; può tuttavia essere estromessa – ed è proprio questo che invece voleva evitare la formulazione originaria – se non soddisfa i criteri di ammissibilità nazionali.

Il successivo par. 2 sembra confortare questa interpretazione.

All’interno di esso, infatti, il rispetto delle prerogative difensive e dei diritti inscritti nella Carta di Nizza non rappresenta più – come nella versione iniziale – un parametro di ammissione delle prove, che mira a sostituire quelli interni; al contrario, in maniera molto meno invasiva, si somma a questi ultimi, anziché pretendere di scalzarli.

Insomma, le ambizioni si sono molte ridotte.

Le prove del pubblico ministero europeo, proprio come quelle acquisite tramite OEI, vanno ora incontro a una fitta serie di limiti di utilizzabilità: i primi derivano dal diritto dell’Unione europea; i secondi dalle leggi processuali domestiche, senza dimenticare quelli emergenti dalla giurisprudenza di Strasburgo, che penetrano gli atti dell’Unione tramite la Carta di Nizza, e comunque vincolano direttamente le giurisdizioni nazionali.

L’unica novità è che, al cospetto delle corti interne, tale materiale probatorio non potrà essere escluso per sole ragioni di provenienza allogena.

Se queste scelte saranno definitivamente confermate, pertanto, l’istituzione della Procura europea – almeno per i profili che più riguardano questa sede – non comporterà nessuna significativa innovazione¹¹⁸.

¹¹⁷ L’espressione è tratta da S. ALLEGREZZA, *L’acquisizione della prova all’estero e i profili transnazionali*, cit., p. 1363.

¹¹⁸ Si vedano le chiare parole di R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 70, il quale, sulla base delle modifiche apportate in itinere all’originaria proposta di regolamento, ritiene che si sia perseguito un ragionamento del seguente genere: «meglio una figura poco più che simbolica a cui prestare formale omaggio, ma dalla quale non temere significativi esautoramenti in casa propria». Si vedano anche S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell’Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, cit., p. 10, la quale parla di «proposta troppo timida e timorosa»; M. CAIANIELLO, *Sull’istituzione del pubblico ministero europeo*, cit., p. 1460; A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor’s Office. A Ground-Breaking New institution of the Legal Order*, cit., pp. 152-153; E. SQUILLACI, *In margine alla proposta di istituzione della Procura Europea per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione*, cit., p. 16.

Da un lato, il procuratore delegato – ossia colui che svolge le indagini – è “prigioniero” dei propri confini nazionali, proprio come qualsiasi pubblico ministero appartenente all’ordinamento interno; dall’altro, simmetricamente, nulla di nuovo viene prospettato per risolvere il problema dell’eventuale incompatibilità, rispetto alla *lex fori*, delle prove acquisite all’estero: semplicemente, attraverso soluzioni già sperimentate nella Convenzione di Bruxelles del 2000 e poi riproposte all’interno della disciplina dell’OEI, tutto si regge sulla buona volontà del delegato richiesto di assistenza di attenersi alle procedure indicate da quello richiedente.

Naturalmente, sempre che ciò possa bastare per rendere utilizzabile, nello Stato membro in cui si svolgerà il processo, una prova da considerare ancora, a tutti gli effetti, un prodotto “straniero”.

10. *Il lungo cammino verso regole comuni*

In definitiva, sembra di capire che le regole di esclusione – e, più in generale, i limiti all’utilizzabilità delle prove – rappresentino uno dei nodi maggiormente problematici del diritto processuale di matrice eurounitaria.

Per un verso, l’Unione europea dimostra di avere bisogno di questi strumenti: come si è visto, infatti, nei progetti di alcune delle direttive sopra esaminate erano contenuti divieti d’uso e regole di esclusione – seppur discrezionali – volti a comprimere l’utilizzabilità del materiale probatorio acquisito in violazione dei diritti di volta in volta tutelati.

Per altro verso, invece, gli stessi istituti sembrano diventare un ostacolo per gli obiettivi dell’Unione, quando la loro fonte è nazionale e si frappongono alla libera circolazione dei dati conoscitivi raccolti in un altro Stato membro.

Così, da un lato, il legislatore eurounitario cerca di creare le proprie regole di esclusione, mentre, dall’altro, tenta di “disarmare” quelle interne.

Nessuno di questi due intenti sembra però aver generato risultati concreti e la ragione più immediata di questo fallimento è affiorata più volte nelle pagine che precedono: gli Stati membri non paiono disposti ad accettare l’idea che l’Unione

europea si intrometta nell'operato dei loro giudici, erigendo nuove «*evidentiary barriers*»¹¹⁹, oppure abbattendo quelle preesistenti¹²⁰.

Peraltro, la reazione è la stessa in tutte e due le ipotesi. Che si tratti di regolare l'utilizzabilità delle prove formate all'interno dei confini nazionali, oppure di quelle provenienti dall'estero, non fa alcuna differenza: norme eurounitarie che modificano i canoni domestici per l'impiego del materiale probatorio non sono, in ogni caso, gradite.

Non è quindi soltanto una questione di diffidenza verso il prodotto "straniero"; emerge piuttosto una ben più preoccupante - e difficile da sradicare - ritrosia verso l'intervento dell'Unione europea in questo delicato ambito della procedura penale.

Del resto, questo atteggiamento non è certo una novità.

Pochi anni fa, interpellati sull'opportunità di «introdurre norme comuni per la raccolta delle prove», al preciso scopo di favorirne l'ammissibilità in tutto il territorio dell'Unione, gli Stati membri, come è noto, non hanno certo palesato un grande entusiasmo¹²¹.

¹¹⁹ L'espressione è tratta da M.J. DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, p. 506.

¹²⁰ Del resto, tale posizione è condivisa anche da parte della dottrina. Si vedano, ad esempio, le riflessioni di J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, cit., p. 604, secondo cui «*broadly speaking, it is surely up to each Member State to frame its own rules as to the admissibility of evidence in criminal cases; and it is not the business of the EU to tell Member States what types of evidence should or should not be admissible in their criminal courts, unless there is some compelling practical reason to require this*»; L. BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, cit., p. 586, per la quale «*at present, the issue of the admissibility of evidence must be dealt with primarily at the national level, according to the checks and balances of each system of criminal justice and it is not for the European institutions to impose rules about when and why evidence can or cannot be declared admissible*». Cfr. anche S. ALLEGREZZA, *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, cit., pp. 578-579; EAD., *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, cit., pp. 58-59; E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 106-107; R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., pp. 230-231, secondo la quale «l'ammissibilità poco ha a che fare con la cooperazione giudiziaria e con il principio del mutuo riconoscimento. Anzi, essa costituisce un'operazione di rilevanza esclusivamente interna, il risultato di delicati bilanciamenti»; S. RUGGERI, *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering on the EU*, cit., pp. 302-303.

¹²¹ Ci riferisce al Libro verde «sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità», COM(2009)624 def., 11 novembre 2009; le risposte sono consultabili in www.ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm

Per fare qualche esempio, la Francia ha ricordato che «*la diversité des systèmes juridiques nationaux en présence – notamment la distinction subsistant entre les procédures de type accusatoire et inquisitoire – conduit à une certaine prudence sur ce point. Il n'est pas inconcevable que des normes spécifiques à certains types d'actes d'enquête soient prévues, mais elles doivent rester à un niveau de généralité suffisant pour ne pas remettre en cause l'équilibre d'ensemble des systèmes de procédure pénale*».

Similmente, la Svezia ha manifestato «*a strong opinion that such common standards must only consist of general principles that we all can agree on, e.g. the principle of proportionality*».

Secondo il governo belga, invece, «*the introduction of common standards for gathering evidence is not a prerequisite to the improvement of the cooperation on obtaining evidence*», mentre quello inglese ha dichiarato che «*it would be difficult to agree common standards for gathering evidence in the sense of prescribing one set of rules which all Member States must adopt when gathering any evidence for another Member State*».

Ancora più chiare le risposte di Austria e Spagna. Il primo Paese ha messo addirittura in dubbio il fatto che le disposizioni sulla cooperazione giudiziaria in materia penale contenute nel TFUE permettano al legislatore eurounitario tali margini di intervento, mentre il secondo – dopo aver negato la realizzabilità di un simile disegno – ha pure osservato come «*mutual recognition is based precisely in mutual respect of other MS's standards*».

Vale, infine, la pena di segnalare la posizione della Finlandia e della Repubblica Ceca, le quali, in linea di principio, non sono sembrate contrarie all'introduzione di norme condivise in materia di acquisizione probatoria, ma hanno invece manifestato proprio il timore che tale iniziativa finisca per lambire il profilo dell'utilizzabilità.

Per ulteriori approfondimenti, si possono vedere S. ALLEGREZZA, *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, cit., p. 569 e ss; L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3514; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, cit., cc. 445-446; S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, cit., pp. 539-541; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, cit., pp. 3-6.

Secondo il Paese scandinavo, infatti, «*introduction of common standards for admissibility of evidence would inevitably entail the introduction of standards for inadmissibility of evidence. Finland is not in favour of a system with detailed provisions on the inadmissibility of evidence obtained illegally. Such systems are complicated and unsuited for countries applying the principle of free evaluation of evidence. Nor would a system based on mutual recognition require such detailed regulation*».

I rappresentanti cechi, allo stesso modo, pur favorevoli all'introduzione di comuni «*conditions for execution of an evidence*», hanno invece voluto espressamente chiarire che la questione dell'ammissibilità delle prove «*cannot be solved at the level of the European Union, since it concerns the individual assessment of the court or another judicial authority, that is under the obligation to take into consideration not only the fulfilment of procedural requirements related to the obtaining of the evidence concerned, but also larger issues concerning for instance the safeguard of the right of defence and other human right*».

Insomma, sicuramente la possibilità di creare un diritto delle prove comune non sembra persuadere del tutto; tuttavia, da queste risposte, sembra di capire che il vero nervo scoperto sia rappresentato dai profili dell'esclusione e della valutazione delle prove.

A ben vedere, infatti, - come emerge anche dagli atti dell'Unione sopra esaminati - gli Stati membri sono disposti, in linea di massima, a condividere regole ispirate ai medesimi principi; ciò che interessa loro è che, poi, però, non li si obblighi a dichiarare inutilizzabili le prove formate diversamente, o ad ammettere senza indugio quelle acquisite nel loro rispetto.

Cosa si può fare, allora, per superare questa *impasse*?

L'attuale e radicata diffidenza verso una cessione di sovranità in materia di "sanzioni" probatorie non sembra una questione risolvibile a stretto giro¹²².

¹²² Si vedano le riflessioni di J.A.E., VERVAELE, *European criminal justice in the post-lisbon area of freedom, security and justice*, cit., p. 163, secondo cui «*the EU Member States are not aiming at a common approach for the AFSJ. They try as much as possible to reduce transnational gathering of evidence to their own territory, their own applicable law and to as far as possible build in requirements from their domestic legal order. The AFSJ remains to a large extent a patchwork of sovereign jurisdictions that have difficulty in accepting new tools for the gathering of criminal evidence in an integrated territory*».

Nell'immediato, bisogna ammetterlo, è forse necessario attendere la metabolizzazione di quanto già esistente, o in fase di avanzata formazione.

L'applicazione pratica delle direttive sulle garanzie processuali minime, la messa in funzione dell'OEI e l'azione del pubblico ministero europeo potrebbero infatti comportare importanti benefici, in particolare mettendo in moto un «'circolo virtuoso' di armonizzazione indotta con atti normativi e di armonizzazione spontanea dovuta alla maggiore conoscenza degli altri ordinamenti»¹²³.

Potrebbe invece rivelarsi controproducente avviare, in questo momento, nuovi e imponenti progetti, che, poi, quasi sicuramente, al termine di ampie e faticose concertazioni, perderebbero la maggior parte della loro forza propulsiva, proprio come sta accadendo alla proposta di regolamento per l'istituzione dell'"euroaccusatore"; per dirla diversamente, come efficacemente sostenuto in dottrina, «vale, qui come altrove, il vecchio adagio per cui, piuttosto che accettare una soluzione compromissoria di scarsa qualità, si può rinunciare al progetto più ambizioso, accontentandosi di migliorare ciò che esiste»¹²⁴.

Alla luce di queste riflessioni, appaiono forse più realistiche che deludenti le affermazioni contenute nell'«agenda strategica delle priorità chiave» per il quinquennio 2015-2020, adottata dal Consiglio europeo, il 27 giugno 2014¹²⁵: per quanto riguarda «la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali», si afferma, infatti, che, «prendendo le mosse dai programmi passati», «la priorità generale è ora quella del recepimento coerente, dell'attuazione efficace e del consolidamento degli strumenti giuridici e delle misure politiche in vigore».

Non v'è dubbio che, ai tempi di Stoccolma, le ambizioni fossero maggiori; tuttavia, qualcosa di quel programma è stato portato a termine e, come si è detto,

¹²³ Così, testualmente, S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 719.

¹²⁴ Così si esprime M. CAIANIELLO, *Sull'istituzione del pubblico ministero europeo*, cit., p. 1452.

¹²⁵ Si tratta delle conclusioni adottate dal Consiglio europeo di Ypres del 26-27 giugno 2014, consultabili in allegato al documento del Consiglio Europeo, EUCO 79/14, 27 giugno 2014.

prima di compiere ulteriori passi avanti, conviene aspettare di coglierne gli auspicabili frutti¹²⁶.

Nel frattempo, per rafforzare la cooperazione e amplificare ulteriormente gli effetti dell'armonizzazione "spontanea", alcune iniziative mirate possono comunque essere considerate sin da subito.

Siccome i confini giuridici non possono ancora cadere e, tantomeno, si può ipotizzare un reciproco riconoscimento delle prove, bisogna per ora incentivare il più possibile l'applicazione della *lex fori* all'estero¹²⁷.

La "concelebrazione" dell'atto acquisitivo – anche a distanza per mezzo di tele e video conferenza¹²⁸ –, nonché l'uso massiccio delle formalità e procedure richieste dall'autorità di emissione dell'OEI devono diventare sempre più spesso la regola.

¹²⁶ Si vedano però le riflessioni di R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 99, secondo cui, in questi nuovi orientamenti strategici, è «mancata la forza propulsiva che aveva caratterizzato i precedenti programmi pluriennali, e da cui aveva preso avvio la tanto attesa opera di armonizzazione delle garanzie di imputati e indagati»; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 194, per la quale tali *guidelines* «si discostano marcatamente dal precedente programma di lavoro pluriennale, non solo per la loro estrema genericità e sinteticità, ma anche per il loro contenuto assai poco ambizioso». Si veda anche E. COTTU, *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014.

¹²⁷ Naturalmente, anche l'applicabilità all'estero della *lex fori* è destinata a incontrare alcuni limiti invalicabili. Il primo è pratico: «che il giudice richiesto applichi le norme con cui ha dimestichezza (e, anzi, le uniche che conosce ed è tenuto a conoscere) e non le regole procedurali appartenenti ad altro ordinamento, risponde ad un essenziale criterio di migliore utilizzazione delle risorse esistenti» e, peraltro, «riesce difficile immaginare che, prima di eseguire ciascuna rogatoria, l'a.g. procedente provveda ad imparare testi legislativi, e relativa dottrina, concernenti l'istituto straniero da applicare (e applicare correttamente!)» (così si esprime C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, p. 187). Il secondo limite è giuridico: «*what would happen if the rules for collecting evidence of the State where the evidence is to be employed collide with fundamental rules or principles of the State in which the evidence is collected?*» (così, testualmente, S. ALLEGREZZA, *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, cit., p. 579).

¹²⁸ Su questo tema, si vedano, fra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., pp. 296-328; M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritti sovranazionali*, Torino, 2012, pp. 129-148, il quale ricorda che «il collegamento audiovisivo permette di svolgere l'esame indipendentemente dall'ubicazione del dichiarante» e, che, dunque, «l'esame a distanza di tipo transnazionale risulta, in questo modo, capace di superare le limitazioni dei più tradizionali metodi di raccolta delle dichiarazioni tra Stati diversi, rappresentando un prezioso strumento di assistenza giudiziaria internazionale»; A. GRIO, *The Defendant's Rights in the Hearing by Videoconference*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, cit., pp. 119-125; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., pp. 215-230; B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Milano, 2005, pp. 19-75.

Allo stesso modo, un impulso sempre maggiore va assicurato allo svolgimento congiunto di attività d'indagine, ad esempio, attraverso il preziosissimo istituto delle squadre investigative comuni¹²⁹, di cui, peraltro, l'ordinamento italiano ha recentemente attuato la disciplina¹³⁰.

Al termine di questo fertile periodo di sedimentazione, giungerà probabilmente il momento propizio per cogliere un'opportunità, offerta dal TFUE, che finora non è stata sfruttata: si potrebbe infatti progettare l'emissione di una direttiva contenente «norme minime» in materia di «ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri» (art. 82, par. 2, lett. a, TFUE).

Con ciò, non si fa certo riferimento alla norma originariamente inserita nel progetto di regolamento sull'istituzione del pubblico ministero europeo: è chiaro, infatti, che una mera deroga ai criteri di ammissibilità nazionali per le prove acquisite all'estero difficilmente troverà l'appoggio degli Stati membri¹³¹; una soluzione di questo genere sarebbe contemplabile solo a fronte di un grado molto elevato di integrazione fra le discipline processuali.

¹²⁹ Per approfondimenti su questo importante strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si vedano, fra gli altri, D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, cit., pp. 530-535; G. IUZZOLINO, *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto europeo alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 47 e ss.; A. MANGIARACINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2189 e ss.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., pp. 192-202; G. MELILLO, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 121; ID., *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 93; C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., pp. 475-481; A. SCELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 215 e ss.; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati, Padova, 2010, p. 67 e ss.

¹³⁰ Ci si riferisce al d.lgs., 15 febbraio 2016, n. 34, che contiene «norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa alle squadre investigative comuni».

¹³¹ Si vedano, in questo senso, le riflessioni di F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, cit., p. 202, secondo cui «apparirebbe odiosa e ingiustificata l'esistenza di un iato fra rigide regole ammissive riservate al prodotto locale e la duttilità di regole che rendessero fruibili prove comunque formate, esclusivamente in quanto 'garantite' dal rispetto della *lex loci* del Paese di origine». Cfr. anche S. ALLEGREZZA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, cit., p. 1363, per la quale «introdurre *ex abrupto* un elemento probatorio proveniente da un altro paese e formato secondo regole differenti, imponendo che allo stesso venga riconosciuto valore di prova, rischia di creare irrimediabili crisi di rigetto. In carenza di una previa armonizzazione, la prova straniera rischia di restare un corpo estraneo».

Si può invece tentare di elencare – in maniera simile a quanto avvenuto nel *Corpus juris* 2000¹³² e poi, più recentemente, sebbene in minor misura, nelle *Model rules*¹³³ – alcuni requisiti che una determinata prova deve possedere per poter essere liberamente ammissibile in tutto il territorio dell’Unione¹³⁴, ossia «una sorta di ‘regole intermedie’, tra i grandi principi [...] e le regole di maggior dettaglio, giustamente da lasciare alle legislazioni nazionali»¹³⁵.

A questa disciplina generale di reciproca ammissibilità, si dovrebbe poi affiancare un’eccezione, a disposizione dei giudici nazionali, per la tutela dei principi fondamentali del proprio ordinamento.

In questo modo, l’obbligo di ammettere la prova non verrebbe visto soltanto alla stregua di un’imposizione, ma anche come la possibilità di acquisire elementi

¹³² Sul regime delle prove previsto dal *Corpus Juris* 2000, si veda M. DELMAS-MARTY, *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus Juris*, in AA.VV., *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso-R. Sicurella, Milano, 2003, pp. 238-240 e 341-344. Cfr. anche T. ALESCI, *La procura europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, cit., p. 13; S. ALLEGREZZA, *L’incertezza dei limiti probatori nel progetto Corpus Juris*, in AA.VV., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, cit., p. 249 e ss.; E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, pp. 550-552; M. BARGIS, *Le disposizioni processuali del Corpus Juris 2000*, in AA.VV., *Corpus Juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale. Atti del Convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001*, a cura di M. Bargis-S. Nosengo, Milano, 2003, pp. 170-176; L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo: un quadro d’insieme tra proposte de iure condendo e recenti sviluppi di diritto positivo*, in AA.VV., *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di A. Lanzi-F. Ruggieri-L. Camaldo, Padova, 2002, pp. 48-51; V. FANCHIOTTI, *Acquisizione e utilizzabilità della prova all’estero: verso un regime uniforme?*, in AA.VV., *L’area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, cit., pp. 107-112; P. FERRUA, *Relazione*, in AA.VV., *Corpus Juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, cit., pp. 186-190; E.N. LA ROCCA, voce *Prova (prospettive europee)*, cit., pp. 837-838; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, cit., cc. 446-448; J.R. SPENCER, *The problems of trans-border evidence and european initiatives to resolve them*, in AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso-R. Sicurella, Milano, 2008, pp. 485-487.

¹³³ Come è noto, si tratta del risultato di uno studio condotto dall’Università del Lussemburgo, sotto la guida della Professoressa Katalin Ligeti, i cui approdi sono reperibili all’indirizzo www.eppo-project.eu. Per ulteriori approfondimenti, si vedano, fra gli altri, G. DI PAOLO, *Note a margine della recente proposta di istituzione di una procura europea contenuta nelle Model rules for the procedure of the european public prosecutor’s office*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e Unione europea*, cit., p. 129 e ss.; R.E. KOSTORIS, *Le indagini del pubblico ministero europeo*, cit., pp. 392-396; V. PATANÈ, *Procura europea, attività d’indagine ed esercizio dell’azione penale: quali poteri, quali controlli*, in AA.VV., *Le sfide dell’attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., p. 403 e ss.

¹³⁴ Cfr. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 552, secondo il quale, «per circolare la prova deve essere compatibile non solo con le norme del paese in cui viene raccolta, ma anche con i principi del paese in cui è utilizzata a fini decisori».

¹³⁵ Così si esprime M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi: cenni introduttivi*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, cit., p. 243.

qualitativamente superiori; inoltre, l'espressa clausola di salvaguardia consentirebbe di attenuare la preoccupazione con cui viene solitamente accolta l'idea di gravare le giurisdizioni interne con vincoli sovranazionali in materia di utilizzabilità probatoria.

Una proposta di questo genere andrebbe sicuramente incontro a critiche, ma la sua approvazione – anche a seguito di un ampliamento dei requisiti per l'ammissione, o della clausola di salvaguardia – comporterebbe cospicui vantaggi.

Si stimolerebbe direttamente il "ravvicinamento" delle legislazioni, posto che gli ordinamenti nazionali incompatibili con i predetti criteri di ammissibilità sarebbero incentivati ad allinearvisi.

D'altro canto, si giungerebbe anche alla creazione di regole di esclusione eurounitarie, posto che, in mancanza dei requisiti richiesti, la prova – pur valida all'interno dei confini statali – non circolerebbe all'estero¹³⁶.

Certo, tutti dovranno essere pronti a rinunciare a qualcosa: sarà infatti «importante che i diversi Stati dell'Unione – in vista dell'obiettivo della 'ammissibilità reciproca' – non pretendano di imporre anche agli altri Stati membri l'osservanza di tutte le regole dettate dal proprio ordinamento interno in materia probatoria, ma che si accontentino di codificare una tavola di regole comuni imprescindibili, appunto secondo l'ottica dello *standard* minimo necessario per conseguire tale obiettivo»¹³⁷.

¹³⁶ Cfr., in questo senso, S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, cit., p. 554.

¹³⁷ Così, testualmente, V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella costituzione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Milano, 2006, p. 2794. L'Autore immaginava infatti la possibilità di pensare a «una decisione quadro (del tipo di quella adottata per il 'mandato d'arresto europeo') nella quale fossero fissati i limiti oggettivi e soggettivi, nonché le modalità procedurali la cui osservanza costituisse condizione necessaria e sufficiente per consentire l'ingresso nei processi celebrati all'interno dei vari Stati dell'Unione delle prove così acquisite, o formate, dinanzi all'autorità giudiziaria di un diverso Stato membro». Cfr. anche, nel medesimo senso, C. AMALFITANO, sub *art. 82 TFUE*, cit., p. 892, secondo cui la disposizione in esame «potrebbe essere impiegata per elaborare norme minime che disciplinino un procedimento comune di assunzione della prova, ovvero regole armonizzate che tutti gli Stati membri dovranno seguire per acquisire tipi specifici di prove che poi potranno liberamente circolare (perché assunte secondo una disciplina 'comune') nello SLSC»; M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 144, secondo la quale, attraverso tali «norme minime» sarebbe possibile «costruire una sorta di 'zoccolo duro' al di sotto del quale sarebbe improponibile il mutuo riconoscimento»; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*,

Molto, in sostanza, continuerà a dipendere da un bilanciamento dei vari interessi in gioco: saranno, infatti, pur sempre gli Stati membri a dover decidere se la cooperazione in materia penale valga o meno un parziale sacrificio della propria identità giuridica.

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 987-988; M. PISANI, *Il «processo penale europeo»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 675-677.

Conclusioni

Sembra si possa affermare, in via definitiva, che – sia a livello domestico, sia nel contesto sovranazionale – una decisa tendenza verso il minor sacrificio possibile delle informazioni rilevanti stia comportando la costante erosione degli spazi di operatività delle *exclusionary rule*.

Nei quattro ordinamenti esaminati in questa sede, i varchi di accesso al fascicolo processuale sono spesso presidiati dalla sola discrezionalità del giudice, le cui scelte paiono frequentemente improntate alla conservazione dei dati probatori.

Così, le nullità francesi scattano solo a seguito di una valutazione sulla sussistenza di un «*atteinte aux intérêts de la partie*» (artt. 171 e 802); in Germania, l'individuazione dei divieti di acquisizione viene effettuata attraverso scrupolosi bilanciamenti degli interessi in gioco; inoltre, nella sostanza, il sistema inglese sembra ormai incline ad affidarsi a un'unica regola di *exclusionary discretion*, fondata sulla ponderazione casistica dei valori racchiusi nella multiforme nozione di *fairness*.

Per certi versi, il codice italiano è invece parso in controtendenza: i divieti di lettura delle dichiarazioni precedenti e le copiose fattispecie di inutilizzabilità speciale rappresentano infatti esempi di esclusione probatoria rigida e obbligatoria, che rifugge da qualsiasi valutazione soggettiva. Tuttavia, come si è visto, l'attribuzione al giudice del compito di riconoscere «i divieti stabiliti dalla legge» (art. 191 c.p.p.) consente ampi margini di manovra ed è proprio in tale ambito che sono affiorati apprezzamenti valoriali simili a quelli compiuti all'interno degli altri tre ordinamenti esaminati.

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra evitare di intromettersi in questi delicati equilibri interni, tanto da non perdere mai l'occasione di ribadire la propria neutralità rispetto al tema dell'ammissibilità.

I giudici della Convenzione, infatti, – a parte qualche raro sconfinamento – tentano di rivolgere altrove la propria attenzione: il divieto d'uso a carico, la “*sole or decisive rule*” e l'obbligo di procurarsi riscontri sono – in ordine gravosità – gli

strumenti attraverso cui viene abitualmente imbrigliata l'efficacia dimostrativa di una prova.

In ogni caso, gli effetti attribuiti all'inosservanza dei diritti convenzionalmente tutelati paiono spesso attestarsi a livelli simili, o addirittura inferiori, rispetto a quelli nazionali.

Basti pensare alla giurisprudenza relativa all'art. 3 Cedu, nei casi in cui oggetto del contendere siano prove reali; ai *balacing test* effettuati in ipotesi di violazione del privilegio contro l'autoincriminazione; oppure al trattamento parecchio generoso riservato al materiale acquisito in violazione del «diritto al rispetto della vita privata».

Particolarmente significativi, in tal senso, sono anche diversi arretramenti di posizione - soprattutto in tema di *hearsay evidence* - e l'affacciarsi sempre più frequente dell'interesse pubblico alla repressione dei reati fra i protagonisti dei vagli di equità.

Poco o nulla hanno poi aggiunto, rispetto a quanto stabilito a Strasburgo, le timide direttive in materia di diritti processuali per l'accusato finora elaborate in seno all'Unione europea.

Progettati con l'intento di realizzare la trasposizione positiva e l'evoluzione ulteriore delle garanzie convenzionali, questi atti normativi hanno finito per costituirne - almeno per quanto riguarda le sanzioni probatorie - un opaco riflesso: in alcuni, generici richiami al rispetto della *fairness* hanno preso il posto dei ben più incisivi criteri di valutazione scolpiti nella giurisprudenza strasburghese; in altri, si è invece preferito soprassedere sulla questione, quasi si ignorasse il rischio che l'inosservanza delle disposizioni eurounitarie avrebbe potuto facilmente essere convertita in mere irregolarità interne.

È emersa, infatti, in più di una circostanza, la strenua ostilità degli Stati membri, per lo più indisposti verso la positivizzazione di norme sovranazionali incidenti sulle modalità domestiche di trattamento delle prove.

In definitiva, la "procedura penale europea" si basa ancora, fondamentalmente, sui limiti d'uso approntati dai giudici della Convenzione, lasciando quindi sempre impregiudicato l'ingresso delle prove nel processo.

Tramite una serie di restrizioni gradate in base alla fattispecie concreta, viene imbrigliato esclusivamente il potere di valutarle, così da ridurre allo stretto necessario la dispersione di dati conoscitivi.

La prova resta dunque sempre utilizzabile a favore e, spesso, anche contro l'imputato, sebbene solo insieme ad altri elementi, oppure come supporto di questi ultimi.

I più recenti sviluppi legislativi eurounitari rendono però opportuna un'ultima precisazione.

È bene infatti rammentare che i criteri di valutazione appena richiamati hanno precise peculiarità e una funzione circoscritta: come si è già detto, sono stati concepiti per giudizi che non hanno come oggetto la fondatezza dell'accusa, ma soltanto una verifica *ex post* sulla "convenzionalità" dell'operato dei giudici nazionali; in secondo luogo, sono volti alla massima inclusività, posto che la Corte europea ha a che fare con quarantasette ordinamenti diversi e deve fisiologicamente cercare la via del compromesso.

Insomma, si tratta di *standard* minimi, costruiti *ad hoc* intorno a specifiche esigenze, e, dunque, difficilmente estrapolabili dal loro originario contesto.

Il progetto iniziale di regolamento sull'istituzione della Procura europea sembrava invece voler compiere proprio un'operazione di questo tipo: si proponeva infatti di mettere da parte le regole interne e di sottoporre le prove raccolte dai procuratori delegati ai soli limiti d'impiego emergenti dalla giurisprudenza convenzionale.

A questo punto, però, l'errore di prospettiva dovrebbe apparire piuttosto evidente: una disciplina tanto scarna ed essenziale non può pretendere di rimpiazzare le ben più complesse normative a cui sono sottoposti i giudici nazionali.

Solo per fare un esempio, è vero che le prove di *hearsay* e *bad character* finiscono sovente per essere utilizzate dal giudicante inglese; tuttavia, prima, devono comunque filtrare attraverso un'analitica trama di regole ed eccezioni.

In breve, – se e quando un simile progetto verrà riproposto – la piattaforma normativa su cui si tenterà di fondare la libera circolazione delle prove dovrà essere più corposa e articolata per poter ottenere l'approvazione degli Stati membri.

Le regole di Strasburgo sono sì un patrimonio comune, da cui attingere e prendere l'abbrivio; tuttavia, non paiono sufficienti né quantitativamente, né qualitativamente, per sostenere, da sole, il peso di rappresentare il regime nazionale di utilizzabilità delle prove "europee".

Bibliografia

- AA.VV., *Fair Trial Rights*, 2^a ed., a cura di R. Clayton-H. Tomlinson, Oxford, 2010.
- ADORNO R., *Ammissione delle prove*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, p. 141.
- AIMONETTO M.G., *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno unito*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4806.
- EAD., voce *Processo penale francese*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 723.
- ALESCI T., *La procura europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2014, n. 1.
- ALESSI G., *Prova legale e prova. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979.
- EAD., *Il processo penale. Profilo storico*, Bari, 2001.
- EAD., voce *Processo penale (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 360.
- ALLEGREZZA S., *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, p. 51.
- EAD., *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 569.
- EAD., *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia. Atti del Convegno. Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 691.

EAD., *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in AA.VV., *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L.D. Cerqua, t. II, Padova, 2009, p. 1323.

EAD., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882.

EAD., *L'incertezza dei limiti probatori nel progetto Corpus Juris*, in AA.VV., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004, p. 249.

EAD., *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, p. 279.

EAD., *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013.

ALLEN C.J.W., *Discretion and Security: Excluding Evidence Under Section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act 1984*, in *Cambridge Law Journal*, 1990, p. 80.

ALLENA G., *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 506.

ALLORIO E., *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, in *Giur. it.*, 1960, I, c. 867.

AMALFITANO C., sub art. 82 TFUE, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, 2^a ed., Milano, 2014, p. 866.

AMODIO E., *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, in *Temple Law Review*, 1989, p. 1211.

ID., *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 19.

ID., *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 549.

ID., *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17.

ID., *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 93.

- ID., *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, vol. I, Art. 1-108, Milano, 1989, p. XXV.
- ID., *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio-M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. VII.
- ID., *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 3.
- ID., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 310.
- ID., *Modalità di prelievamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 76.
- ID., *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, p. 12.
- APRATI R., *Il sistema delle nullità alla luce dell'art. 6 C.e.d.u.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 235.
- APRILE E., *La tutela dei diritti fondamentali e le nuove garanzie del processo penale*, in E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 117.
- E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti tra la giurisdizione italiana ed il diritto europeo*, in E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 3.
- ARANGÜENA FANEGO C., *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea. L'armonizzazione delle garanzie processuali dei sospettati e degli imputati: il fallimento di un tentativo di costruzione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3042.
- ARMADA I., *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, p. 8.
- ASHWORTH A., *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Criminal Law Review*, 1999, p. 261.

ID., *The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Oxford-Portland, 2012, p. 145.

ATAYA A., *La légalité des moyens de preuve*, t. 1, *La légalité des moyens de preuve dans le procès pénal en droit Français et Libanais*, Saarbrücken, 2014.

AURIEMMA M., *Sulla prova 'unica o determinante'. Il caso Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 597.

BACCARI G.M., *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 893.

BACHMAIER WINTER L., *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 580.

EAD., *The establishment of a european public prosecutor's office and the right to defence: critical approach to the EU directive of access to a lawyer*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 505.

EAD., *The Eu Directive on the right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in AA.VV., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2015, p. 111.

EAD., *The potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, 2015, p. 121.

EAD., *The role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, p. 85.

BALDUCCI P., *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002.

- BALSAMO A., *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2837.
- ID., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio del contraddittorio: fra tradizione e innovazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3017.
- ID., *Le regole di procedura della procura europea tra disciplina delle indagini e formazione della prova*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 419.
- ID., *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2641.
- ID., *"Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di cassazione italiana e della Corte suprema del Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4494.
- ID., *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, p. 227.
- BALSAMO A.-LO PIPARO A., *Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un "giusto" equilibrio tra scrittura e oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 485.
- BALSAMO A.-LO PIPARO A., *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 334.
- BALSAMO A.-RECCHIONE S., *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il 'nuovo corso' della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3620.
- BARGI A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990.
- BARGIS M., *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144.

- EAD., *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 745.
- EAD., *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, p. 91.
- EAD., *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 914.
- EAD., *Le disposizioni processuali del Corpus Juris 2000*, in AA.VV., *Corpus Juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale. Atti del Convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001*, a cura di M. Bargis-S. Nosengo, Milano, 2003, p. 133.
- BASSO E., *Commento all'art. 185 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 366.
- BARROCU G., *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011.
- BELFIORE R., *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014.
- EAD., *Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, n. 17, p. 1.
- EAD., *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288.
- BELLAVISTA G., voce *Anonimi (scritti)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 503.
- BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006.
- BENE T., *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, p. 347.
- EAD., *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 117.
- EAD., *Riflessioni sulla sfera operatività della sanzione di cui all'art. 191 C.P.P.*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3161.
- BENTHAM J., *Teoria delle prove giudiziarie*, vol. III, Bergamo, 1824.
- BETOCCHI G., *Libero convincimento, prova, indizio: verifica giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 709.
- BIRAL M., *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 197.

- BIRCH D., *Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 556.
- BIRCH D.-ORMEROD D., *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 767.
- BOHLANDER M., *Principles of German Criminal Procedure*, Portland, 2012.
- BONTEMPELLI M., *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 80.
- BORASI I., *Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 627.
- BORRACCETTI M., sub art. 48, in Aa.Vv., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni-G. Bronzini-V. Piccone, Taranto, 2009, p. 573.
- C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e 'giusto processo'*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 395.
- BRADLEY C.M., *The Exclusionary Rule in Germany*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 1032.
- BUBULA F.A., *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 novembre 2013.
- BUCKE T.-STREET R.-BROWN D., *The right of silence: the impact of the Criminal Justice Act 1994*, in www.ncjrs.gov.
- C. BUISMAN-M. BOUAZDI-M. COSTI, *Principles of civil law*, in AA.VV., *Principles of evidence in international criminal justice*, a cura di K.A.A. Khan-C. Buisman-C. Gosnell, Oxford, 2010, p. 7.
- BUISSON J., *Principe de loyauté dans la recherché des preuves et constat des infractions (Cass. Crim., 6 mai 2002, Urion non publié)*, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, 2003, p. 393.
- BUZZELLI S., *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000.
- EAD., voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, p. 342.
- EAD., voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 701.

CABIALE A., *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, n. 4, p. 112.

CAGOSSI M., *Prosegue inarrestabile il percorso dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione europea. Breve nota sul pacchetto di proposte presentato dalla Commissione europea il 27 novembre 2013*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2013.

CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, 'road map' e l'impatto delle nuove direttive*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 febbraio 2015.

ID., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 143.

ID., *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 1.

ID., *Sull'istituzione del pubblico ministero europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1444.

ID., *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws a EU Level? A step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317.

CALLARI F., *Verità processo prova certezza: il circuito euristico della giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1347.

CAMALDO L., *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, p. 69.

ID., *Il pubblico ministero europeo: un quadro d'insieme tra proposte de iure condendo e recenti sviluppi di diritto positivo*, in AA.VV., *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di A. Lanzi-F. Ruggieri-L. Camaldo, Padova, 2002, p. 11.

ID., *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2014.

ID., *La nuova fisionomia della procura europea all'esito del semestre di presidenza italiana del consiglio europeo*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 804.

ID., *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino, 2014, p. 73.

- ID., *Work in progress sulla procura europea: alcuni emendamenti proposti nella recente risoluzione del parlamento europeo*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2696.
- CAMALDO L.-CERQUA F., *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511.
- CAMPAILLA S., *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 2, p. 90.
- CAMPILONGO V., *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 707.
- CANDI A., *La struttura della procura europea e i rapporti con gli organi d'indagine nazionale*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 623.
- CANTONE R., *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2982.
- ID., *La prova documentale*, Milano, 2004.
- CAPE E.-HODGSON J., *The investigative stage of the criminal process in England and Wales*, in AA.VV., *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Oxford, 2007, p. 59.
- CAPE E.-HODGSON J., *The right to access to a lawyer at police stations. Making the European Union Directive Work in Practice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 450.
- CAPONE A., *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012.
- CAPRIOLI F., *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000.
- ID., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 608.
- CARCANO D., *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca-M.R. Marchetti, Torino, 2003, p. 117.
- CARLI L., *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma del codice di procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 230.
- CARNELUTTI F., *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963.

CASATI A.P., *Il diritto all'assistenza di un interprete e/o traduttore qualificato*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 235.

CASIRAGHI R., *Il caso Horvatić c. Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede d'indagine senza la garanzia del contraddittorio*, in www.penaleontemporaneo.it, 31 ottobre 2013.

EAD., *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1768.

EAD., *Testimoni assenti: la Grande camera ridefinisce la regola della 'prova unica o determinante'*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3115.

CASORLA F., *Le droit français*, in *Revue internationale de droit penal*, 1992, p. 183.

CASSIBBA F., *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. merito*, 2008, suppl. al n. 12, *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, p. 126.

CASTAN N., *La réforme pénale en France à la fin de l'ancien régime: tentatives et échecs*, in AA.VV., *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, a cura di L. Berlinguer-F. Colao, Milano, 1990, p. 315.

CASTELLANETA M., sub art. 48, in AA.VV., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1775.

CATERINI M., *Dalla presunta innocenza dell'imputato alla presunta efficienza del sistema penale*, in *Pol. dir.*, 2015, p. 13.

CECCHETTI M., *Il principio del 'giusto processo' nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 49.

CESARI C., *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 691.

EAD., *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea di diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1447.

EAD., voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, p. 694.

EAD., voce *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 1134.

CHENAL R.-TAMIETTI A., sub art. 6, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 181.

CHIAVARIO M., *Considerazioni sul dibattimento nell'esperienza del processo statunitense*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio-M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. 335.

ID., *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2009.

ID., *Contraddittorio e 'ius tacendi': troppo coraggio o troppa prudenza nell'attuazione di una riforma costituzionale 'a rime (non sempre) obbligate'?*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 139.

ID., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 974.

ID., *Diritto processuale penale*, 6^a ed., Torino, 2015.

ID., *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi: cenni introduttivi*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso. Atti del Convegno. Torino, 26-27 settembre 2008*, Milano, 2010, p. 229.

ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

ID., *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 11.

ID., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2^a ed., Torino, 1990.

ID., sub art. 6, in AA.VV., *Commento alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Milano, 2011, p. 154.

ID., voce *Giusto processo. Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XVII, Roma, 2001.

CHINNICI D., *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 889.

- CHO K., *Reconstruction of the English Criminal Justice System and Its reinvigorated Exclusionary Rules*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1999, p. 259.
- CHOO A.L.-T., *Entrapment and Section 78 of Pace*, in *The Cambridge Law Journal*, 1992, p. 236.
- ID., *Evidence*, 4^a ed., Oxford, 2015.
- ID., *Evidence, (In)Efficiency, And Freedom of Proof: A Perspective form England and Wales*, in *Alabama Law Review*, 2015, p. 493.
- ID., *The Privilege against self-incrimination and criminal justice*, Oxford-Portland, 2013.
- CHOO A.L.-T.-NASH S., *Improperly Obtained Evidence in the Commonwealth: Lessons for England and Wales*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2007, n. 11, p. 75.
- CHOO A.L.-T.-NASH S., *What's the Matter with Section 78?*, in *Criminal Law Review*, 1999, p. 929.
- CIAMPI A., *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003.
- CIAMPIS., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101. Letter of Rights e Full Disclosure nel procedimento penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014.
- ID., *La direttiva del parlamento europeo e del consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2012.
- ID., *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva sul diritto all'informazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 21.
- COEN M., *Hearsay, bad character and trust in the jury: Irish and English contrasts*, in *The International Journal of Evidence and Proof*, 2013, p. 250.
- COHEN J., *Freedom of proof*, in AA.VV., *Evidence and Proof*, a cura di W. Twining-A. Stein, New York, 1992, p. 3.
- COMI V., *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 539.
- COMOGLIO L.P., *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30.

ID., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1547.

ID., *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 706.

ID., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 113.

CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955.

ID., voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 334.

CONSO G.-BARGIS M., *Glossario della nuova Procedura Penale*, Milano, 1992.

CONSO G.-GREVI V.-NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990.

CONSO G.-GREVI V.-NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, Padova, 1990.

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.

EAD., *Annulamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 485.

EAD., *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese dopo il Criminal Justice Act 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 89.

EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derivate sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781.

EAD., *Le due 'anime' del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197.

EAD., *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, p. 97.

EAD., voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 627.

EAD., voce *Inutilizzabilità (dir. pen. proc.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 2004.

CORBO A., *I documenti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, p. 356.

CONTI G.-MACCHIA A., *Il nuovo processo penale. Lineamenti della riforma*, Roma, 1989.

CORDERO F., *Codice di Procedura penale commentato*, Torino, 1990.

ID., *Dialogo sulle prove*, in *Jus*, 1964, p. 33.

ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 680.

ID., *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mannaia. L'aberrante divieto testimoniale è da monarchia assoluta*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 43, p. 9.

ID., *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 1987.

ID., *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012.

ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

CORSO P., *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 195.

ID., *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977.

ID., «*Scritti anonimi*» e processo penale, in *Arch. pen.*, 1975, vol. II, p. 152.

COPPETTA M.G., *Verso un processo penale europeo?*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 11.

COSTAS TRASCARAS M., *The New EU Strategy on Procedural Rights: One Step Forward or Two Backwards?* in AA.VV., *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, a cura di M. Pedrazzi-I. Viarengo-A. Lang, Bruxelles, 2011, p. 189.

COTTU E., *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2014.

CREMONESI L., *Indagini e garanzie nel sistema americano*, Roma, 2010.

DAMAŠKA M.R., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, p. 506.

ID., *Free Proof and Its Detractors*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 343.

ID., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003.

ID., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1986.

ID., *Presentation of Evidence and Factfinding Precision*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, p. 1083.

ID., *The Jury and the law of evidence: real and imagined interconnections*, in *Law, Probability and Risk*, 2005, p. 255.

ID., *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 839.

DAMASKOU A., *The European Public Prosecutor's Office. A Ground-Breaking New institution of the Legal Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, p. 126.

DANIELE M., *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 367.

ID., *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012.

ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 novembre 2014.

ID., *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 383.

ID., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

ID., *Ricerca e formazione della prova*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 2^a ed., Milano, 2015, p. 355.

G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, Torino, 2012, p. 503.

DARBYSHIRE R., *England and Wales*, in AA.VV., *Criminal Procedure in Europe*, a cura di R. Vogler-B. Huber, Berlino, 2008, p. 39.

DE AMICIS G., *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L.Picotti-R. Sicurella, Milano, 2011, p. 475.

DEAN G., *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria (a proposito delle «ricognizioni fotografiche»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 826.

DE CARO A., *La recente direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto alla partecipazione al processo*, in www.quotidianogiudico.it, 23 febbraio 2016.

ID., voce *Procedimento probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 537.

- DE FRANCESCO A., *La sanzione di inutilizzabilità dell'art. 729 C.P.P. quale garanzia del rispetto delle convenzioni e del diritto internazionale generale in tema di rogatorie*, in AA.VV., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino, 2002, p. 135.
- DEGANELLO M., *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005.
- DEL COCO R., *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2015.
- DELLA MONICA G., *La parabola del libero convincimento*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. III, *La valutazione della prova*, Torino, 2008, p. 271.
- DELLA TORRE J., *Standard di prova e condanna penale: una ricostruzione metateorica e metagiurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 369.
- DELMAS-MARTY M., *La preuve pénale*, in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1996, n. 23, p. 53.
- EAD., *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus Juris*, in AA.VV., *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso-R. Sicurella, Milano, 2003, p. 205.
- DE LUCA G., *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione. Atti del convegno presso l'Università di Bari. Ostuni, 8-10 settembre 1989*, Milano, 1991, p. 19.
- DENNIS I.H., *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom, Commentary*, in *Criminal Law review*, 2012, p. 376.
- ID., *The Law of Evidence*, 5^a ed., Londra, 2013.
- DERVIEUX V., *The french system*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty-J.R. Spencer, Cambridge, 2006, p. 218.
- DE GREGORIO G., *Inutilizzabilità*, in Aa.Vv., *Le prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 197.
- DESPORTES F.-LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, 13^a ed., Parigi, 2013.
- DEZZA E., *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009.

DI CHIARA G., *Le nullità*, in AA.VV., *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1996, p. 191.

DIDDI A., *Testimonianza e segreti professionali*, Padova, 2012.

DI GERONIMO P., *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2011.

DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in AA.VV., *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, p. 148.

DI MASI V., *Le intercettazioni tra frizioni interne e giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1159.

DINACCI F.R., *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012.

ID., *L'inutilizzabilità nel processo. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.

ID., *Una decisione che cerca di ridurre le cause di inutilizzabilità della prova*, in *Guida dir.*, 1994, n. 4, p. 72.

ID., *Verso quale nomofilachia? L'irrepetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 377.

ID., voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 644.

DINACCI U., *Vecchio e nuovo nelle letture degli atti di indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 350.

DI PALMA E.M.T., *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 178.

DI PAOLO G., *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Trento, 2002.

EAD., *Note a margine della recente proposta di istituzione di una procura europea contenuta nelle Model rules for the procedure of the european public prosecutor's office*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri-T. Rafaraci-G. Di Paolo-S. Marcolini-R. Belfiore, Padova, 2013, p. 129.

DI PAOLO G.-MARCOLINI S., *Verso l'istituzione di una procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 FINAL*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 360.

DI STASI A., *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, in Aa.Vv., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, p. 3.

EAD., *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e delle diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 3.

DI STEFANO A., *Garanzie probatorie e giusto processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri-T. Rafaraci-G. Di Paolo-S. Marcolini-R. Belfiore, Padova, 2013, p. 53.

DOHERTY M., *Judicial discretion: victimising the villains?*, in *The International Journal of Evidence and Proof*, 1999, p. 44.

DOMINIONI O., *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA.VV., *Il giusto processo. Atti del convegno presso l'Università di Salerno. Salerno, 11-13 ottobre 1996*, Milano, 1998.

D'ONOFRIO M., *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000.

DOSI E., *Il divieto della perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1558.

ID., *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, 1957.

DRAETTA U., *Principio di diritto delle organizzazioni internazionali*, 3^a ed., Milano, 2010.

DUFRAIMONT LISA, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, in *McGill Law Journal*, 2008, p. 199.

EAD., *Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide and Prevent Wrongful Convictions?*, in *Criminal Law Review*, 2008, p. 261.

EMMERSON B.-ASHWORTH A.-MACDONALD A.-CHOO A.L-T.-SUMMERS M., *Human Rights and Criminal Justice*, Londra, 2012.

ERBEŽNIK A., *European Public Prosecutor's Office (EPPO) – too much, too soon, and without legitimacy?*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 209.

ESMEIN A., *A history of continental criminal procedure with special reference to France*, Boston, 1913.

- FAHL C., *The Guarantee of Defence Counsel and the Exclusionary Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany*, in *German Law Journal*, 2007, p. 1054.
- FALATO F., *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli, 2012.
- EAD., *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2177.
- FALCONE A., *L'agente sotto copertura*, Roma, 2014.
- FANCHIOTTI V., *Acquisizione e utilizzabilità della prova all'estero: verso un regime uniforme?*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia. Atti del Convegno. Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 97.
- ID., *La difesa prima del dibattimento nel modello angloamericano*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1640.
- ID., *La testimonianza nel processo 'adversary'*, Genova, 1988.
- FANUELE C., *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul «giusto» processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1546.
- FANULI G.L., *Le nullità nel processo penale*, Milano, 2013.
- FELICIONI P., *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prova illegittima e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1513.
- EAD., *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2^a ed., Milano, 2012.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2000.
- FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012.
- ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004.
- FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1065.
- ID., *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015.
- ID., *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in AA.VV., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, p. 5.
- ID., *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981.

ID., *Relazione*, in AA.VV., *Corpus Juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale. Atti del Convegno. Alessandria, 19-21 ottobre 2001*, a cura di M. Bargis-S. Nosengo, Milano, 2003, p. 183.

ID., *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo. Per la prova «estera» regime più severo rispetto a quello interno*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 36, p. 34.

ID., *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.

ID., *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1985, p. 587.

FILIPPI L., *Il GPS è una prova 'incostituzionale'? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 309.

ID., *L'intercettazione di comunicazione*, Milano, 1997.

FINI N., *Appunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul processo inquisitorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, p. 5.

FIORELLI G., *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 705.

FITZPATRICK B.-TAYLOR N., *Human Rights And The Discretionary Exclusion Of Evidence*, in *Journal of Criminal Law*, 2001, p. 349.

FLORE D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009.

FLORIAN E., *Delle prove penali*, 3^a ed., Milano, 1961.

FOURMENT F., *Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale, note sous Cass., ass. plén., 7 janv. 2011*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 562.

FRASE R.S., *France*, in AA.VV., *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2^a ed., a cura di C.M. Bradley, Durham, 2007, p. 201.

FRIEDLAND M.L., *Searching for Truth in the Criminal Justice System*, in *Criminal Law Quarterly*, 2014, p. 487.

FUCINI S., *Perquisition: recevabilité de la preuve illicite émanant d'un particulier*, in www.dalloz-actualite.fr.

GAITO A., *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, p. 95.

GALANTINI N., *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 663.

EAD., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 64.

EAD., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

EAD., voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1998, p. 690.

EAD., voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 340.

GALATI A., voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol XXVIII, Milano, 1978, p. 909.

GALLANIS T.P., *The Rise of Modern Evidence Law*, in *Iowa Law Review*, 1999, p. 500.

GAMBINI R., *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1291.

GARÉ T., *L'admission de la preuve illégale: la Chambre criminelle persiste et signe*, in *Recueil Dalloz*, 2000, p. 391.

GAROFOLI V., *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983.

GESTRI M.-SILINGARDI S., *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *Aa.Vv., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. Sonelli, Torino, 2015, p. 29.

GHIARA A., *L'incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori della legge-delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 375.

GIALUZ M., *Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell'imputato. Nota a Corte di giustizia UE, sent. 15 ottobre 2015, causa C-216/14, Covaci*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 novembre 2015.

ID., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1193.

ID., *La Corte di cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza a favore dell'imputato alloglotto*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2188.

ID., *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, in *AA.VV., Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri-T. Rafaraci-G. Di Paolo-S. Marcolini-R. Belfiore, Padova, 2013, p. 227.

ID., *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupària, Padova, 2015, p. 19.

ID., *La riforma dell'assistenza linguistica: l'Europa chiedeva un intervento più attento all'effettività della garanzia*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti-A. Marandola-G. Varraso, Padova, 2014, p. 439.

ID., *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 2, p. 9.

ID., *The Italian Code of Criminal Procedure: a Reading Guide*, in AA.VV., *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation*, a cura di M. Gialuz-L. Lupària-F. Scarpa, Padova, 2014, p. 17.

ID., *Una sentenza "additiva d'istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308.

GIANNITI F., *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 77.

GIOSTRA G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1128.

ID., voce *Contraddittorio (principio del)*. II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

GIRONI E., *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro it.*, 2000, c. 218.

GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971.

ID., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 518.

GIUNCHEDI F., *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 3.

GLESS S., *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. Thaman, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 113.

EAD., *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea. Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea". Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna. 18-19 aprile 2008*, a cura di G. Illuminati, Bologna, 2009, p. 141.

- GLOVER R.-MURPHY P., *Murphy on Evidence*, 13^a ed., Oxford, 2013.
- GRANDE E., *Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth*, in AA.VV., *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirijan Damaška*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Oxford-Portland, 2008, p. 145.
- ID., *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2000, p. 227.
- GREVI V., *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1287.
- ID., *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671.
- ID., «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.
- ID., *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella costituzione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Milano, 2006, p. 2783.
- GRIFANTINI F.M., *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di 'inutilizzabilità sopravvenuta' della testimonianza e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3016.
- ID., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 242.
- GRIIO A., *The Defendant's Rights in the Hearing by Videoconference*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, p. 119.
- GROPPI T., sub art. 52, in AA.VV., *Human rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, a cura di W.B.T. Mock, Durham, 2010, p. 323.
- GUARNERI G., *L'altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 595.
- ID., *Tassatività dei mezzi di prove*, in *Riv. pen.*, 1980, p. 785.

- GUINCHARD S.-BUISSON J., *Procédure pénale*, Parigi, 2014.
- GULLUNI T., *Applicazioni perugine dell'art. 507 c.p.p. tra inutilizzabilità e sanatorie*, in *Rass. giur. umbra*, 1995, p. 878.
- GUSTAPANE A., 'Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale', in *Ind. pen.*, 2010, p. 43.
- HAACK S., *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, 2014.
- HECKER B., *Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, p. 269.
- HELENIUS D., *Mutual Recognition in Criminal Matters and the Principle of proportionality. Effective Proportionality or Proportionate effectiveness?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 3, p. 349.
- HENNION P.-JACQUET P., *Les nullités de l'enquête et de l'instruction. Un exemple du déclin de la légalité procédurale*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2003, p. 7.
- HSIEH K-H., *The exclusionary Rule of Evidence. Comparative Analysis and Proposal for Reform*, Fanrham, 2014.
- HUBER B., *Criminal procedure in Germany*, in AA.VV., *Criminal Procedure in Europe*, a cura di R. Vogler-B. Huber, Berlino, 2008, p. 267.
- HÜNERFELD P., *Le droit allemand*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1992, p. 57.
- HUNTER M., *Judicial Discretion: Section 78 in Practice*, in *Criminal Law Review*, 1994, p. 558.
- HUOMO-KETTUNEN M., *EU criminal policy at a crossroads between effectiveness and traditional restraints for the use of criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 301.
- HUR-VARIO N.-M., *L'administration de la preuve pénale: de l'irrecevabilité à la valeur probatoire*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2012, p. 543.
- IACOBONI A., *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano, 2006.
- IACOVIELLO F.M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 794.
- ID., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.

- ID., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 286.
- IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008.
- ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983.
- ID., *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea. Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea". Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna. 18-19 aprile 2008*, a cura di G. Illuminati, Bologna, 2009, p. 9.
- ID., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.
- ID., *La vittima come testimone*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione europea e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupária, Padova, 2015, p. 63.
- ID., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 521.
- ID., voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1989.
- INNOCENTI A., *Violazione della discovery e poteri di integrazione probatoria del giudice ex art. 507 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 696.
- IOVENE F., *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3556.
- IUZZOLINO G., *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto europeo alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 47.
- JACKSON J.D.-SUMMERS S.J., *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012.
- JAVERS K., *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 930.
- JESCHECK H.H., *Il nuovo codice di procedura penale italiano visto dalla Germania*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, a cura di M. Chiavario, Milano, 1991, p. 29.
- JUY-BIRMANN J., *The German system*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty-J.R. Spencer, Cambridge, 2006, p. 292.
- KALB L., *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000.

- ID., *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, Torino, 2012, p. 344.
- KALB L.-IZZO I., *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di "qualità" per lo svolgimento di un procedimento "equo"*, in AA.VV., «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, Torino, 2012, p. 313.
- KEAN A.-MCKEOWN P., *The Modern Law of Evidence*, 10^a ed., Oxford, 2014.
- KING M.T., *Security, Scale, Form, and Function: The Search for Truth and the Exclusion of Evidence in Adversarial and Inquisitorial Justice Systems*, in *International Legal Perspectives*, 2002, n. 12, p. 185.
- KLIMEK L., *Free movement of evidence in criminal matters in the Eu*, in *The Lawyer Quarterly*, 2012, n. 4, p. 250.
- KOSTORIS R.E., *Il diritto di «interrogare o far interrogare» i testimoni: Convenzione europea dei diritti dell'uomo e processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 806.
- ID., *La tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 2^a ed., Milano, 2015, p. 77.
- ID., *Le investigazioni del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 389.
- ID., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, p. 35.
- ID., voce *Giudizio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1997.
- KÜHNE H.H., *Germany*, in Aa.Vv., *Criminal Procedure Systems in the European Community*, a cura di C. Van Den Wyngaert-C. Gane-H.H. Kühne-F. McAuley, Londra-Bruxelles-Dublino-Edinburgo, 1993, p. 137.
- LAGARDE X., *Verité et légimité dans le droit de la preuve*, in *Droits. Revue française de Théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1996, n. 23, p. 31.
- LANGBEIN J.H., *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, 1974.

ID., *The Historical Foundations of the Law of Evidence: a View from the Ryder Sources*, in *Columbia Law Review*, 1996, p. 1168.

ID., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, 2003.

LA ROCCA E.N., *La rogatoria*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 209.

EAD., *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, Roma, 2013.

EAD., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, p. 613.

EAD., voce *Prova (prospettive europee)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, p. 834.

LAUDAN L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.

LAVARINI B., *Atti illegittimamente acquisiti al fascicolo del pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 455.

EAD., *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 900.

LEMPERT R., *Anglo-American and Continental Systems: Marsupials and Mammals of the Law*, in AA.VV., *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirijana Damaška*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Oxford-Portland, 2008, p. 395.

LEONE G., *Interventi e Studi sul Processo Penale*, Napoli, 1990.

ID., *Intorno alla riforma del codice di procedura penale*, Milano, 1964.

ID., *Manuale di diritto processuale penale*, 13^a ed., Napoli, 1988.

ID., *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, in *Scuola pos.*, 1956, p. 323.

LEONE G.-MENCARELLI F., voce *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol XXXVI, Milano, 1987, p. 402.

LEONE M., *Problemi attuali di procedura penale*, Napoli, 1974.

LOMBARDO M., voce *Obblighi internazionali in materia penale (Convenzione CEDU)*, *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 408.

LONATI S., *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della C.E.D.U.: una proposta de iure condendo*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012.

LOZZI G., *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2055.

ID., *Lezioni di procedura penale*, 9^a ed., Torino, 2014.

- ID., *Riflessioni sul nuovo processo penale*, 2^a ed., Torino, 1992.
- LUPACCHINI O., *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1122.
- LUPÁRIA L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.
- ID., *Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective*, in AA.VV., *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation*, a cura di M. Gialuz-L. Lupária-F. Scarpa, Padova, 2014, p. 1.
- MACLIN T., *The Supreme Court and the Fourth Amendment's Exclusionary Rule*, Oxford, 2013.
- MAFFEI S., *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003.
- ID., *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile» in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, p. 349.
- ID., *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2841.
- MAGI R., *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 68.
- ID., *L'inutilizzabilità della prova tra dimensione cognitiva del processo e legalità delle forme di accertamento*, in AA.VV., *Il procedimento probatorio nel processo penale*, a cura di V. Maffeo, Napoli, 2006, p. 52.
- MAINARDIS C., *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 371.
- MALINVERNI A., *La riforma del processo penale (appunti dalle lezioni)*, Torino, 1970.
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 147.
- ID., *L'armonizzazione dei sistemi penale: una introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 35.

MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

MANFREDINI F., *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4211.

MANGIARACINA A., *A New Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, p. 113.

EAD., *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 427.

EAD., *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2189.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6^a ed., vol. I, a cura di G.D. Pisapia, Torino, 1967.

ID., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6^a ed, vol. II, a cura di G. Conso, Torino, 1968.

ID., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6^a ed., vol. III, a cura di G.D. Pisapia, Torino, 1970.

MARABOTTO G., voce *Nullità nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 268.

MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 829.

MARAFIOTI L.-PIZZI W.T., *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building and Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, in *The Yale Journal of International Law*, 1992, n. 1, p. 1.

MARANDOLA A., *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1053.

MARCHETTI M.R., *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*

- nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, p. 135.
- EAD., *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, p. 369.
- EAD., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005.
- EAD., *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, p. 207.
- EAD., voce *Rogatoria (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 1035.
- MARCOLINI S., *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L.Picotti-R. Sicurella, Milano, 2011, p. 535.
- MARI A., *Lecture per sopravvenuta impossibilità di ripetizione e regole di valutazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 4, p. 147.
- MARTUCCI R., *Il modulo inquisitorio nelle «ordonnances» da Colbert alla Costituente*, in AA.VV., *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, a cura di L. Berlinguer-F. Colao, Milano, 1990, p. 233.
- MARZADURI E., *Commento all'art. 1, l. cost. 23/11/1999 n. 2 ('giusto processo')*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 762.
- MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1960.
- MATTEI U., *Il modello di common law*, 4^a ed., Torino, 2014.
- MAZZA O., *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 55.
- ID., *Interlocutore*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso. Atti del Convegno. Torino, 26-27 settembre 2008*, Milano, 2010, p. 149.

- ID., *L'illusione accusatoria: Carnellutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in AA.VV., *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, p. 153.
- ID., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1514.
- ID., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004.
- ID., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1401.
- ID., *Procura europea e regole comuni in materia di garanzie procedurali e posizione della difesa*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 491.
- ID., *Un duplice errore in tema di inutilizzabilità dei tabulati di conversazioni riferibili a membri del Parlamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4257.
- ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 247.
- ID., voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 713.
- MCÉWAN J., *Evidence and the Adversarial Process. The Modern Law*, Oxford, 1992.
- MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 265.
- ID., *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 121.
- ID., *L'acquisizione dei talubati relativi al traffico telefonico fra limiti normativi ed equivoci giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 473.
- ID., *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea. Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea". Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna. 18-19 aprile 2008*, a cura di G. Illuminati, Bologna, 2009, p. 93.
- MENDOZA R., *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1937.

- MENNA M., *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 370.
- MERCONE M., *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 748.
- MESSINA S., *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914.
- MIETTINEN S., *Criminal Law and Policy in the European Union*, Londra-New York, 2012.
- MIRABELLA J.G., *Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure Through the Amanda Knox Trial*, in *Boston University International Law Journal*, 2012, p. 229.
- MIRFIELD P., *Silence, confessions and improperly obtained evidence*, Oxford, 1997.
- MITTERMAIER C.J.A., *Teoria della prova nel processo penale*, Milano, 1859.
- MOLINARI F.M., *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1130.
- MONTAGNA M., *Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 653.
- EAD., *Il 'male captum bene retentum' è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1125.
- EAD., *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005.
- EAD., *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezioni, perquisizioni e sequestro)*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 93.
- MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015.
- MORGAN E.M., *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence*, in *The University of Chicago Law Review*, 1937, p. 247.
- MOSCARINI P., *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1245.
- ID., *La perizia psicologica e il 'giusto processo'*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 929.
- ID., *Principi delle prove penali*, Torino, 2014.

MURPHY C.C., *The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?*, in Aa.Vv., *Crime within the area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, a cura di C. Eckes-T. Konstadinides, Cambridge, 2011, p. 224.

MURPHY P., *No Free Lunch, No Free Proof. The Indiscriminate Admission of Evidence is a Serious Flaw in International Criminal Trials*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 539.

P. MURPHY-BADDOUR L., *International criminal law and common law rules of evidence*, in AA.VV., *Principles of evidence in international criminal justice*, a cura di K.A.A. Khan-C. Buisman-C. Gosnell, Oxford, 2010, p. 96.

NAPPI A., *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1185.

ID., *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1515.

NASCIMBENE B., *European Judicial Cooperation in Criminal Matters: What Protection for Individuals under the Lisbon Treaty?*, in AA.VV., *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, a cura di M. Pedrazzi-I. Viarengo-A. Lang, Bruxelles, 2011, p. 123.

ID., *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 518.

NEGRI S., *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in AA.VV., *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 55.

NOBILI M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, c. 274.

ID., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 641.

ID., *Il nuovo 'diritto delle prove' ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 395.

ID., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

ID., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989.

ID., *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 256.

ID., *Storie d'una illustre formula: il 'libero convincimento' negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71.

ID., sub art. 191, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 409.

ID., voce *Libero convincimento del giudice. Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990.

NORCIO L., *Inutilizzabilità: variabile impazzita?*, in AA.VV., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino, 2002, p. 211.

NUVOLONE P., *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 442.

ID., *Realizzazioni e insufficienze della legge-delega*, in *Ind. pen.*, 1975, p. 344.

ÖBERG J., *Subsidiarity and EU Procedural Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2015, n. 1, p. 19.

OGISO R., *The Exclusionary Rule in Criminal Procedure: a comparative study of the English, American, and Japanese Approaches*, in *Amicus Curiae*, 2001, n. 37, p. 28.

ORMEROD D., *ECHR and the Exclusion of Evidence: Trial Remedies for Article 8 Breaches?* in *Criminal Law Review*, 2003, p. 61.

OUWERKERK J., *Criminal Justice beyond National Sovereignty. An Alternative Perspective on the Europeanisation of Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 11.

ID., *Quid pro quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011.

PACILEO V., *Pubblico ministero. Ruolo e funzioni nel processo penale e civile*, Torino, 2011.

PADOA-SCHIOPPA A., *La giuria penale in Francia. Dai «Philosophes» alla costituente*, Milano, 1974.

PAGLIANO A., *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1527.

PANZAVOLTA M., *Contributo allo studio dell'invalità derivata nel processo penale*, Fano, 2012.

ID., *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 179.

ID., voce *Nullità degli atti processuali. Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 2005.

PAKTER W., *Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*, in *Hastings International and comparative Law Review*, 1985, n. 9, p. 1.

PAPA M., *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 299.

PAPAGNO C., *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009.

PAREZZAN S., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, in AA.VV., *'Incontri ravvicinati' con la prova penale*, a cura di L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2014, p. 211.

PAREZZAN S.-PITTIRUTI M., *Vizi e sanzioni in materia di prova*, in AA.VV., *'Incontri ravvicinati' con la prova penale*, a cura di L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino, 2014, p. 233.

PARISI N., *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 327.

PARIZOT R., *The future EPPO: what role for the CJEU?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, p. 538.

PATANÈ V., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006.

EAD., *Procura europea, attività d'indagine ed esercizio dell'azione penale: quali poteri, quali controlli*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurella-S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 403.

EAD., voce *Processo penale inglese*, *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 744.

PATTENDEN R., *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Oxford, 1990.

PATTI S., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 481.

PAOLUCCI C.M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011.

PAULESU P.P., *Considerazioni sull'intervento probatorio «ex officio» del giudice dibattimentale*, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 644.

ID., *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, Torino, 2002.

- ID., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2^a ed., Torino, 2009.
- ID., *Volontaria sottrazione al contraddittorio e inutilizzabilità della prova per la colpevolezza*, in AA.VV., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, p. 116.
- PERDUCA A., *Prove, investigazioni e cooperazione giudiziaria su scala europea*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso. Atti del Convegno. Torino, 26-27 settembre 2008*, Milano, 2010, p. 347.
- ID., *Relatore*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso. Atti del Convegno. Torino, 26-27 settembre 2008*, Milano, 2010, p. 123.
- PERONI F., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 688.
- ID., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 294.
- ID., *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 922.
- PEYRON C., voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 612.
- PIATTOLI B., *Agenti provocatori, indagini 'undercover' e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.* 2013, p. 565.
- EAD., *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002.
- EAD., *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Milano, 2005.
- EAD., voce *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 1471.
- PIERRO G., *Una nuova specie d'invalidità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992.
- ID., voce *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 3241.
- ID., voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 320.
- PINAR ÖLÇER F., *The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. THAMAN, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 371.

- PISANI M., *Il «processo penale europeo»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 653.
- ID., «Italian style»: *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998.
- ID., *Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 197.
- ID., *Note sul diritto delle prove penali*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio-M. Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. 353.
- PISANI M.M., *La creazione dell'ufficio del procuratore europeo: lo stato del negoziato in occasione di una conferenza internazionale a Roma*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3309.
- EAD., *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2011, n. 3.
- PISAPIA G.D., *Compendio di procedura penale*, 5^a ed., Padova, 1988.
- ID., *Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 3.
- ID., *Lineamenti del nuovo processo penale*, Padova, 1979.
- PITEA C., sub art. 8, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 297.
- PIZZI W.T., *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to to rebuild it*, New York-Londra, 1999.
- POCAR F., sub art. 52, in AA.VV., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1792.
- POWLES S., *Evidence*, in AA.VV., *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*, a cura di M. Colvin-J. Cooper, Oxford, 2009, p. 311.
- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 3^a ed., Parigi, 2008.
- ID., *France: Procedural Nullities and Exclusion, Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. Thaman, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 145.
- ID., *La scomparsa del giudice istruttore italiano vista da un francese*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, a cura di M. Chiavario, Milano, 1991, p. 75.
- ID., *Procédure pénale*, 17^a ed., Parigi, 2013.

- PRADEL J.-VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 8^a ed., Parigi, 2013.
- PRESUTTI A., *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1164.
- PROCACCIANTI T., voce *Testimonianza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. II, Torino, 2005, p. 1648.
- PUGLISI R., *Le nuove garanzie informative nel procedimento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 2, p. 84.
- PULITO L., *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 376.
- QUATTROCOLO S., *The Right to Information in EU Legislation*, in AA.VV., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2015, p. 81.
- EAD., *Uno sguardo oltralpe: profili generali della recente riforma francese della garde à vue*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, p. 295.
- RAFARACI T., *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 1.
- ID., *General Considerations on the European Investigation Order*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, p. 37.
- ID., *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, p. 321.
- ID., *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, p. 119.
- ID., voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 831.
- RANDAZZO E., *L'assunzione di nuove prove e le integrazioni inquisitorie del giudice dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1690.

- RECCHIONE S., *European public prosecutor office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2014.
- REDMAYNE M., *Confronting Confrontation*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Oxford-Portland, 2012, p. 283.
- ID., *The structure of Evidence Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 805.
- RENON P., *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000.
- ID., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008.
- ID., *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata» in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale disposta a seguito di mutamento del giudice*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 671.
- RICCIO G., *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, Napoli, 1995.
- RICCIOTTI R., *Osservazioni critiche sul disegno di legge per la riforma del codice di procedura penale*, in *Riv., it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 506.
- RIVELLO P.P., *Limiti al diritto alla prova*, in AA. VV., *Le prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 1.
- ID., *La perizia*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Torino, 2013, p. 399.
- RIVERSO T., *L'evidence nella prassi processuale inglese*, Gaeta, 2000.
- RIZZO A., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, 2^a ed., Milano, 2014, p. 2588.
- ROBERTS P., *Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial*, in AA.VV., *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Oxford-Portland, 2012, p. 163.
- ROBERTSON G., *Entrapment Evidence: Manna from Heaven, or Fruit of the Poisoned Tree?*, in *Criminal Law Review*, 1994, p. 805.
- ROGALL K., *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 1065.
- ROMBI N., *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2082.
- EAD., *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2331.

- ROMOLI F., *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 181.
- RUGGERI S., *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering on the EU*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, p. 279.
- RUGGERI F., *Di un «processo penale europeo» ovvero di una "Civitas Magna" in costruzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Piacenza, 2010, p. 529.
- EAD., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001.
- EAD., *Guida minima alla lettura dei provvedimenti UE a tutela dei diritti dell'indagato. "Road Map" ed esegesi multiculturale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2684.
- EAD., *Le più importanti novità in tema di diritto processuale penale del Corpus Juris 2000*, in AA.VV., *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004, p. 197.
- EAD., *Spigolature "Multilinguiste" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (note minime sull'obbligatorietà dell'azione penale nella proposta di istituzione del pubblico ministero europeo)*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 793.
- RYAN A., *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Oxon, 2014.
- SABATINI G., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*, vol. I, *Il sistema delle prove nella storia e nella legislazione penale comparata*, Catanzaro, 1909.
- SCALFATI A., *Testimonianza e segreti nel processo penale (un'indagine su interessi in conflitto)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1235.
- SALVIOLI G., *Storia della procedura civile e criminale*, in AA.VV., *Storia del diritto italiano*, diretta da P. Del Giudice, vol. III, parte II, Milano, 1927.

- SANTORIELLO C., *La legalità della prova*, in AA.VV., *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, p. 411.
- ID., *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, 2012.
- SAVAGE S.-BREATHERICK D., *Lay Justice or professional justice?*, in AA.VV., *Debates in Criminal Justice. Key themes and issues*, London-New York, 2012, p. 33.
- SAYERS D., *Articole 48 (Criminal law)*, in AA.VV., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di S. Peers-T. Hervey-J. Kenner-A. Ward, 2014, Oxford-Portland, p. 1303.
- SCAPARONE M., *'Common law' e processo penale*, Milano, 1974.
- ID., *Il Criminal Justice Act 1967 e la riforma del processo penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 467.
- ID., *Procedura penale*, 5^a ed., Torino, 2015.
- SCAPARONE P., *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, vol. I, *Profili storici e comparativi*, Milano, 1980.
- SCELLA A., *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 203.
- ID., *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca-M.R. Marchetti, Torino, 2003, p. 349.
- ID., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000.
- ID., *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, p. 215.
- ID., voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 479.
- SCHAUER F., *On the supposed jury-dependence of evidence law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, p. 165.
- SCHLÜCHTER E., *Compendio di procedura penale tedesca*, tradotto da S. Giuliani, Padova, 1998.
- SCOMPARIN L., *Testimonianza*, in AA.VV., *Le prove*, t. II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coordinato da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 1.

- SCORDAMAGLIA I., *Dell'impossibilità sopravvenuta di ripetizione dell'atto dichiarativo. Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela del diritto al confronto e l'esigenza di non dispersione dei mezzi di prova*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4151.
- SIGNORELLI W.P., *The Constable Has Blundered. The Exclusionary Rule, Crime, and Corruption*, 2^a ed., Durham, 2012.
- SILVESTRI P., *Le sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 872.
- SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2014.
- SIRACUSANO D., *Introduzione allo studio nel nuovo processo penale*, Milano, 1989.
- ID., voce *Prova*. *Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2003.
- SIRACUSANO F., *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 201.
- SPAGNOLO P., *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in AA.VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, p. 17.
- EAD., *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Milano, 2014.
- SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015.
- ID., «E pur si muove»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2827.
- SPENCER J.R., *Evidence*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty-J.R. Spencer, Cambridge, 2006, p. 594.
- ID., *Evidence of bad character*, 2^a ed., Oxford-Portland, 2009.
- ID., *Hearsay evidence in criminal proceedings*, 2^a ed., Oxford-Portland, 2014.
- ID., *Il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 2^a ed., Milano, 2015, p. 277.
- ID., *Introduction*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty-J.R. Spencer, Cambridge, 2006, p. 1.

ID., *Orality and the Evidence of Absent Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 1994, p. 628.

ID., *The English System*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty-J.R. Spencer, Cambridge, 2006, p. 142.

ID., *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 602.

ID., *The problems of trans-border evidence and european initiatives to resolve them*, in AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso-R. Sicurella, Milano, 2008, p. 471.

SPERANZA R., *Brevi considerazioni sul progetto di riforma del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1980, p. 103.

SPIEZIA F., *Gli scenari per l'istituzione del procuratore europeo alla luce del Trattato di Lisbona e i rapporti con Eurojust*, in AA.VV., *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 127.

STEIN A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005.

ID., *Inefficient Evidence*, in *Alabama Law Review*, 2015, p. 423.

SQUASSONI C., sub art. 236, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 652.

SQUILLACI E., *In margine alla proposta di istituzione della Procura europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2014, n. 1.

STONE R., *Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principles*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 1995, n. 3.

STUMER A., *The presumption of innocence. Evidential and Human rights perspectives*, Oxford-Portland, 2010.

SUMMERS S.J., *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and The European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, 2007.

SUTERA SARDO A., *Aspetti processuali dell'agente provocatore*, in R. Minna-A. Sutura Sardo, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, p. 121.

SWIFT E., *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph*, in *California Law Review*, 2000, p. 2437.

SYMEONIDOU-KASTANIDOU E., *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings: The transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 68.

TABASCO G., *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011.

TAMIETTI A., *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2921.

ID., *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2991.

TAPPER C., *Evidence of Bad Character*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 533.

TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

ID., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 420.

ID., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.

ID., voce *Libero convincimento del giudice. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990.

ID., voce *Prova. VI) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991.

TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012.

TERRIL R.J., *World Criminal Justice System. A Comparative Survey*, 8^a ed., Waltham, 2013.

THAMAN S.C., *Balancing truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S.C. THAMAN, Dordrecht-Heidelberg-New York-Londra, 2013, p. 403.

THELLIER DE PONCHEVILLE B., *La preuve illicite au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, p. 529.

THORNTON P., *Trial by Jury: 50 Years of Change*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 683.

TIBERI G., *Le nuove fonti del diritto nella cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona e il loro impatto sull'ordinamento italiano*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, p. 13.

- TOMKOVICZ J.J., *Constitutional Exclusion. The Rules, Rights, and Remedies that Strike the Balance Between Freedom and Order*, Oxford, 2011.
- TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388.
- ID., *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2212.
- ID., *Problemi insoluti della prova documentale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 482.
- TONINI P.- CONTI C., *Il diritto delle prove penale*, 2^a ed., Milano, 2014.
- TRANCHINA G., *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1325.
- TRECHSEL S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005.
- TREVISSON LUPACCHINI T., *Il sequestro a fini probatori tra obbligatorietà dell'azione penale, inutilizzabilità della prova e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1993, c. 98.
- TRIGGIANI N., *Le videoriprese investigative*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, p. 141.
- ID., *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3947.
- ID., *Testimonianza*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Torino, 2013, p. 149.
- TROGU M., *Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 241.
- TROISI P., *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 1, p. 109.
- TURNER J.I., *The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law*, in *Southern Methodist University Dedman School of Law Review*, 2014, p. 821.
- TWINING W., *Freedom of Proof and The Reform of Criminal Evidence*, in *Israel Law Review*, 1997, p. 439.
- ID., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2^a ed., Cambridge, 2006.
- UBERTIS G., *I poteri del pretore ex art. 506 e 507 C.P.P. e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 363.
- ID., *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696.

- ID., *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1.
- ID., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2494.
- ID., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2^a ed., Milano, 2009.
- ID., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.
- ID., *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 311.
- ID., *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705.
- ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993.
- ID., *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2516.
- ID., *Verso un 'giusto processo' penale*, Torino, 1997.
- ID., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, p. 419.
- ID., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 297.
- VALENTINI C., *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998.
- VALIANTE M., *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Milano, 1975.
- VALLINI A., *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2011.
- ID., *Il "caso Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi "legali" di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 197.
- VIERING M., *Right to a fair and public hearing*, in AA.VV., *Theory and Practice on the European Convention on Human Rights*, a cura di P. van Dijk-F. van Hoof-A. van Rijn-L. Zwaak, 4^a ed., Antwerpen-Oxford, 2006, p. 511.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3.
- VELE A., *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011.

VENEGONI A., *Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2012.

ID., *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM (2013) 534*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 novembre 2013.

VERGÈS E., *La notion de «renseignement» et sa fonction en procédure pénale (à propos d'une dénonciation anonyme)*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2011, p. 885.

VERVAELE J.A.E., *European criminal justice in the post-libson area of freedom, security and justice*, Napoli, 2014.

ID., *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea. Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea". Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna. 18-19 aprile 2008*, a cura di G. Illuminati, Bologna, 2009, p. 153.

VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, *Speciale Europa*, p. 4.

VIGONI D., *Dalla Rogatoria all'acquisizione diretta*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca-M.R. Marchetti, Torino, 2003, p. 420.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002.

VITALE A., *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati, Padova, 2010, p. 67.

VOENA G.P., *Via libera alle delazioni anonime*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2129.

VOGLER R., *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014, p. 181.

ID., *Criminal Procedure in France*, in AA.VV., *Criminal Procedure in Europe*, a cura di R. Vogler-B. Huber, Berlino, 2008, p. 171.

- VOGLIOTTI M., *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, c. 851.
- VORMBAUM T.-BOHLANDER M., *A Modern History of German Criminal Law*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014.
- WEIGEND T., *Germany*, in AA.VV., *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2^a ed., a cura di C.M. Bradley, Durham, 2007, p. 243.
- ID., *Germany*, in AA.VV., *Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1. A comparative Analysis*, a cura di K. Ligeti, Oxford, 2013, p. 265.
- ID., *Should We Search for the Truth, and Who should Do it?*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2011, p. 389.
- ID., *The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*, in AA.VV., *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirijan Damaška*, a cura di J. Jakcson-M. Langer-P. Tillers, Oxford-Portland, 2008, p. 39.
- WEIGEND T.-SALDITT F., *The investigative stage of criminal process in Germany*, in AA.VV., *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Oxford, 2007, p. 79.
- WEINBERG M.S., *The Judicial Discretion to Exclude Relevant Evidence*, in *McGill Law Journal*, 1975, n. 1, p. 1.
- WEYEMBERGH A., *Storia della cooperazione*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 2^a ed., Milano, 2015, p. 173.
- WILSON K., *Fact-Finding in Criminal Procedure*, in *The Carrington Rand Journal of Social Sciences*, 2014, n. 2, p. 132.
- YOUNG W., *Summing-up to Juries in Criminal Case – What Jury Research says about Current Rules and Practice*, in *Criminal Law Review*, 2003, p. 665.
- ZACCHÉ F., *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 179.
- ID., *La prova documentale*, Milano, 2012.

ID., *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2013.

ID., *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti* (working paper).

Nota a C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2012.

ZANDER M., *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5^a ed., Londra, 2005.

ZAPPALÁ E., *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982.

ZAPPULLA A., *Le indagini per la formazione della notitia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1878.