



**UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA  
XXXIII CICLO

LA “TEORIA” DELLA COMPENSAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA  
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO: UN NUOVO MODO DI  
CONCEPIRE LE GARANZIE NEL PROCESSO PENALE

**Coordinatore:** Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

**Supervisore:** Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

**Dottorando:** Alvise Boldrin



## ABSTRACT

Il tema della ricerca concerne il giudizio che la Corte europea dei diritti dell'uomo effettua sul rispetto del 'diritto a un equo processo' sancito all'art. 6 Cedu. Più specificamente, il lavoro intende approfondire l'approccio compensativo al quale il giudice europeo sembra fare ricorso con sempre maggiore frequenza in questo ambito. Esso fa riferimento a un passaggio valutativo che pare oggi rappresentare il fulcro sul quale si basano molte delle decisioni in materia di equità processuale pronunciate dalla Corte di Strasburgo. Sempre più spesso, infatti, il giudice convenzionale non arresta il proprio vaglio sancendo la violazione del diritto a un equo processo ove riscontri l'inosservanza di una delle molteplici garanzie tutelate dall'art. 6. Al contrario, in tali ipotesi la Corte europea si spinge a esaminare l'impatto di quella *defaillance* sull'equità complessiva del procedimento, andando a verificare se sussistano sufficienti fattori di contro-bilanciamento che nel corso del procedimento siano stati in grado di compensare i pregiudizi derivanti dalla violazione in esame. Dopo aver ricostruito origini e sviluppi di questo nuovo modo di concepire le garanzie nel processo penale, il lavoro cerca di mettere in luce le criticità e le aporie che da esso derivano.

*The topic of the research concerns the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the "right to a fair trial" enshrined in art. 6 ECHR. More specifically, the work aims to analyze the compensatory approach which the European judges seems to use with increasing frequency in this field. The so-called 'counterbalancing test' refers to an assessment which today seems to represent the fulcrum on which many of the decisions on procedural fairness pronounced by the Strasbourg Court are based. Infact more and more often the European Court does not stop its scrutiny by pronouncing the violation of the right to a fair trial when it ascertains the failure to comply with one of the guarantees protected by article 6, but goes on to examine the impact of that failure on the overall fairnees of the proceeding. To do so the Court verifies whether or not during the proceeding there were sufficient counterbalancing factors capable of compensating the prejudices deriving from the non-compliance with the specific guarantee listed in art. 6. After having examined origins and developments of this new way of managing guarantees in criminal trials, the work tries to highlight the criticalities and aporias that derive from it.*



## INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.....	7
----------------------------------	---

### CAPITOLO I

#### ART. 6 CEDU, TRA RISCOPERTA DELL'EQUITÀ E NUOVI MODELLI LOGICO-GIURIDICI

1. La Cedu come sistema istituzionale: <i>cenni</i> .....	13
2. Analisi normativa dell'Art. 6 Cedu .....	20
2.1 Aspetti generali.....	20
2.2 Paragrafo I: l'evocazione dell'equità processuale .....	23
2.3 Paragrafo III: garanzie minime o elencazione non tassativa di garanzie?.....	27
2.4 Il rapporto tra i due paragrafi: il c.d. <i>taken together approach</i> .....	28
3. La nozione di equità processuale .....	31
4. ( <i>Segue</i> ): La valutazione 'olistica' effettuata dalla Corte .....	38
5. La logica «non monotonica», <i>floue</i> utilizzata dalla Corte edu.....	40

### CAPITOLO II

#### L'APPROCCIO COMPENSATIVO NELLA GESTIONE DELLE GARANZIE PROCESSUALI: ANALISI INTRODUTTIVA E FENOMENOLOGIA

1. Descrizione introduttiva dei meccanismi compensativi .....	47
2. Fenomenologia della giurisprudenza convenzionale in materia di gestione compensativa delle garanzie processuali: il filone giurisprudenziale sul diritto al confronto come fucina per la messa a punto dell'approccio compensativo nel controllo di equità.....	51
2.1 I <i>leading cases</i> e la regola della prova unica o determinante: primi cenni al sistema della compensazione.....	53
2.2 La prima chiara esplicitazione dell'approccio compensativo: <i>Al- Khawaja e Tahery c. Regno Unito</i> .....	62
2.2.1 Le vicende in esame e la pronuncia della IV Sezione della Corte .....	62
2.2.2 La polemica inglese successiva alla condanna della Corte edu: l'intervento della <i>Supreme Court</i> nel caso <i>Horncastle</i> .....	64
2.2.3 L'intervento della <i>Grande Chambre</i> e lo stravolgimento della precedente impostazione .....	67
2.3 <i>Schatschaschwili c. Germania</i> .....	73

3. Giurisprudenza convenzionale sul diritto all’assistenza di un difensore fin dalle prime fasi del procedimento: da <i>Salduz c. Turchia</i> a <i>Ibrahim c. Regno Unito</i> .....	77
4. Giurisprudenza convenzionale sul principio di immediatezza: la (im)mutabilità del giudice dibattimentale .....	86
5. ( <i>Segue</i> ): La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello: <i>Khaslev c. Estonia e Dan c. Repubblica di Moldova n. 2</i> .....	89

### CAPITOLO III

#### ANALISI CRITICA DELL’APPROCCIO COMPENSATIVO

1. Il “bilanciamento” alla base dell’approccio compensativo .....	95
2. Le criticità dell’approccio sincretico e dell’ <i>‘as a whole test’</i> .....	100
3. La relativizzazione delle garanzie processuali derivante dall’impiego del c.d. <i>‘counterbalancing test’</i> .....	107
4. La preoccupante individuazione dei fattori compensativi e le aporie che ne derivano .....	110
5. Effetti negativi a cascata sul diritto dell’Unione Europea .....	116
6. L’influenza della logica compensativa sui sistemi nazionali: Corte costituzionale n. 132/2019 .....	117

<b>BREVI RILIEVI CONCLUSIVI</b> .....	<b>121</b>
---------------------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>125</b>
---------------------------	------------

<b>GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU</b> .....	<b>140</b>
---	------------

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Negli ultimi decenni, il diritto processuale penale – al pari, del resto, di tutte le branche della scienza giuridica – si è dovuto confrontare sempre più spesso con nuove dimensioni *sovranazionali* che incidono sulla sua disciplina. Trattasi di paradigmi ignorati o relegati ai margini dell'approfondimento scientifico fino a un passato non lontano nel tempo<sup>1</sup>. Nella prospettiva europea, il sistema Cedu è senz'altro l'espressione più sofisticata di questo fenomeno e, al contempo, quella in cui la disciplina processual-penalistica ha conosciuto la più marcata evoluzione. L'ordinamento convenzionale e, nello specifico, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo rappresentano un prezioso laboratorio in costante evoluzione<sup>2</sup> e nel quale le tradizionali categorie sono superate o almeno ripensate attraverso nuovi modelli logico-giuridici di riferimento.

La stessa assenza di un *rapporto organico* tra i singoli giudici componenti della Corte e i rispettivi paesi di appartenenza favorisce il fiorire di nuove logiche, diremmo integrate, frutto della reciproca contaminazione tra culture giuridiche anche molto differenti tra loro. Questa peculiarità, unita al peso che il diritto Cedu sta progressivamente assumendo sui singoli ordinamenti nazionali, fa del panorama convenzionale un terreno elettivo per poter comprendere a pieno le tensioni attuali e le linee evolutive future della disciplina processuale. La nozione stessa di 'equità processuale', attorno alla quale ruota la quasi totalità del diritto Cedu in materia di giustizia penale, suscita particolare interesse negli studiosi del processo per via della sua complessità e delle implicazioni che dall'uso di questa promanano<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Con specifico riferimento al panorama convenzionale, KOSTORIS, *Verso un processo penale non più satocentrico*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, 3, in cui l'Autore ricorda come «il nostro "paese giudiziario" è stato per lunghissimo tempo quasi refrattario ai principi consacrati in questa fondamentale Carta internazionale; o, per meglio dire, li ha spesso ignorati (nel doppio senso, che non ne ha percepito l'esistenza, e, quindi, non li ha applicati)». Parla invece di un vero e proprio atteggiamento di «provinciale indifferenza verso la dimensione europea dell'esperienza giuridica» PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657.

<sup>2</sup> Sul tema della prospettiva evolutiva della giurisprudenza convenzionale cfr., *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, § 31 in cui la Corte ricorda che: «*the convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions*».

<sup>3</sup> L'attenzione è peraltro acuita negli ordinamenti di diritto continentale, come quello italiano, tipicamente ancorati al classico modello del diritto per fattispecie e non per principi. Sul punto, cfr., *ex multis*,

Queste specificità meritano di essere analizzate e approfondite anche perché la Corte europea rappresenta sempre di più un punto di riferimento per la tutela dei diritti dell'individuo, una volta appannaggio del diritto interno. Infatti, l'implementazione dei diritti fondamentali ad opera delle corti sovranazionali - di cui la Corte di Strasburgo rappresenta la più raffinata estrinsecazione - erode progressivamente quella che era stata una delle più importanti funzioni del moderno costituzionalismo, ossia la tutela delle garanzie fondamentali del singolo innanzi ai pubblici poteri. Questo spostamento verso la dimensione transnazionale di tutela agevola l'inaugurazione di nuovi paradigmi e modelli giuridici profondamente diversi da quelli della tradizione giuridica continentale.

Inserita in questo quadro di riferimento, la ricerca intende indagare il giudizio che la Corte europea effettua sul rispetto del diritto ad un equo processo tutelato all'art. 6 della Convenzione.

Per via della particolarità della nozione su cui poggia, il vaglio di equità effettuato dai giudici europei ha assunto una struttura del tutto peculiare, complice anche la normazione 'per principio' tipica della Convenzione e l'originale assetto istituzionale in seno al quale tale controllo si inserisce. Le tradizionali soluzioni binarie lasciano qui il campo a una nuova logica non formale, *sfumata*, c.d. della gradazione<sup>4</sup>. La Corte di Strasburgo, infatti, partendo da una «presa d'atto della levitazione della complessità dei problemi con cui la giurisdizione deve oggi confrontarsi»<sup>5</sup>, si muove perlopiù in un'ottica di bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nel processo e da qui elabora la propria giurisprudenza<sup>6</sup>. In tale contesto, l'equità rappresenta il referente concettuale

---

KOSTORIS, *Un diritto postmoderno*, in Id. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, 2016, 9 ss.

<sup>4</sup> Tradotto dal termine francese *flou*, coniato da DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1986, trad. it. a cura di Bernardi - Palazzo, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1992; con specifico riguardo alla Corte edu, cfr. DELMAS-MARTY, *Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme*, in *Dalloz*, 1988, 221 ss. Interessanti anche le ricostruzioni di CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, 1997. In netto contrasto invece con tutte queste impostazioni, squalificate a «filosofie irrazionaliste» AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1421-1422.

<sup>5</sup> VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., 852.

<sup>6</sup> Una sorta di *giurisprudenza degli interessi*, vista l'attenzione per le differenti polarità in reciproca tensione e per il loro bilanciamento. Definizione, questa, che stimola un richiamo, non casuale, alla dottrina tardo-ottocentesca della *Interessenjurisprudenz*, corrente di pensiero sviluppatasi ad opera di Rudolf Jhering e che annovera tra i maggiori esponenti Philipp Heck e Hermann Kantorowicz. Tale



attraverso il quale la gestione applicativa delle garanzie processuali viene ripensata e le tradizionali categorie vengono rilette alla luce di un diverso modo di concepire il processo penale e le norme che ne regolano lo svolgimento. Questo fenomeno si innesta all'interno di una più generale corrente antiformalista che si registra in vari campi del diritto e che tende a spostare sempre di più l'attenzione dal predicato dell'uguaglianza e della stretta legalità, canoni su cui si è incentrata parte cospicua della riflessione di diritto positivo dell'età moderna, a quello dell'equità. Si tratta senza dubbio di un ritorno più che di un esordio, dal momento che il canone equitativo, nella storia del diritto occidentale e non, aveva già innervato diverse esperienze giuridiche (pensiamo, solo per citare gli esempi più eminenti, all'*epicheia* greca, alla *aequitas* romano-canonica o alla *equity* inglese). Se, per un verso, la flessibilità connaturata a questa nozione aiuta il giudice a calibrare meglio le proprie decisioni sulla concretezza delle vicende giudiziarie che è chiamato a scrutinare, per l'altro, non si può trascurare che l'equità e il suo vaglio assumono contorni oltremodo sfuggenti e rischiano di spianare la strada a facili manomissioni delle garanzie processuali.

Più nello specifico, nel vasto insieme delle questioni che scaturiscono dall'art. 6 Cedu, ciò che il lavoro intende approfondire con maggiore attenzione è il c.d. meccanismo della compensazione; esso fa riferimento a un passaggio valutativo che, ad oggi, pare rappresentare il vero fulcro del giudizio di equità sul quale si basano molte decisioni riguardanti l'equità processuale e i diritti da questa derivanti. Sebbene tale approccio affondi le sue radici nella tradizionale logica *floue* di cui fa largo impiego la Corte di Strasburgo, e nonostante le radici di questo possano farsi risalire a una sentenza di fine anni '80, è solo da un decennio a questa parte che tale logica ha attecchito con maggiore forza, informando molteplici aspetti della *fairness* e giungendo a una sua più matura messa a punto. Nel quadro di un controllo tipicamente olistico, la Corte tende sempre

---

corrente, che può ricomprendersi nel più ampio movimento del diritto libero (*Giusliberismo*), attribuisce alla scienza giuridica il compito primario di provvedere alla elaborazione di concetti giuridici non come mera operazione logica, bensì allo scopo di attuare una valutazione delle tendenze e dei bisogni di una comunità organizzata. La contrapposizione al formalismo dogmatico e la predilezione per un'attenta enucleazione e ponderazione dei diversi interessi, di volta in volta coinvolti in ogni singola operazione giuridica rendono evidente una certa influenza di questa concezione sull'impianto logico di cui fa oggi uso la Corte. Sul tema del bilanciamento come tecnica giurisprudenziale per risolvere i conflitti tra opposti interessi v. *funditus* BIN, *Diritti e argomenti - Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

più spesso a concentrarsi sull'effetto che la lesione lamentata ha avuto sul procedimento inteso nel suo complesso (c.d. *as a whole test*). Con sempre maggiore frequenza, quindi, il giudice convenzionale non arresta il proprio vaglio, pronunciando una violazione del *diritto a un equo processo* ove riscontri la lesione di una delle garanzie previste o comunque tutelate dall'art. 6 Cedu, ma si spinge a verificare se l'effetto negativo derivante da quest'ultima sia stato compensato da altri elementi occorsi nell'arco del procedimento. E' proprio su questo peculiare aspetto che si scarica tutto il peso del controllo di equità effettuato dalla Corte europea, ed è proprio qui che rischiano di annidarsi le maggiori criticità.

Concentrandosi su tali aspetti, il lavoro si propone di dimostrare le aporie che solcano la giurisprudenza europea in materia di compensazione, al fine di fare chiarezza sui plurimi e preoccupanti effetti spiccatamente regressivi derivanti dall'odierna strutturazione del vaglio di equità.

A tal fine, la prima parte del lavoro è dedicata alla ricostruzione delle coordinate teorico-generalistiche necessarie a orientarsi *causa cognita* nell'ambito della giurisprudenza convenzionale in materia di equità. Particolare attenzione è prestata allo studio della struttura interna dell'art. 6, nonché al canone dell'equità processuale e all'approccio olistico impiegato dalla Corte. A conclusione del capitolo, poi, un ultimo paragrafo è volto a descrivere sinteticamente i modelli logici che sembrano influenzare i recenti approdi della Corte. La logica c.d. *floue*, attraverso il suo postulato della *gradazione* e il parziale superamento dei cardini della logica binaria di ascendenza aristotelica, pare infatti sempre più spesso ispirare il *reasoning* dei giudici europei.

Nella parte centrale della ricerca, dopo un'approfondita introduzione teorica dell'approccio compensativo nella gestione delle garanzie processuali, è proposta una precisa analisi della più importante giurisprudenza europea in cui la Corte ha fatto ricorso, esplicitamente o implicitamente, alla compensazione. All'interno di questo esame ragionato del *case law* convenzionale, sebbene l'attenzione sia soprattutto indirizzata al filone giurisprudenziale relativo al diritto al confronto, che più degli altri ha registrato il massiccio impiego dei meccanismi compensativi, vengono esaminati

anche altri indirizzi giurisprudenziali al fine di dimostrare come il ricorso al *counterbalancing test* si stia estendendo a quasi tutti i settori dell'equità.

La terza e ultima parte, infine, è dedicata all'elaborazione di una critica trasversale alla compensazione come modello di gestione del controllo di equità e, quindi, delle garanzie processuali. Dopo aver messo in luce alcune problematiche del giudizio di bilanciamento che rimane sullo sfondo in ogni operazione compensativa, l'attenzione si rivolge alle matrici da cui la compensazione promana (approccio sincretico e '*as a whole test*'), nonché a mettere in luce le aporie derivanti dalla preoccupante individuazione dei fattori compensativi.

Nelle note conclusive, da ultimo, sono illustrate alcune embrionali considerazioni sulle correzioni che, nel solco dell'orientamento critico proposto, dovrebbero essere introdotte per superare le descritte aporie, fondando su basi teoreticamente più solide e rigorose l'intero giudizio di equità e l'interpretazione dei rapporti tra le diverse partizioni dell'art. 6 Cedu.



**Capitolo I**  
**ART. 6 CEDU, TRA RISCOPERTA DELL'EQUITÀ**  
**E NUOVI MODELLI LOGICO-GIURIDICI**

SOMMARIO: 1. La Cedu come sistema istituzionale (*cenni*). – 2. Analisi normativa dell'Art. 6 Cedu. – 2.1. Aspetti generali. - 2.2 Paragrafo I: l'evocazione dell'equità processuale. – 2.3. Paragrafo III: garanzie minime o elencazione non tassativa di garanzie?. – 2.4. Il rapporto tra i due paragrafi: il c.d. *taken together approach*. – 3. La nozione di *equità processuale*. – 4. (*Segue*): La valutazione 'olistica' effettuata dalla Corte. – 5. La logica «non monotonica» (*floue*) impiegata dal giudice convenzionale.

**1. La Cedu come sistema istituzionale: *cenni***

La terribile esperienza dei due conflitti mondiali innesco, nel secondo dopoguerra, un processo di ripensamento dell'assetto giuridico internazionale. La tradizionale struttura anorganica del diritto internazionale *classico*<sup>7</sup> aveva infatti mostrato le sue falle: basata sul principio del *superiorem non recognoscens*, non era stata in grado di canalizzare sul piano giuridico quelle tensioni che poi si sarebbero così tragicamente manifestate in campo bellico. L'assenza di un sistema istituzionalizzato degli strumenti di garanzia del diritto iniziava a essere avvertita come un grave problema cui la comunità internazionale era chiamata a porre rimedio.

---

<sup>7</sup> Sistema non verticalizzato nato tra il XVI e XVII secolo con l'affermarsi dell'idea di 'sovranità statale' e il tramonto delle tendenze universaliste imperiali per regolare i rapporti interstatali sul piano internazionale. Per lungo tempo gli Stati sovrani hanno costituito l'unico soggetto di diritto internazionale, considerati come entità di base in una posizione di pari dignità reciproca gli uni rispetto agli altri (quantomeno a livello formale). Questa connotazione statalista delle origini si contrappone al diritto internazionale *contemporaneo* caratterizzato – anche se per molti è solo una parvenza – da una struttura in un qualche modo più istituzionalizzata, che si distingue dal modello *classico* per la diffusione e il ruolo grande rilievo attribuito alle organizzazioni internazionali e per l'allargamento degli interessi oggetto di regolamentazione che hanno portato ad una considerazione diretta della persona umana nel quadro normativo e istituzionale internazionale.

In tale contesto maturarono diverse iniziative volte a tutelare e promuovere lo stato di diritto e, tra queste, un sicuro punto di riferimento è rappresentato dal Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo e l'identità culturale europea<sup>8</sup>.

«L'idea di un'Europa delle libertà, concepita come una comunità non tanto economica quanto etica, appare nello stesso atto di nascita del Consiglio d'Europa»<sup>9</sup>. Nel primo articolo dello Statuto si afferma, invero, che lo scopo dell'organizzazione è quello di «conseguire una più stretta unione fra i suoi membri, per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che costituiscono il loro comune patrimonio». Nell'articolo 3, invece, lo statuto impone agli stati membri un obbligo immediato: «Ogni Membro (...) deve accettare il principio della preminenza del Diritto (principio affermato anche nel preambolo della stessa Cedu, *n.d.r.*) e quello in virtù del quale ogni persona, posta sotto la sua giurisdizione, deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»<sup>10</sup>.

Per quanto concerne le sue funzioni, il Consiglio si è sempre adoperato fattivamente al fine di costruire una tutela del tutto originale e soddisfacente dei diritti umani, nella

---

<sup>8</sup> Trattato istitutivo firmato a Londra il 5 maggio 1949, conosciuto come lo *Statuto del Consiglio d'Europa*. Ad oggi, fanno parte di questa organizzazione 47 paesi. In linea con la tipica struttura triadica delle organizzazioni internazionali, i principali organi del Consiglio sono: il *Comitato dei Ministri* (organo dotato dei maggiori poteri di indirizzo politico, composto dai Ministri degli Esteri, o dai loro rappresentanti permanenti a Strasburgo, di tutti gli Stati membri), l'*Assemblea parlamentare* (organo composto da 318 rappresentanti provenienti dai Parlamenti nazionali e deputato a eleggere il Segretario Generale, il Commissario per i diritti umani e i giudici della Corte edu, oltre ad avere il potere di esprimere voti e raccomandazioni al Comitato) e il *Segretario Generale* (organo che ha la rappresentanza dell'organizzazione ed è responsabile della direzione dei lavori del Consiglio e del suo bilancio).

<sup>9</sup> DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1986; trad. it. a cura di Bernardi - Palazzo, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1992, 92.

<sup>10</sup> Già qui, nello Statuto del Consiglio d'Europa, abbiamo un'"anticipazione" del concetto di *legame giurisdizionale* sul quale si baserà anche il meccanismo di funzionamento della Convenzione. Questa scelta rappresenta un'innovazione rispetto alla tradizionale distinzione (propria del diritto internazionale classico) tra sudditi dello stato e stranieri per quanto riguarda la fruizione delle tutele giuridiche che tradizionalmente era riservata solamente alla prima categoria. Questo *legame giurisdizionale* si sostanzia in una situazione di controllo di fatto esercitato da un dato stato su un individuo (*effective overall control*). Vigè, infatti, un obbligo per gli Stati membri di garantire i diritti dell'uomo a tutti coloro che si trovino sotto il loro 'controllo effettivo'.

Per la più recente giurisprudenza convenzionale, la nozione di 'giurisdizione' andrebbe interpretata secondo il significato che l'espressione ha nel diritto internazionale pubblico (Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 12 dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio e altri Stati Contraenti*, §57), ossia come l'esercizio dei poteri della sovranità. Diffusamente sul punto, v. SAPIENZA, *Art. 1*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, 17.

convinzione – resa poi esplicita nel terzo capoverso del Preambolo Cedu – che la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti fondamentali siano uno dei migliori modi per contribuire al raggiungimento di quella più stretta unione tra i suoi membri che rappresenta lo scopo dell'istituzione.

La linea d'intervento è stata duplice: da una parte «salvaguardare i diritti e le libertà per porli al riparo da misure arbitrarie dei pubblici poteri» e, per altro verso, sviluppare queste posizioni di tutela «ampliandone i contenuti e, soprattutto, inserendoli in testi normativi vincolanti, la cui osservanza è controllata da organi internazionali»<sup>11</sup>.

«Un'importante caratteristica del Consiglio d'Europa, che lo differenzia dall'Unione europea, è data dal fatto che esso non produce norme alle quali devono adeguarsi gli stati membri, ma “propone” convenzioni internazionali, che ogni stato, in base alle sue valutazioni discrezionali, può ratificare»<sup>12</sup>. Tra questi strumenti di diritto internazionale, la Cedu è certamente la più importante e conosciuta, e tutti i paesi membri del Consiglio hanno provveduto a ratificarla, divenendone così ‘Parti’<sup>13</sup>.

Questo trattato internazionale e il sistema che ne scaturisce, rappresentano il primo vero tentativo di costruzione di una tutela internazionale organica, anche di carattere giurisdizionale, dei diritti dell'uomo; un esperimento di grande interesse in un campo (quello della protezione dei diritti fondamentali) in cui gli Stati «sono ancora restii non tanto ad obbligarsi quanto a sottoporsi ad accertamenti *vincolanti* di organi internazionali»<sup>14</sup>.

Nel suo Preambolo, la Convenzione si richiama alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Tale rinvio, lungi dal rappresentare un mero riconoscimento circa la «primogenitura»<sup>15</sup> della Dichiarazione del '48, testimonia l'intenzione di individuare un quadro valoriale e normativo di riferimento sul quale incardinare la nascita e lo sviluppo della dimensione

---

<sup>11</sup> Entrambe le citazioni appartengono a LONATI, *Il diritto dell'accusato a 'interrogare o fare interrogare' le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Giappichelli, 2008, 7.

<sup>12</sup> KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2019, 50.

<sup>13</sup> La *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953 (l'Italia l'ha ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848).

<sup>14</sup> CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, 2008, 161.

<sup>15</sup> CONSO, *Preambolo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, 12.

convenzionale. Così facendo, il Consiglio d'Europa ha creato un ponte tra Convenzione europea e Nazioni Unite per la tutela dei diritti umani in modo tale che questi due strumenti di tutela potessero rafforzarsi reciprocamente<sup>16</sup>.

A prescindere da questo collegamento, è necessario evidenziare anche le differenze che distinguono il panorama europeo da quello della Dichiarazione universale. Innanzitutto la Cedu è espressione di un sistema di protezione organico, coadiuvato da un meccanismo internazionale di controllo (di cui è responsabile la Corte di Strasburgo), mentre la Dichiarazione del '48, non essendo un trattato internazionale, bensì un documento normativo adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, non è di per sé vincolante, ma ha una valenza più che altro simbolica e di indirizzo, come del resto si evince dal suo stesso Preambolo<sup>17</sup>. In secondo luogo, poi, il catalogo di diritti contenuto nella Convenzione è più limitato rispetto a quello della Dichiarazione Universale; in tal senso, infatti, si afferma che la Convenzione ha *natura selettiva* rispetto alla proclamazione dell'Assemblea Generale<sup>18</sup>.

Come si accennava in apertura, alla previsione di un decalogo di diritti, si accompagna l'istituzione di un apposito giudice (la Corte europea dei diritti dell'uomo) alla quale possono ricorrere tanto gli Stati membri, deferendo a questa qualunque inosservanza delle disposizioni convenzionali che si ritenga imputabile a una parte contraente (art 33 Cedu), quanto, ed è la vera peculiarità del sistema, i singoli (siano essi privati, enti o

---

<sup>16</sup> Cfr. PETTITI, DECAUX, IMBERT, *La Convention Européenne de Droits de l'homme*, Parigi, 1999, 128. Invero, il riferimento alla Dichiarazione universale del 1948 trova spazio anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, seppur raramente, ha avuto modo di riferirsi al testo delle Nazioni Unite: cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, § 34; per un altro esempio, più recente, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 25 gennaio 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, nota 5 della *dissenting opinion* dei giudici Spielmann e Jebens.

<sup>17</sup> Nel Preambolo, infatti, è sancito che: «L'Assemblea Generale proclama la presente dichiarazione universale dei diritti umani *come ideale comune da raggiungere*». Per quanto concerne, poi, la natura programmatica della Dichiarazione, sempre nel Preambolo: «(...) si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto di questi diritti e di queste libertà e di *garantirne, mediante misure progressive* di carattere nazionale e internazionale, l'universale ed effettivo riconoscimento e rispetto».

<sup>18</sup> Nel quinto cpv. del Preambolo Cedu, infatti, si prevede che gli Stati europei sino risolti nell'adottare le «misure atte ad assicurare la garanzia collettiva *di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale*». Il carattere selettivo dei diritti Cedu è stato poi ribadito in più occasioni in sede giurisprudenziale, dalla Corte di Strasburgo, cfr., Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, § 34; Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1986, *Kosiek c. Germania*, § 34; Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1986, *Glaserapp c. Germania*, §48.



formazioni sociali) che lamentino una lesione nei loro confronti dei diritti convenzionalmente garantiti da parte di uno degli Stati parte (art. 34-35 Cedu)<sup>19</sup>.

In particolare la possibilità che siano i singoli a convenire in giudizio uno Stato contraente (per di più, indipendentemente dal fatto di esserne cittadini) rappresenta una circostanza di assoluta originalità nel panorama internazionale, che contribuisce a distinguere questo sistema dalle altre convenzioni internazionali, nonché dallo stesso sistema giurisdizionale dell'Unione Europea. Altra sostanziale differenza si coglie se consideriamo che lo Stato che ratifica la Convenzione europea assume di fronte alle altre Parti contraenti un insieme di obblighi nei riguardi non solo di esse e dei loro cittadini, ma prima di tutto dei propri<sup>20</sup>. In tal senso (e come abbiamo ricordato più sopra) il moderno costituzionalismo entra in crisi, poiché si tende a spostare a livello sovranazionale la regolamentazione dei rapporti tra pubblico potere e singoli individui, dotando questi ultimi di efficaci strumenti di garanzia (vedi, appunto, la possibilità di ricorrere direttamente a un giudice internazionale come la Corte edu).

La Corte europea non si presenta, in linea di principio, come un *giudice delle leggi*, bensì come un *giudice del caso concreto*. Conseguentemente, le sue pronunce sono la risultante di enunciazioni di principio e di un'opera di bilanciamento legata alla specificità del caso concreto portato all'attenzione del giudice europeo e considerato nella sua globalità. Nonostante questa forte impronta casuistica, il sindacato della Corte implica, necessariamente, lo svolgimento di un'importante *funzione interpretativa generale* che assume una sempre maggiore rilevanza<sup>21</sup>.

Attraverso quest'opera di esegesi, infatti, i giudici di Strasburgo hanno notevolmente implementato il panorama delle tutele previste nella Cedu ed è proprio a questa attività creativa che ci si riferisce quando ci si richiama alla Convenzione europea '*così come interpretata*' dalla Corte.

---

<sup>19</sup> La condizione fondamentale per esercitare questo diritto è che l'individuo si ritenga 'vittima' di un abuso da parte di uno stato membro del sistema e quindi, in quanto tale, obbligato al rispetto della Convenzione (art. 34 Cedu). Come si è già avuto modo di sottolineare più sopra (nota 53) ciò che rileva non è tanto il legame di cittadinanza dell'individuo ma il *legame giurisdizionale*, quindi il ricorso individuale dovrà indirizzarsi contro quello stato che abbia di fatto esercitato una situazione di controllo sul ricorrente violando le norme convenzionali, sia o meno lo stato di cittadinanza dello stesso.

<sup>20</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., 94.

<sup>21</sup> Già a livello formale è lo stesso art. 32 Cedu che attribuisce alla Corte il ruolo di "interprete ufficiale" della Convenzione disponendo che «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli (...)».

Questo sistema centralizzato di interpretazione potrà conoscere notevoli sviluppi quando entrerà in vigore il Protocollo n. 16 alla Cedu, il quale introduce un meccanismo di *interpello preventivo*<sup>22</sup>. Simile al ricorso pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia UE, ma di tipo consultivo, questo strumento introduce la possibilità per i giudici nazionali di rivolgersi alla Corte di Strasburgo per ottenere una *advisory opinion* sull'interpretazione da dare a una norma convenzionale il cui impiego sia rilevante per la decisione che essi sono chiamati a prendere in un determinato caso. Si tratta di un meccanismo pensato e calibrato per rispondere alle sempre più pressanti esigenze deflative circa il carico di lavoro di cui è oberata la Corte, ma che tuttavia potrà far acquisire a quest'organo un nuovo profilo di *giudice delle leggi* che si esprime in astratto su rilevanti questioni di diritto, con tutti i problemi che potrebbero sorgere in merito al rapporto con le corti costituzionali dei singoli paesi membri.

Prescindendo dalla centralità del giudice convenzionale, sulla quale pure rimane incardinato il sistema di tutela convenzionale, è interessante osservare come sia il giudice comune a rappresentare «il primo garante dell'applicazione dei diritti previsti dalla Convenzione»<sup>23</sup>. L'art. 13 Cedu, infatti, dispone che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale», mentre l'art. 35 Cedu richiede il previo «esaurimento delle vie di ricorso interne» per adire la Corte europea. Quest'ultima previsione riveste una specifica importanza poiché contribuisce a creare una connessione tra tutela interna e tutela europea<sup>24</sup>.

Il testo originario della Convenzione è stato via via modificato e integrato dalle previsioni dei Protocolli addizionali (aggiuntivi o di emendamento) che hanno

---

<sup>22</sup> Protocollo predisposto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 10 luglio 2013 e aperto alla firma degli Stati membri il 2 ottobre 2013. Per una analisi di tutte le questioni inerenti a questo Protocollo e alla sua entrata in vigore, si rinvia a CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27 dicembre 2019.

<sup>23</sup> KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 50. Del medesimo avviso anche MOLE, HARBY, *The right to a fair trial: a Guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks n. 3*, 2006, 6-7.

<sup>24</sup> In accordo con le norme di diritto internazionale generale, vige anche nel sistema Cedu la regola del *previo esaurimento delle vie di ricorso interne* (art. 35 Cedu), per la quale fintantoché è possibile esperire un rimedio di diritto interno, non si può nemmeno parlare di violazione sul piano internazionale, che viene invece a costituirsi solo nel momento in cui, esaurite le vie interne, non è più possibile che lo stato contraente ponga rimedio alla condotta lesiva.

contribuito ad arricchire il complesso normativo del sistema convenzionale. Eccezion fatta per i precetti in materia di pena capitale, questi strumenti hanno sì integrato l'elenco dei diritti considerati, ma non hanno implicato correzioni o emendamenti della disciplina materiale dei diritti fondamentali; modifiche profonde ha subito, invece, il complesso delle istituzioni preposte alla salvaguardia di quei diritti. Tra queste è opportuno soffermarsi sul cd. *Protocollo di Strasburgo* (Prot. n. 11) che ha ristrutturato l'assetto istituzionale dell'intero sistema di protezione dei diritti fondamentali<sup>25</sup>.

In origine il meccanismo di controllo era incardinato su due organi: la Commissione, organo-filtro con natura para-giudiziaria, di componimento amichevole delle controversie e di accertamento di fatto; e la Corte europea, organo giurisdizionale vero e proprio cui spettava il compito di decidere in via definitiva sulla sussistenza di una violazione e, eventualmente, di accordare un'equa soddisfazione alla vittima della accertata lesione.

Tale assetto binario, con caratteristiche in parte giurisdizionali e in parte politiche era «ispirato alla preoccupazione di consentire un avvio dell'applicazione della Convenzione non traumatico, tenuto conto della sua carica profondamente innovativa»<sup>26</sup>. Il sistema, tuttavia, era divenuto sempre più complesso e difficilmente intelligibile: si pensi ai quattro regolamenti di procedura che regolavano l'opera dei diversi organi oppure al proliferare delle eccezioni di irricevibilità sollevate innanzi alla Corte dai governi convenuti. Un simile assetto rischiava di svilire l'intera opera dell'organizzazione; così, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11, fu deciso di accorpare la Commissione e la Corte in un unico organo: *la Corte europea dei diritti dell'uomo*. In dottrina si è sottolineato come «Nonostante abbia assunto la stessa denominazione della precedente, l'attuale organo giudiziario della Convenzione europea è da considerarsi una “nuova” Corte, alla quale sono state affidate sia le competenze istruttorie, di inchiesta e di conciliazione, che spettavano alla Commissione europea, sia quelle decisorie della “vecchia” Corte»<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Si rinvia, per ulteriori approfondimenti sul tema, a TOSI, *Il protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, 137 ss.

<sup>26</sup> CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011, 154.

<sup>27</sup> LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 12.

## **2. Analisi normativa dell'Art. 6 Cedu**

Per una compiuta trattazione del tema delle compensazioni che si intende approfondire nel prosieguo, pare indispensabile qualche breve nota introduttiva in merito all'art. 6 della Convenzione. Per ragioni di sintesi espositiva, tuttavia, l'analisi si limiterà a tratteggiare alcuni aspetti generali della norma e a prendere in più specifica considerazione solamente il primo e il terzo paragrafo della disposizione, che rappresentano le due norme sulle quali il giudice convenzionale fonda l'approccio compensativo.

### **2.1 Aspetti generali**

Il *diritto a un equo processo*, oltre a costituire una sofisticata manifestazione di civiltà giuridica, è una delle espressioni di garanzia più significative della Convenzione, nonché quella di gran lunga più invocata innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il complesso di tutele contenute nell'art. 6 Cedu rappresenta infatti un compendio di cosa significhi un'*equa amministrazione della giustizia* e quali siano le tutele da accordare al soggetto che si trovi coinvolto nell'agone giudiziario<sup>28</sup>.

La rilevanza di tale norma «può essere facilmente compresa se si considera che la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, cui l'intera Convenzione è ovviamente preposta, può trovare effettiva implementazione solo attraverso un corretto esercizio della giurisdizione»<sup>29</sup>. L'equità del processo, sia civile sia penale, è dunque elemento strettamente funzionale alla garanzia del *principio di preminenza del diritto* (*rule of law*), richiamato sin dal Preambolo Cedu come parte del patrimonio comune delle Alte Parti contraenti<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> MOLE, HARBY, *The right to a fair trial: a Guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit.

<sup>29</sup> CHENAL, GAMBINI, TAMIETTI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, Cedam, 2012, 173-174. Cfr. altresì SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015, 265.

<sup>30</sup> JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010, 242 e SPERDUTI, *Il principio di preminenza del diritto e sua garanzia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AAVV, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, 1991, 521 ss. In giurisprudenza, cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, *Raffinerie*

La stessa Corte europea ha avuto modo di chiarire in più occasioni l'importanza della relazione esistente tra il carattere democratico di una società e il concetto di equa amministrazione della giustizia, affermando come «*In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 (1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision*»<sup>31</sup>.

La centralità delle tutele *processuali* e la loro funzionalità rispetto alla garanzia degli altri diritti fondamentali protetti (di natura perlopiù *sostanziale*, come il diritto al rispetto della vita privata e familiare, oppure la libertà di pensiero o di religione etc.) è cifra che accomuna la Cedu alle altre Dichiarazioni e Convenzioni internazionali riguardanti la salvaguardia dei diritti dell'uomo adottate nella seconda metà del XX secolo<sup>32</sup>. A prescindere dalle diversità linguistiche, si registra infatti una sostanziale comunanza d'intenti alla base di queste previsioni, impernata sull'idea di un sistema di garanzie fondamentali in cui, accanto alle tutele formalmente declamate nel corso dell'800 e del primo '900, sono riconosciuti anche spazi di tutela necessari a dare concreta ed effettiva attuazione alle previsioni astratte. Nella giurisprudenza convenzionale, infatti, è costante il riferimento alla necessità di interpretare e garantire i diritti concreti ed effettivi e non teorici o illusori («*the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective*»)<sup>33</sup>.

---

*Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, § 46; Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, § 34.

<sup>31</sup> Corte eur. dir. uomo, 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*, § 25. Dello stesso avviso, Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 1990, *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, § 66, secondo cui «*In the Court's opinion, the right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention restrictively*».

<sup>32</sup> Si possono trovare alcuni riferimenti negli artt. 8 e 10 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948; nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; negli artt. 8 e 25 della Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo (cd. Patto di San José di Costa Rica) del 1969. Norme inerenti all'equità del procedimento si rinvencono anche nell'art. 20 dello Statuto del Tribunale delle N.U. per i crimini commessi in Ruanda, nell'art. 21 dello Statuto del Tribunale delle N.U. per i crimini commessi in ex-Jugoslavia e, infine, negli artt. 55 e 65-67 dello Statuto della Corte penale internazionale del 1998. Questo ampio complesso di garanzie è pure ripreso nella Carta di Nizza in una sostanziale corrispondenza di contenuto. Per un approfondimento su queste previsioni appena ricordate, v. LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 28 ss.

<sup>33</sup> La prima affermazione di questo criterio interpretativo nel versante penalistico è contenuta in Corte eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, § 33. In dottrina, cfr. TRECHSEL, *Human Rights in*

Tecnicamente, la disposizione sul diritto all'equo processo, l'art 6 Cedu, è una norma a struttura complessa. Solo il primo paragrafo ha una portata più generale e si applica indistintamente alle controversie civili e a quelle penali, mentre il secondo e il terzo trovano attuazione solamente in materia penale. L'evocazione della generale nozione di equità processuale contenuta nel primo paragrafo, inoltre, rappresenta lo strumento attraverso il quale la Corte suole tutelare anche interessi differenti – e talvolta contrapposti – rispetto a quelli dell'accusato, al quale, invece, sono dedicate le più specifiche garanzie del secondo e del terzo paragrafo della disposizione. La genericità del riferimento all'equità, che rimane pur sempre il nucleo originario ed essenziale dell'intero articolo, deve essere composta con la maggior precisione delle altre garanzie; ne deriva che il rapporto tra le diverse partizioni che compongono questa norma è assai articolato.

A quanto evidenziato si aggiunga che l'art. 6 si riferisce a un duplice profilo: innanzitutto, la norma riguarda il *setting*, la cornice strutturale di riferimento nella quale si ambienta, prendendo forma, ogni processo. In questo senso, si parla genericamente di un diritto *al processo* attraverso la configurazione di tutti quei caratteri che deve possedere ogni procedimento giudiziario per potersi definire tale in senso convenzionalmente conforme (pubblicità della procedura, ragionevole durata, accesso a un tribunale, indipendenza e imparzialità del giudice)<sup>34</sup>. In secondo luogo, poi, le tutele dell'art. 6 concernono i profili più prettamente dinamici che in quel contesto di riferimento, così strutturato, si sviluppano: vengono stabiliti infatti ulteriori diritti e garanzie da tutelare *nel processo*, funzionali cioè a preservarne l'equità per tutta la sua durata (diritto a essere informato dell'accusa, diritto all'assistenza legale, ecc.).

In queste due anime è racchiusa l'essenza dell'obbligo che la Convenzione impone alle Alte parti contraenti circa le modalità di esercizio dell'attività giurisdizionale. La sua

---

*Criminal Proceedings*, 2006, Oxford University Press, 194 s.; estremamente interessanti risultano essere anche i rilievi critici di GOSS, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart publishing, 2016, 28, il quale sul punto afferma «*The Court ought to explain more clearly why particular cases, or classes of case, justify a generous 'practical and effective' interpretation rather than a more restrictive interpretation. Without such explanation, the risk is that it will appear to be selecting interpretative approaches in an arbitrary, and perhaps even opportunistically incoherent, fashion*».

<sup>34</sup> CHIAVARIO, *Art. 6*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, 155 ss.

portata prescrittiva consiste in un vero e proprio *obbligo di risultato* in base al quale gli Stati membri devono garantire un'equa amministrazione della giustizia attraverso le garanzie del giusto processo, seppur potendo fruire del necessario *margin* di apprezzamento nella scelta delle *measure positive* da adottare a tale scopo<sup>35</sup>.

Occorre comunque precisare che, come noto, il testo della disposizione rappresenta solo lo "scheletro", lo «*starting point*» della protezione convenzionale considerata nel suo insieme<sup>36</sup>. La giurisprudenza della Corte edu, negli anni, ha infatti ampliato le implicazioni del "processo equo", facendo derivare in via interpretativa dall'art. 6 par. 1 una pluralità di ulteriori garanzie, come ad esempio quelle relative alla parità delle armi tra le parti, o al diritto alla conoscibilità del *dossier* processuale, solo per citarne alcune.

## **2.2 Paragrafo I: l'evocazione dell'equità processuale**

Il diritto a un processo equo trova la sua «matrice primigenia»<sup>37</sup> nel I paragrafo dell'art. 6, il quale, per quel che interessa in questa sede, prescrive che «*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*».

---

<sup>35</sup> Cfr., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, § 30, secondo cui «*The Contracting States enjoy a wide discretion as regards the choice of the means calculated to ensure that their legal systems are in compliance with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1) in this field. The Court's task is not to indicate those means to the States, but to determine whether the result called for by the Convention has been achieved*». In dottrina, tra i molti, cfr. DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 4, 1696 ss.

<sup>36</sup> Efficace espressione ripresa da MOLE, HARBY, *The right to a fair trial: a Guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit., 5, secondo i quali «*The text of the article is, however, only the starting point as Article 6 has been extensively interpreted by the European Court of Human Rights in its case-law. This case-law defines the content of the Convention rights*». Per ulteriori riferimenti, cfr. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, 122. In giurisprudenza, invece, cfr. Corte eur dir uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, § 154, secondo cui «*The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties*».

<sup>37</sup> BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 122.

In tal modo, la Convenzione delinea una sorta di «*summa* delle garanzie processuali» avente portata generale<sup>38</sup>. Tralasciando in questa sede un esame analitico delle specifiche garanzie qui riconosciute (pubblicità dell'udienza, tempo ragionevole etc.), la cifra che maggiormente caratterizza il primo paragrafo dell'art. 6, esaltandone l'originalità, è senza dubbio il riferimento al diritto ad un'equa trattazione del processo («*fair hearing*» nel testo inglese). Il concetto di equità qui evocato pare rappresentare «un valore sovraordinato ed ulteriore rispetto alle specifiche garanzie previste»<sup>39</sup>. Il richiamo, nel corpo della disposizione, alla nozione di equità vivifica l'intera norma. Mentre nella rubrica, infatti, il riferimento al canone equitativo ha perlopiù una connotazione descrittivo-riassuntiva, nel I par. assume una indubbia valenza prescrittiva che emerge già dal dato testuale della norma.

Con riguardo al I paragrafo dell'art. 6, la Corte europea ha sviluppato la propria giurisprudenza lungo due principali direttrici: da un lato, la salvaguardia del contraddittorio, da intendersi in senso lato come *adversarial principle*, tipico della giustizia penale anglosassone, dall'altro, la tutela del principio di parità delle armi tra le diverse parti del processo<sup>40</sup>. Queste linee di sviluppo, ontologicamente collegate l'una all'altra, hanno contribuito, fin dalle prime pronunce della Corte europea, ad attualizzare il riferimento all'equità processuale contenuto nella norma in esame. Volendo compendiare l'essenza del *case-law* convenzionale su questo punto, si potrebbe affermare che scopo della garanzia in esame è quello di offrire a ciascuna parte la possibilità di presentare al giudice chiamato a decidere il merito del procedimento le proprie ragioni in condizioni di sostanziale parità rispetto alla parte avversa<sup>41</sup>. Queste, tuttavia, sono solo le principali declinazioni del concetto di *fair hearing* sviluppate dalla Corte: da queste - o, meglio, accanto a queste - il giudice convenzionale ha implementato molte altre importanti tutele. In questo contesto, quindi, il riferimento all'equità funge anche da forte clausola di apertura, permettendo alla Corte, attraverso la

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, ora in KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, 159.

<sup>40</sup> TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 85; BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 122; CHIAVARIO, *Art. 6*, cit., 192.

<sup>41</sup> CHIAVARIO, *Art. 6*, cit., 195.



propria giurisprudenza, di riconoscere specifiche garanzie non esplicitate nel testo della norma, ricavandole dal concetto stesso di *fairness* processuale<sup>42</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, ad esempio, è di particolare interesse rilevare come la Corte europea individui nel concetto di *procès équitable* di cui al par. I dell'art. 6 la fonte per la tutela di soggetti anche diversi dall'accusato, come ad esempio i testimoni o le vittime di reato, anch'essi titolari di garanzie che, seppur non esplicitate nel testo della disposizione in esame ma in altre (ad es. artt. 3 e 8 Cedu), secondo la Corte si ricollegano comunque al concetto di equità processuale, completandolo<sup>43</sup>. La pluridimensionalità soggettiva del concetto di *fairness* sarebbe, secondo la giurisprudenza europea e parte della dottrina, un fattore capace di scongiurare il rischio latente di un «eccesso di unilateralità» nella concezione delle garanzie processuali convenzionali, che, altrimenti, andrebbe ad esclusivo appannaggio dell'accusato<sup>44</sup>.

Sul punto, tuttavia, è necessaria una precisazione. Riguardo al coinvolgimento della vittima nell'alveo della tutela offerta dal concetto di equità di cui all'art. 6, par. I, ad esempio, pare registrarsi una duplice modalità<sup>45</sup>. La prima, fisiologica, mira ad accrescere i diritti informativi e partecipativi della persona offesa; la seconda, invece, si palesa come più problematica, poiché pare far derivare la tutela dell'offeso dalla

---

<sup>42</sup> Cfr. HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018, 410; BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 123.

<sup>43</sup> A tale proposito, paiono emblematiche di questo approccio le affermazioni contenute in Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 70, secondo cui «*It is true that Article 6 (art. 6) does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (art. 8) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify*».

<sup>44</sup> In dottrina, cfr. CHIAVARIO, *Art. 6*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea*, cit., 193, cui appartiene anche l'espressione citata. In giurisprudenza, invece, cfr., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 70, in tale decisione infatti i giudici europei hanno precisato che «*principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify*».

<sup>45</sup> Per una generale ricostruzione del ruolo della vittima nel sistema Cedu, si rinvia a PAULESU, *Vittima di reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in BARGIS, BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, 144 ss. Per quanto concerne, invece, l'evoluzione del coinvolgimento della vittima nell'alveo delle tutele ex art. 6, par. I, Cedu, cfr. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 36 ss.

modulazione al ribasso delle garanzie difensive dell'accusato, postulando che la calibrazione di queste ultime debba tenere conto degli interessi delle vittime (e dello Stato) alla repressione dei reati<sup>46</sup>.

A fronte dello straordinario effetto evocativo, tuttavia, occorre fin da ora precisare che dell'equità processuale pare potersi dare perlopiù *esemplificazione* e solo con notevole difficoltà (e, quindi, in modo necessariamente incompleto) *definizione*: si può infatti rispondere all'interrogativo *che cosa è equo?*, ma assai più difficilmente a *che cos'è l'equità?*<sup>47</sup>. D'altro canto, il riferimento a un concetto non facilmente determinabile, come è quello di equità, rappresenta il pregio e al contempo il limite della norma in esame. Per un verso, infatti, la duttilità funge da valvola respiratoria del sistema convenzionale, permettendo alla Corte di adattare meglio le garanzie alle situazioni concrete che è chiamata a vagliare e consentendole di riconoscere tutele non esplicitate nel testo della Convenzione<sup>48</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, questa elasticità corre il

---

<sup>46</sup> Cfr., solo per citare le più rilevanti, Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118 e 146; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 101. A confermare la diffusione quasi endemica di tale approccio, cfr., più recentemente, Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 17 gennaio 2017, *Habran e Dalem c. Belgio*, § 96, che, richiamando proprio le sopraccitate pronunce, afferma che «*The Court, in making its assessment [i.e. to evaluate the overall fairness of the proceeding, ndr], 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 and, where necessary, to the rights of witnesses*». In dottrina, concordemente sul punto, v. HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, in *Criminal Law Review*, 2014, n. 4, 6.

<sup>47</sup> Sul punto, cfr. GUARINO, *Equità (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, I, 1937, 619, secondo il quale la nozione di equità resta «tra le più essenziali (...) ma nel contempo tra le più evanescenti, incerte e contraddittorie». Sull'utilizzo del concetto di equità, cfr. gli interessanti rilievi critici di SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Camerino pronunciato il 23 novembre 1879, oggi in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 2012, 179 ss. Per quanto concerne, più specificamente l'equità convenzionale, cfr. Cfr. HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 3, secondo la quale «*Jurists claim to recognise what is and is not fair in criminal proceedings, but seem to be incapable of describing it, leaving them open to attack for manipulating an "indefinite and imprecise concept" to provide themselves with a "seemingly limitless discretion"*»; nonché TAYLOR, ORMEROD, *Mind the Gaps: Safety, Fairness and Moral Legitimacy*, in *Criminal Law Review*, 2004, 266 ss.

<sup>48</sup> Per più esaustivi riferimenti, si rimanda a KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, 71 ss., che ricollega questa attenzione alla dimensione concreta e fattuale del diritto processuale alla riscoperta dei canoni di razionalità pratica; nonché Id., *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, oggi in Id., *Processo penale e paradigmi europei*, 210 ss. e 216, che enfatizza la dimensione

rischio di sconfinare in vaghezza, portando ad approdi ermeneutici o applicativi non sempre coerenti, generando problemi di prevedibilità e aumentando le difficoltà di adeguamento da parte degli ordinamenti nazionali chiamati a uniformarsi alla normativa convenzionale<sup>49</sup>.

### **2.3 Paragrafo III: garanzie minime o elencazione non tassativa di garanzie?**

Il terzo paragrafo dell'art. 6 Cedu contiene un catalogo non esaustivo di specifiche tutele che, insieme a quelle enucleate nel primo paragrafo e quelle create per via giurisprudenziale dalla stessa Corte, vanno a definire il significato di "processo equo".

Ciò che caratterizza questo catalogo è il fatto di riguardare specificamente la persona a carico della quale viene istruito un procedimento penale, l'accusato. Tali garanzie, quindi, vanno a scolpire l'essenza del diritto di difesa di cui è titolare colui che è gravato da un'accusa penale.

Si tratta, sintetizzando, del diritto di essere informato dell'accusa, di usufruire di tempi e facilitazioni adeguati alla preparazione della difesa, del diritto all'autodifesa, all'assistenza difensiva e al gratuito patrocinio, di quello al confronto nel contraddittorio con i propri accusatori, del diritto alla prova e alla prova contraria, nonché il diritto all'assistenza di un interprete nel caso non si conosca la lingua del processo.

Pur muovendo dall'intento di non cristallizzare le garanzie in un'elencazione tassativa, gli estensori della Convenzione hanno ritenuto che determinate tutele, per la loro importanza e delicatezza, richiedessero un espresso e specifico riconoscimento nell'art. 6, al fine di scongiurare le incertezze legate a una loro previsione e modulazione meramente giurisprudenziale<sup>50</sup>. Tuttavia, è interessante osservare come, mentre il riferimento a delle garanzie minime contenuto nel testo inglese dell'art. 6 Cedu suggerisce una loro messa in risalto rispetto alle altre di cui si compone l'equità

---

«marcatamente fattuale» dell'equità e la sua duttilità. Sul tema, cfr., più in generale, GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 12 ss.

<sup>49</sup> TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 84.

<sup>50</sup> CHIAVARIO, *Art. 6*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 222; LONATI, *Il diritto di interrogare*, cit., 22; LONATI, *Fair Trial and the Interpretation Approach Adopted by the Strasbourg Court*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 65.

processuale (*Everyone charged (...) has the following minimum rights*), il testo francese (*Tout accusé a droit notamment à: ...*) sembra più enfatizzare la natura esemplificativa dell'elencazione<sup>51</sup>. Questa differenza linguistica esprime in modo abbastanza compiuto il diverso orientamento con il quale, come si vedrà, può essere interpretato il III paragrafo e come questo si inserisca nella struttura dell'articolo 6.

Il testo inglese, infatti, sembra veicolare l'idea secondo la quale i diritti specificati nel III paragrafo, in quanto minimi, sono inscalfibili e, conseguentemente, il loro rispetto non può essere bilanciato con altri interessi o garanzie<sup>52</sup>. Essi rappresentano quel livello minimale di tutela sotto al quale non si può scendere senza che vi sia una vulnerazione dei diritti fondamentali in campo processuale penale. Al contrario, nella sua versione francese, parimenti ufficiale, il testo convenzionale, introducendo le garanzie del III paragrafo come *esemplificazione* mera dell'equità, pare suggerire una subordinazione di queste a quella. Non si tratterebbe di un mero rapporto di originazione che, pur sottolineando la derivazione delle tutele specifiche dalla *fairness* processuale, lascerebbe le prime autonome rispetto alla seconda, ma di vera e propria subordinazione, con ampie ripercussioni sotto il profilo esegetico e applicativo dell'art. 6. La portata di tale vincolo, infatti, incide sulle garanzie di cui al terzo paragrafo, il cui esatto contenuto si ricaverà attraverso il riferimento al concetto di equità processuale, chiamato a modularne la concreta applicazione.

#### **2.4 Il rapporto tra i due paragrafi: il c.d. *taken together approach***

Come accennato, stando al testo inglese dell'art. 6, i diritti previsti nel III paragrafo della norma, in quanto *minimi*, potrebbero ritenersi inscalfibili e, conseguentemente, il loro rispetto dovrebbe essere accertato attraverso una specifica valutazione che riguardi solamente il loro puntuale rispetto e nulla altro (valutazione di tipo 'analitico'). Per tale via, allora, le garanzie specifiche deriverebbero sì concettualmente dalla nozione di equità di cui al I paragrafo, ma quest'ultima non inciderebbe in alcun modo sulla loro parabola applicativa.

---

<sup>51</sup> HARRIS O'BOYLE WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit, 411.

<sup>52</sup> Sull'idea delle garanzie di equità previste dal III par. dell'art. 6 della Convenzione come 'diritti minimi', cfr. BIRAL, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a fair trial*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, 331 ss.

Dal canto suo, invece, la versione francese sembra presentare le garanzie specifiche del III paragrafo più come una esemplificazione della *fairness*: come già rilevato, il termine «*notamment*» rimanda proprio alla visione di questi diritti come aspetti peculiari, fra gli altri, dell'equità processuale evocata nel I paragrafo. Il rapporto tra le due norme, dunque, trascenderebbe la mera ascendenza teorica dell'una dall'altra, per risolversi in un ben più concreto condizionamento della clausola contenuta nel 6,1 sulle specifiche tutele del 6,3: la più generale nozione di equità processuale contenuta nella prima norma rappresenterebbe il referente interpretativo alla luce del quale modulare la gestione applicativa delle specifiche garanzie previste nella seconda.

L'opzione per l'una o l'altra ricostruzione è tutt'altro che priva di implicazioni sulla struttura del vaglio che è chiamato ad effettuare il giudice convenzionale: mentre nel primo caso, infatti, il controllo sarebbe assai rigoroso e a "rime obbligate", nel secondo si tratterebbe di un vaglio molto più elastico e dai contorni sfocati.

Nonostante la "ambiguità" linguistica legittimi entrambe le esegesi, la Corte europea ha generalmente<sup>53</sup> aderito al secondo dei ricordati orientamenti, seppur con diversità di accenti e sfumature<sup>54</sup>. Tale opzione si basa su un approccio sostanzialmente sincretico tra le due previsioni, in base al quale i diritti puntualmente indicati nel III paragrafo sono considerati come «*specific aspects of the general concept of a fair trial set forth in*

---

<sup>53</sup> Nell'evoluzione del *case-law* convenzionale sull'art. 6, tuttavia, si registrano anche casi in cui la Corte non ha ritenuto di seguire questa interpretazione, preferendo un approccio più analitico nel controllo dei singoli diritti. L'esempio più risalente è rappresentato da Commissione eur. dir. uomo, 15 marzo 1960, *Nielsen c. Danimarca*, § 52, dalla quale si ricava la necessità di valutare lo specifico rispetto dei diritti *ex* 6, par. III. Per una recente affermazione di questo differente approccio, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 34, nella quale si afferma «*As with the other elements of Article 6 § 3, it is one of the minimum rights which must be accorded to anyone who is charged with a criminal offence. As minimum rights, the provisions of Article 6 § 3 constitute express guarantees and cannot be read, as it was by the Court of Appeal in Sellick (see paragraph 25 above), as illustrations of matters to be taken into account when considering whether a fair trial has been held (see Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, §§ 67 and 68, Series A no. 146; Kostovski v. the Netherlands, 20 November 1989, § 39, Series A no. 166). Equally, even where those minimum rights have been respected, the general right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1 requires that the Court ascertain whether the proceedings as a whole were fair*».

<sup>54</sup> Sulle differenti modulazioni di questo approccio, cfr. l'approfondita analisi proposta in GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 72 ss.

*paragraph 1*»<sup>55</sup> e, proprio in ragione di questo stretto rapporto, la Corte è solita considerare il ricorso alla luce delle due disposizioni considerate nel loro insieme composito («*taken together*»)<sup>56</sup>.

Nella giurisprudenza più recente, tuttavia, la Corte sembra radicalizzare questo rapporto di derivazione delle specifiche garanzie *ex* 6, par. III, non limitandosi più a descrivere queste come aspetti specifici dell'equità processuale, bensì degradandole a semplici elementi, *tra gli altri*, della nozione di *fair trial*<sup>57</sup>. Tale svalutazione pare essere autorevolmente confermata dalla stessa Corte, che nella guida ufficiale all'art. 6 della Convenzione afferma, riprendendo alcune importanti pronunce, che «*The specific guarantees laid down in Article 6 § 3 exemplify the notion of fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases, but their intrinsic aim is always to ensure, or to contribute to ensuring, the fairness of the criminal proceedings as a whole*»<sup>58</sup>. E', dunque, la stessa "interpretazione autentica" della giurisprudenza convenzionale a suffragare la lettura 'minimalista' delle garanzie specificate nel III paragrafo dell'art. 6.

Un simile approccio sincretico permette, da un lato, di arricchire<sup>59</sup> e di attualizzare costantemente le garanzie attraverso la dialettica derivante dalla combinazione tutele

---

<sup>55</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria* § 29; C Corte eur. dir. uomo, 6 dicembre 1988, *Barberà, Masegué e Jabardo c. Spagna* § 67; Corte eur. dir. uomo, 6 maggio 1985, *Bönisch c. Austria* § 29.

<sup>56</sup> Corte eur. dir. uomo, 19 Febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, § 31; Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*, § 25; Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*, § 19. Cfr., più di recente, Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*, § 90.

<sup>57</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 145, secondo cui «*Article 6 § 3 (c) was one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1*».

<sup>58</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Research Division), *Guide on Article 6 - Right to a Fair trial (criminal limb)*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), 31 agosto 2020, 69, che in questo passaggio cita pedissequamente i *refrain* di Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 gennaio 2005, *Mayzit c. Russia*, § 77; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 251.

<sup>59</sup> Cfr. HARRIS O'BOYLE WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 411, a mente dei quali «*In criminal cases, the 'fair hearing' guarantee has to be read together with the specific guarantees in Article 6(2) and (3). Whereas the latter are subsumed within the former, the general guarantee of a 'fair hearing' in Article 6(1) has elements that supplement those specified in Article 6(2) and (3)*».

specifiche—canone equitativo<sup>60</sup> e, dall'altro, di rendere più duttile l'intero vaglio che sono chiamati ad effettuare i giudici di Strasburgo. Filtrate dalla loro comune radice equitativa (art.6, par. I), infatti, le garanzie specifiche del III paragrafo dell'art. 6 potranno flessibilizzarsi per meglio adattarsi ai singoli casi sottoposti al vaglio della Corte.

Accanto a questi aspetti positivi, tuttavia, è possibile scorgere anche importanti criticità che rischiano di minare alle radici il fondamento di questa interpretazione. Innanzitutto, ritenere che i diritti specificamente disciplinati nel III paragrafo dell'art. 6 siano delle mere esemplificazioni di ciò che è l'equità processuale porta a una lettura semplicistica dell'art. 6 e delle sue partizioni<sup>61</sup>. Un simile approccio, infatti, rischia di ridurre l'intera gamma di tutele specifiche previste nell'art. 6 (specialmente nel III paragrafo) ad un'unica meta-“garanzia”, quella del tutto aspecifica di equità globale del procedimento, che tutto sovrasta e assorbe<sup>62</sup>.

### **3. La nozione di equità processuale**

Nei precedenti paragrafi si è già avuto modo di descrivere in termini introduttivi l'equità processuale; ora, tuttavia, occorre approfondire tale nozione sotto il profilo giuridico e teorico-concettuale<sup>63</sup>.

L'origine del riferimento al canone equitativo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo riflette l'influenza di concetti di risalente origine, come quello di *'fair trial'* o di *'due process of law'*, entrambi appartenenti al mondo della *common law*<sup>64</sup>.

Il primo, di tradizione anglosassone, si impone nell'ordinamento inglese quale presupposto e misura della accettabilità non soltanto civica, ma soprattutto etica della potestà giurisdizionale. Il secondo, invece, appartenente alla tradizione nordamericana e

---

<sup>60</sup> Cfr. BUZZELLI, *Art. 6 (L'applicabilità dell'art. 6 comma 1 Cedu “nel suo aspetto penale”)*, in UBERTIS, ZACCHE' (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, 135, che parla di «costante aggiornamento» delle garanzie convenzionali.

<sup>61</sup> GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 65.

<sup>62</sup> MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle corti sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2017, 13; GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, 74 s.;

<sup>63</sup> Cfr. FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 69 ss.

<sup>64</sup> TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 81;

consacrato nel V Emendamento della Costituzione federale statunitense, fa specifico riferimento alle garanzie di legalità procedurale e di giustizia sostanziale<sup>65</sup>.

Il tramonto dell'onnipotenza della legge, che trascina con sé molte delle certezze proprie del moderno approccio formalista al diritto, non fa che acuire la tensione che caratterizza il rapporto tra *caso concreto* e *regola astratta*<sup>66</sup>, creando così i presupposti per il rifiorire della dimensione dell'equità anche nel panorama processuale dei paesi di diritto continentale<sup>67</sup>. Dalla seconda metà dello scorso secolo, infatti, questa nozione si è fatta conoscere oltre i confini della *common law*, dapprima nel panorama internazionale

---

<sup>65</sup> Per dei ragguagli sul *fair trial* inglese v. MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Maggioli, 1984. Per un approfondimento, invece, del contesto nordamericano v. RE, voce 'Due Process of Law', in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XII, 1989.

<sup>66</sup> Si esprime in questo senso FROSINI, *Equità (nozione)*, cit., 70, secondo il quale, riflettendo sulle ascendenze greche della nozione in esame, fa riferimento a una «tensione tra due opposte polarità, quella della «forma» e quella dello «evento», a cui potrebbe agguagliarsi la distinzione tra il momento della valutazione formale o della «norma», e il momento della valutazione secondo la natura del fatto, o dell'«eventuale»; si è in presenza, infatti, di due tipi di giudizio: «da un lato il sillogismo categorico della forma che ignora gli eventi; dall'altro il sillogismo ipotetico dell'evento che ignora le forme»; o per meglio dire, sotto il profilo della nostra ricerca, si è in presenza di due diversi processi morfogenetici dell'esperienza giuridica».

<sup>67</sup> Nonostante la dottrina (v. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, 132 ss.) riconduca il concetto convenzionale di *fair trial* alla tradizione di *common law*, non pare fuori luogo qualche breve considerazione sulle origini più risalenti del concetto di *equità*. Non è casuale, infatti, il riferimento a una 'rifioritura' (cfr., in tal senso, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 205): il concetto in discorso rappresenta una costante, seppur differentemente declinata e vissuta, della storia giuridica antica (ellenica, romana e greco-orientale) come sostiene BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in *Apollinaris*, 1990, 257 ss. Nella cultura greca è soprattutto Aristotele ad approfondire la nozione di equità, analizzando ed approfondendo il concetto di *epieicheia* nell'*Etica nicomachea* e nella *Retorica*, dove sembra distinguere tra l'equo e il giusto (scindendo quest'ultimo in 'giusto legale' e 'giusto giudiziale') e sostenendo che l'equità consiste nel 'giusto' che va oltre la legge *scripta* e *stricta*, correggendone le lacune. In epoca romana, invece, troviamo il concetto di *aequitas*, che aveva un'estensione concettuale minore rispetto all'*epieicheia* greca. Mentre nel mondo greco la nozione trascendeva gli stretti confini della sfera giuridica per sconfinare nell'etica, nella cultura giuridica romana tale concetto riguardava l'ambito prettamente giuridico (solo in epoca giustiniana, infatti, la nozione si arricchisce di sfumature valoriali extra-giuridiche che in età classica si consideravano a questa estranee). Dopo il tramonto dell'impero romano e della sua cultura, i primi a rispolverare l'idea di equità sono i canonisti: Graziano, con il suo *Decretum*, ne è l'esempio più evidente. Tale riscoperta dell'*aequitas* ha come referente concettuale la nozione che di questa se ne aveva in ambito tardo romano, ovverosia dell'equità intesa quale giustizia. Altro contributo di primaria importanza nell'evoluzione di questa nozione è stato quello di Tommaso d'Aquino, che, basandosi sulla nozione greca di *epieicheia*, torna a considerare l'equità non solo come giustizia, ma anche come virtù, rivitalizzando l'insegnamento aristotelico. Per più esaurienti ragguagli sul tema cfr. SOLIDORO, MARUOTTI, *Tra morale e diritto: Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Giappichelli, 2013, 29 ss.; BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000 e SILLY, *Equità (storia del diritto)*, in *Digesto IV*, Sez. civile, Vol. VII, Utet, 1991, 477 ss.



(ricordiamo, per l'appunto, l'art. 6 Cedu, ma anche l'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici) e poi, in un secondo momento, proprio grazie alle previsioni pattizie che li vincolavano sul piano internazionale, anche in alcuni paesi di *civil law* (in Italia e in Francia, ad esempio)<sup>68</sup>.

Le ragioni di questa riscoperta risiedono, in parte, nella straordinaria duttilità della nozione di equità: stante la già ricordata difficoltà di definizione astratta, e tenuto altresì conto della sua viscerale vocazione per l'esperienza concreta, la sua consistenza non potrà che apprezzarsi nel panorama casuistico che è proprio della giurisprudenza europea, terreno elettivo perché questa nozione si esprima a pieno.

L'insolvibilità della c.d. questione definitoria<sup>69</sup> che da sempre accompagna l'evoluzione del canone equitativo, a ben vedere, dipende dal fatto che una precisa formula definitoria dell'equità rischierebbe di irrigidirne e fossilizzarne l'efficacia. Sarebbero frustrate le stesse istanze che ne hanno occasionato la previsione: il superamento, cioè, dei limiti di una giustizia legalistica, calata dall'alto di una asettica *previsione* normativa<sup>70</sup>. Proprio il superamento del panorama culturale positivista e l'inquadramento dell'equità nella cornice dei diritti fondamentali ha fatto sì che il rigorismo formale del processo cedesse a un riscoperto giusnaturalismo postmoderno<sup>71</sup>. Il *novum*, introdotto nel contesto internazionale dei diritti umani, restituisce al panorama giuridico una flessibilità che mira a superare la modalità prettamente autoritativa con cui tradizionalmente gli ordinamenti definiscono le controversie<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> In Italia si è introdotto la nozione, sostanzialmente equivalente, di *giusto processo* con l. cost. n. 2 del 1999; in Francia con un'importante riforma varata nel 2000 (*loi n. 2000-516*). Per maggiori ragguagli comparativi sul tema cfr. AMODIO, *Processo penale diritto europeo e common law*, cit., 140 ss.

<sup>69</sup> Cfr. RAYMOND, *Les droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue des droits de l'homme*, 1970, 289, il quale evidenzia che anche la Corte europea, dal canto suo, ha sempre precisato che non è pensabile una definizione astratta e preconfezionata.

<sup>70</sup> Su queste tematiche, cfr. *amplius* ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 199 ss.; GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, 2020, 79 ss.

<sup>71</sup> Cfr. KOSTORIS, *Un diritto postmoderno*, cit., 9 ss.

<sup>72</sup> A questo proposito, in dottrina si è diffusamente parlato di una riscoperta del giusnaturalismo giurisprudenziale, v. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 93 ss.; Id., *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, 131 ss. Critico, invece, sul fondamento giusnaturalistico dell'equità ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 205.

La riscoperta dell'equità nella cornice della tutela europea dei diritti fondamentali, tuttavia, solleva anche incertezze e punti oscuri, lasciando aperta la via, come si vedrà nel prosieguo, a letture regressive delle garanzie nel processo<sup>73</sup>. Là dove vi è una certa difficoltà definitoria a perimetrare le nozioni normative di riferimento, infatti, è difficile che non vi sia un errore nel pensiero giuridico che da quelle nozioni promana<sup>74</sup>.

Se da una parte, in effetti, la flessibilità e l'approccio concreto rappresentano un elemento in grado di proteggere meglio la posizione dell'accusato, dall'altra creano incertezza nel godimento delle garanzie difensive, o, meglio, sfumano dietro concetti oltremodo lati la consistenza di queste ultime.

Secondo il diverso articolarsi delle vicende portate all'attenzione della Corte ci potrà essere equità o iniquità senza che l'*iter* valutativo per derivare l'uno o l'altro esito sia autenticamente controllabile o prestabilito e prevedibile. Il controllo sulle garanzie processuali viene, infatti, ancorato ad alcuni *refrain* molto vaghi e suggestivi che, più che fornire una spiegazione o un fondamento razionale al vaglio di equità processuale, mirano a garantire alla Corte un ampio spazio discrezionale che può portare ad esiti opposti salvaguardando, seppur solo superficialmente, la coerenza del ragionamento. Il riferimento corre, ad esempio, all'approccio sincretico con il quale le garanzie del III paragrafo dell'art. 6 non vengono valutate *ex se*, ma sono interpretate alla luce della nozione di *fair hearing*; ovvero all'approccio olistico effettuato dalla Corte nel proprio controllo. Questi meccanismi non ancorano la struttura del controllo di equità ad una solida base razionale e, pur essendo suggestivi, non pare portino a nessun risultato apprezzabile se non quello di garantire la massima libertà applicativa al giudice convenzionale<sup>75</sup>.

Per questa via, inoltre, emergono inevitabilmente anche alcune frizioni con lo stesso principio di uguaglianza: vicende apparentemente molto simili sono definite in maniera

---

<sup>73</sup> Per delle note teorico-generalì di sicuro interesse e di spiccata originalità, cfr. MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, in MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Dykinson, 2014, 9 ss.

<sup>74</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, le icastiche considerazioni di carattere più generale di WEIL, *La persona e il sacro*, Adelphi, 2012, 11 s., secondo la quale «assumere come regola (...) una nozione impossibile da definire e da concepire significa lasciare spazio a ogni sorta di tirannia».

<sup>75</sup> Questa pare essere, in estrema sintesi, la calzante tesi sostenuta da GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., *passim*.

differente e viceversa, il tutto in conformità a un ragionamento equitativo i cui precisi contorni vengono mantenuti volutamente sfocati<sup>76</sup>.

Le affermazioni fatte derivare dalla grammatica normativa dell'equità spesso, pur condivisibili, assomigliano più a formule indeterminate, piuttosto che a veri e propri cardini in grado di fondare una visione certa e prestabilita delle tutele processuali<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Per un approfondimento sul complesso rapporto tra il giudizio di bilanciamento (tipico della Corte edu quando vaglia l'equità di un procedimento alla luce dell'art 6 Cedu) e il principio di uguaglianza, v. BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, X edizione, 2009, 477, secondo il quale nella "parabola" del bilanciamento «il principio di uguaglianza non è direttamente coinvolto, ma resta sullo sfondo come giustificazione del ragionamento stesso». L'eguaglianza deve dunque essere considerata come *canone di coerenza* che giustifica il giudizio di ragionevolezza (o di bilanciamento che sia). Permette, inoltre, lo sviluppo armonico del portato prescrittivo di ogni principio vigente in un sistema normativo, di fatto cercando di limitare il rischio di incoerenze nella loro applicazione. Situazioni simili saranno pertanto regolate in maniera omogenea, mentre situazioni difformi saranno gestite in maniera differente. Il punto dolente di questa costruzione, per stessa ammissione dell'autore, sta nel fatto che essa poggia su criteri di *ragionevolezza e buon senso*, da sempre considerati (soprattutto il secondo) con grande sospetto. Solo una buona motivazione delle proprie decisioni potrà, secondo Bin, «persuadere della bontà del lavoro svolto» da una certa Corte (*ivi*, 500). In tal senso potremmo parlare di *legittimazione da funzione*, intendendo con questo termine l'esigenza che una Corte (specialmente quelle corti che per la posizione di vertice che ricoprono sono spesso chiamate a decidere questioni di diritto particolarmente complesse) legittimi il suo potere discrezionale nel momento del bilanciamento con un apparato motivato che persuada della bontà dei passaggi logico-giuridici effettuati, facendoli emergere con trasparenza. Ovviamente anche per la Corte di Strasburgo valgono simili ragionamenti. L'operato di questo giudice, in effetti, si è tradizionalmente legittimato attraverso l'esercizio delle sue prerogative poiché ha da sempre contribuito a innalzare il livello di tutela dei diritti umani.

<sup>77</sup> Una ricostruzione critica del concetto di 'giusto' processo (per nostra comodità da considerarsi alla stregua di processo 'equo', anche se l'assunto non è unanime in dottrina, v. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2009) la troviamo in ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1965, 259 ss., in cui l'autore osserva che «Usate per qualificare una norma generale o un ordinamento, le parole giusto e ingiusto sono interamente prive di significato. (...) Invocare la giustizia è la stessa cosa che sbattere un pugno sul tavolo: una espressione emotiva che trasforma un'esigenza in un postulato assoluto». *Contra*, cfr., *ex plurimis*, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 203 ss.; RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 1997, 21 e 125 ss., secondo il quale i principi di giustizia (come quello di *equità*) dovrebbero essere definiti nell'ignoranza o, meglio, da un insieme di soggetti che ignorino la futura collocazione nella struttura da loro stessi creata. Di tal guisa, potrà dirsi *equo* quel procedimento i cui caratteri siano definiti da un gruppo di individui che non sia conscio della posizione che andrà a rivestire in quel sistema che contribuisce a tratteggiare. In parziale dissenso da questa concezione si colloca VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Riv. di filosofia*, 2001, 219 ss., secondo cui il meccanismo selettivo individuato da Rawls non sarebbe autosufficiente (o, per usare le stesse parole di Veca, "puro"), bensì dipenderebbe dall'interpretazione del *senso di giustizia* delle persone chiamate all'opera regolativa di cui si parlava. Per l'autore, infatti, 'equità' o 'iniquità' non dipendono (come per Rawls) da una qualche concezione intuitiva del 'giusto' e dell' 'ingiusto' che fa da presupposto alla selezione dei principi di un sistema, ma derivano dall'*inclusione* o *esclusione* dei partecipanti nelle procedure, in ossequio dell'antico adagio *audi alteram partem*.

Un concetto come quello di *equo processo* rispecchia la tendenza contemporanea a fissare l'asse di un sistema su un substrato valoriale astrattamente condiviso e divisibile. Non è casuale, infatti, che nel diritto contemporaneo l'argomentazione giuridica sia basata sempre di più sul *principio di universalizzazione dei predicati* come è storicamente testimoniato in parte dal costituzionalismo e, ancor di più, dall'internazionalizzazione dei diritti fondamentali<sup>78</sup>. Nel moderno costituzionalismo, tuttavia, vi era il ruolo fondamentale della legge, che mediava tra i predicati universali delle carte costituzionali e la concreta regolazione dei casi; viceversa, nel sistema (quantomeno in quello europeo convenzionale) di tutela dei diritti umani tale filtro viene meno, nel senso che la Corte di riferimento non applica una legge alla luce del dettato della Convenzione, e neppure controlla la legittimità di una legge rispetto ai principi della *Grund-norm* convenzionale, bensì interpreta e applica direttamente al caso sottoposte le norme-principio contenute nella Convenzione<sup>79</sup>. Questa tendenza riflette la patologica crisi funzionale dello strumento-legge, che con sempre crescente difficoltà mantiene la sua capacità ordinante. Per via dell'aumento del tasso di complessità delle società contemporanee e dell'apertura dell'entità statuali a dimensioni sovranazionali di integrazione giuridica, si preferisce individuare a livello normativo dei grandi "contenitori concettuali" che, proprio per la loro duttilità (o indeterminatezza, dipende dal giudizio di valore che l'osservatore sceglie di attribuire) e per il loro implicito richiamo a una dimensione sapienziale del diritto, finiscono per autogiustificarsi in quanto non possono non essere condivisi. Un simile approccio lascia un notevole *spatium agendi* al giudice, una *discrezionalità* che potremmo definire *normativizzante*, proprio perché attraverso l'indeterminatezza si affida all'organo giudicante il completamento del portato precettivo della norma, in vista di un miglior temperamento degli interessi coinvolti. L'*equità* convenzionale rappresenta una efficace rappresentazione di questa tendenza, *a fortiori* se inquadrata come oggetto di un diritto fondamentale dell'uomo.

---

<sup>78</sup> In merito al generale principio di universalizzazione come regola di argomentazione cfr. HABERMAS, *Etica del discorso*, Laterza, 2000, 64.

<sup>79</sup> Di interesse, sotto questo profilo, le riflessioni di LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen.*, 2008, 1250, secondo il quale «la difficoltà che si va incontrando adottando il modello del bilanciamento puro consiste nel fatto che i principi, espliciti o impliciti, sono utilizzati in modo diretto per giungere a – o quanto meno per giustificare – una decisione data da un'autorità. Ciò che disturba in questa mancanza di ogni ulteriore mediazione normativa è la latitudine della discrezionalità, che è enorme, di chi giudica».

In dottrina, l'equità è anche vista come «ideale regolativo intorno al quale i diversi stili processuali si ibridizzano»<sup>80</sup>. Secondo tale orientamento, si tratta di abbandonare i «modelli processuali strutturati secondo una scala assiologica organizzata a partire da un centro di interessi privilegiato»<sup>81</sup>, sia esso rappresentato dall'esigenza di tutelare l'imputato o da quello di privilegiare la difesa sociale. Tale «perdita di centro»<sup>82</sup>, in cui tutto si deve bilanciare in nome del canone equitativo, sarebbe altresì coerente con la complessità che caratterizza la società contemporanea.

Rimane da sottolineare, infine, come questa idea ampia di equità (quale dimensione sostanziale e sapienziale della giustizia processuale) sia servita – e serva sempre di più – anche ad accordare protezione a posizioni diverse da quella dell'accusato o a tutelare interessi di natura pubblicistica. Ci riferiamo, ad esempio, alla tutela della vittima di reato, ovvero all'emersione di sempre più numerosi riferimenti alle esigenze pubblico-repressive delle quali si dovrebbe tenere conto nella modulazione e applicazione delle garanzie processuali<sup>83</sup>. Rimane da chiedersi, tuttavia, se, e fino a che punto, la calibrazione del diritto all'equo processo, ontologicamente baricentrato sulle garanzie del singolo individuo attinto da un'accusa penale, rappresenti lo strumento ideale per proteggere questi altri interessi e in che modo questi possano essere ricondotti alla sfera

---

<sup>80</sup> VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie, ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 1, 304.

<sup>81</sup> *Ivi*, 306.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Sul rinnovato protagonismo della persona offesa nella regolazione degli equilibri della giustizia penale europea, cfr. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 1, 97 ss. Quanto al sempre più frequente riferimento all'interesse pubblico nella giurisprudenza convenzionale, invece, cfr. ASHWORTH, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale*, in *Criminalia*, 2009, 249 ss., nel quale l'Autore dimostra che ragionamenti di interesse pubblico hanno iniziato a solcare con sempre maggiore insistenza le sentenze dei giudici di Strasburgo, soprattutto in relazione all'art. 6 Cedu. Un esempio lampante di questa tendenza è rappresentato dalle sentenze Corte eur dir uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 274, nella quale si afferma che tra gli elementi da considerare per verificare se una restrizione delle garanzie processuali abbia comportato una violazione dell'equità complessiva del procedimento ricorre anche «*The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue*»; Corte eur dir uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 146, in cui si afferma «*the traditional way in which the Court approaches the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice*», e nella quale il riferimento a non meglio specificati «*interests of justice*» compare con significativa insistenza e sembra informare di sé il vaglio di equità così come tratteggiato dai giudici della Corte.

dell'equità. A tale proposito, le perplessità derivano dalla convinzione che il processo penale sia (e debba continuare a essere) il luogo deputato all'accertamento della responsabilità di un individuo secondo determinate tutele a lui accordate. Ne consegue che la commistione fra interessi tra loro non omogenei nella calibrazione per via giurisprudenziale delle garanzie di equità non pare indirizzare la scienza processuale verso scenari particolarmente rassicuranti<sup>84</sup>.

#### **4. (Segue): La valutazione 'olistica' effettuata dalla Corte**

La Corte europea ha da sempre impostato il controllo dell'equità processuale sostenendo la necessità di una valutazione complessiva del procedimento per accertare le eventuali violazioni dell'art. 6 Cedu (c.d. *as a whole test*)<sup>85</sup>.

Dal punto di vista strettamente tecnico, la valutazione olistica dell'equità impone di tenere in considerazione tutti gli elementi di cui si compone l'intero processo. Tale approccio, oltre a garantire un notevole spazio discrezionale al giudice della Convenzione, si rivela particolarmente efficace per le operazioni di bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'accusato con gli altri interessi a cui poc'anzi si faceva cenno, e che spaziano dalla tutela della vittima alla valorizzazione dell'interesse pubblico ad efficiente attività repressione dei fenomeni criminosi<sup>86</sup>.

Più nello specifico, se da una parte questo approccio onnicomprensivo non esclude che un fattore specifico, in sé e per sé considerato, assuma un'importanza tale da risultare

---

<sup>84</sup> Cfr., concordemente sul punto, BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 15, secondo la quale il giudizio di bilanciamento della Corte di Strasburgo mescola e confonde «fattori non omogenei» nel suo svolgimento. Una simile tendenza olistica e oltremodo flessibile non appartiene solo al sistema convenzionale, ma si ritrova altresì nella giurisprudenza di molte altre Corti superiori o Tribunali internazionali (sul punto, cfr. VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie, ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, cit., *passim*, che, tuttavia, esalta un simile approccio).

<sup>85</sup> Fra le numerose, Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 39; Corte eur. dir. uomo, 16 dicembre 1992, *Edwards c. Regno Unito*, § 34; Corte eur. dir. uomo, 20 settembre 1993, *Saidi c. Francia*, § 43; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, § 51; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, § 196.

<sup>86</sup> Per chiare esemplificazioni dell'inclinazione a usare l'approccio olistico per tutelare altri interessi, cfr. Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 70; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 252 quarto periodo; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118.

decisivo per l'accertamento dell'iniquità della procedura<sup>87</sup>, dall'altra ammette che la violazione dell'art. 6 possa derivare anche come conseguenza dell'*effetto cumulativo* di plurimi vizi, ciascuno dei quali non sufficiente, se considerato isolatamente, a rendere iniquo il procedimento<sup>88</sup>.

Inoltre, qualora si ritenga che determinati fattori, considerati isolatamente, violino l'equità convenzionale, la Corte può dichiarare l'illegittimità di quella data procedura e arrestare il suo esame a quei singoli elementi, rinunciando a esaminare le ulteriori doglianze sollevate dal ricorrente<sup>89</sup>.

Un simile orientamento pare potersi ricollegare, in assenza di precise spiegazioni della Corte<sup>90</sup>, alla stessa natura della nozione di equità, che mal si attaglia, per via della sua vocazione universalistica<sup>91</sup>, a valutazioni di carattere frazionato (ma anche preciso, specifico, prevedibile). In questo senso, l'equità, componendosi di tanti aspetti deputati a tutelare interessi e soggetti differenti (e talora contrapposti), non potrebbe che essere valutata alla luce dell'intero procedimento<sup>92</sup>. In altre parole, sarebbe la stessa nozione di equità ad essere una nozione onnicomprensiva e, in quanto tale, a suggerire una valutazione olistica. Secondo questa tesi, la parcellizzazione del controllo di equità permetterebbe di prendere in considerazione solo singole fasi o aspetti del procedimento, che, invece, è implicato nella sua interezza dal concetto di equità.

Tale criterio sembra essere altresì indotto dall'approccio marcatamente concreto del giudice convenzionale nella valutazione dei ricorsi, un approccio nel quale prevale una visione sostanzialistica delle tutele del cui rispetto si disquisisce. In quest'ottica marcatamente antiformalista, la Corte non arresta il suo vaglio appena registra la

---

<sup>87</sup> Cfr., anche per riferimenti a pronunce risalenti, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*, § 64.

<sup>88</sup> Cfr., Corte eur. dir. uomo, 6 dicembre 1988, *Barberà, Masegué e Jabardo c. Spagna*, §89.

<sup>89</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy c. Russia*, § 108.

<sup>90</sup> Sottolinea con chiarezza questo aspetto GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 124 ss.

<sup>91</sup> Nel senso di porsi come principio che origina, orienta e plasma tutte le regole dell'incedere processuale, relativo a tutti gli interessi e i soggetti che a vario titolo intervengono nel processo. Cfr. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 122, che la descrive come «complesso aggregato di garanzie tra loro connesse, capace di irradiare di sé l'intero fenomeno del processo».

<sup>92</sup> Cfr. VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie*, cit., 305, secondo il quale «la somma delle varie garanzie contemplate nell'art. 6 e in altre norme della Carta non esaurisce mai la ricchezza di questo concetto olista».

compressione o anche la violazione di una garanzia in una determinata fase del processo, ma mira a verificare se questa *defaillance* sia stata poi neutralizzata da altri elementi<sup>93</sup>. Ne consegue, allora, che, concepita in modo siffatto l'equità, il suo vaglio non potrà che riguardare l'intero procedimento.

Questo è un passaggio estremamente significativo per gli equilibri complessivi della giurisprudenza europea *in subiecta materia*, poiché è proprio grazie a questa strutturazione del controllo di equità che si crea lo spazio per quei meccanismi compensativi che verranno illustrati nel prosieguo.

Il rischio di un simile «approccio globale e multicriteriale»<sup>94</sup>, è quello di mettere insieme, confondendoli, fattori tra loro non omogenei, in una valutazione indistinta in cui tutto è assunto come rilevante, senza che si riescano a capire con la dovuta chiarezza modalità, snodi ed esiti di un simile controllo. In una simile con-fusione, risulta difficile sondare le reali motivazioni che conducono all'esito finale del controllo, non tanto o solo perché dissimulate dietro la genericità di questo olismo, quanto perché in molti casi entrambi gli esiti (equità / iniquità) risultano essere astrattamente plausibili. Per la Corte, infatti, sarà sufficiente individuare quali elementi valorizzare tra tutti quelli che hanno caratterizzato il processo la cui equità è oggetto di scrutinio.

## **5. La logica «non monotonica», *floue* utilizzata dalla Corte edu**

Per poter comprendere a pieno portata e implicazioni della nozione di equità nella attuale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, occorre analizzare a fondo anche i modelli logici di riferimento che sembrano influenzare i giudici di Strasburgo.

---

<sup>93</sup> Un esempio, che testimonia la risalenza di questo approccio, è rappresentato da Corte eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, *Twalib c. Grecia*, § 40-43, ove la Corte, pur considerando insufficiente il tempo concesso durante il giudizio di primo grado al difensore d'ufficio per prendere conoscenza del fascicolo processuale, ritiene che tale *handicap* sia stato bilanciato dalla successiva fase d'appello, in cui la difesa ha potuto contestare la sentenza di primo grado.

<sup>94</sup> L'espressione è di BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 15.



Si rende, pertanto, necessario un breve *excursus* sull'origine e l'evoluzione della logica c.d. 'sfumata' che sempre più spesso sembra operare sottotraccia, orientando la costruzione del *case-law* convenzionale.

Nei primi anni sessanta la comunità scientifica inizia ad avvertire la sempre crescente distanza tra l'accuratezza dei propri metodi e la natura sfuggente, scivolosa delle questioni che si volevano affrontare attraverso il loro utilizzo<sup>95</sup>. Il rigore e la precisione costituivano la cifra e il merito delle logiche formaliste, ma erano, al contempo, ostativi alla risoluzione di quei problemi altamente complessi che presentavano elementi di incertezza e imprecisione intrinseci e inscindibili, non immediatamente gestibili attraverso le logiche tradizionali.

Spinto dalla constatazione di questo limite, Lofti A. Zadeh, professore alla Berkeley University, si dedicò alla costruzione un nuovo tipo di logica non euclidea: la cd. *fuzzy logic* (o logica *floue* in francese)<sup>96</sup>. Uno degli aspetti più stimolanti di tutto ciò che riguarda questa nuova logica concerne l'abbandono dei tradizionali principi aristotelici di *non contraddizione* e del *terzo escluso*. La teoria di Zadeh effettua una sorta di rivoluzione copernicana, ammettendo che, tra i poli opposti della appartenenza (1) e della non appartenenza (0), tipici e caratterizzanti della logica classica, ci potrà essere una *gradazione* dell'appartenenza secondo valori intermedi compresi tra i due estremi (in linguaggio matematico:  $0 < X < 1$ ). Tra la verità e la falsità (o non-verità) di una proposizione, allora, ci saranno dei valori intermedi di verità. E' questa idea di fondo - bizzarra quanto provocatoria - che struttura l'intera teoria di Zadeh e che a partire dagli anni '60 del secolo scorso ha iniziato a influenzare i più diversi campi del sapere, compreso il mondo del diritto.

---

<sup>95</sup> Utilizziamo volutamente il termine 'comunità scientifica' in senso vago perché la circostanza in discorso, pur nascendo nel campo della logica matematica (Zadeh, il padre della *fuzzy logic*, era infatti un matematico), si può tranquillamente riferire anche a molti altri campi del sapere, come del resto è testimoniato dal subitaneo successo e seguito che la logica *floue* registrò nei settori più diversi, dalla sociologia alla filosofia, passando per l'economia e il diritto. Queste prime difficoltà a gestire i sistemi complessi, infatti, sollevano un problema metodologico pressoché trasversale a tutta la comunità scientifica.

<sup>96</sup> Per una più completa panoramica in materia di *fuzzy logic*, cfr. innanzitutto i due contributi dello stesso Zadeh che hanno segnato "l'anno-zero" di questa teoria: ZADEH, *Fuzzy Sets*, in *Information and Control*, 1965, n. 8, 338 ss. e ZADEH, *Fuzzy algorithms*, in *Information and Control*, 1968, n. 5, 94 ss. In un'ottica più divulgativa, invece, cfr. KOSKO, *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy*, Baldini & Castoldi, 2000.

Il famoso *paradosso del mentitore* ci aiuta, attraverso una esemplificazione, a capire la dirompenza di questa nuova logica. Nella sua formulazione più semplice, il paradosso recita: “*questa frase è falsa*”. Tale proposizione appartiene alla categoria dei cd. *paradossi di autoriferimento* in cui la contraddizione paradossale scaturisce proprio dal loro carattere autoreferenziale che, rendendo ambigua l'affermazione, ne mette in dubbio l'effettivo significato. La rigida bivalenza dell'intera costruzione logica aristotelica non è riuscita a trovare soluzione diversa dalla semplice cassazione di queste che sono considerate come pseudo-proposizioni prive di significato apprezzabile, dunque insolubili. Utilizzando i canoni logici classici avremo una inconcludente oscillazione senza fine tra i due estremi opposti in cui il vero implica il falso e viceversa<sup>97</sup>.

Da quanto detto fin qui si deduce che l'enunciato in esame non è né vero né falso, ma è semplicemente una mezza verità o - il che è equivalente - una mezza falsità. Come è ovvio, questa soluzione è inaccettabile per la logica binaria, mentre non pone alcun problema di intelligibilità alla *logica fuzzy*, anzi non genera alcun paradosso, poiché il valore di verità, potendo oscillare tra 0 (pienamente falsa) e 1 (pienamente vera), in tal caso si assesta su un valore di verità pari a 0,5, di mezza verità<sup>98</sup>.

Nel corso degli anni, questo nuovo modo di ragionare ha notevolmente influenzato diversi campi scientifici e, tra questi, anche il modo del diritto. Anche l'ambito penale, nei suoi aspetti sostanziali e processuali, è stato influenzato da questa teoria, malgrado sia notoriamente un campo chiuso. Le trasformazioni che da qualche tempo interessano il diritto penale, infatti, hanno propiziato l'influsso di queste nuove forme di ragionamento anche nel panorama giuridico. La concorrenza di sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili fa sì che il sistema delle fonti sia caratterizzato da un forte *pluralismo* che soppianta le tradizionali gerarchie lineari, tipicamente kelseniane.

---

<sup>97</sup> Se supponiamo, infatti, che la frase sia vera, allora ciò che la frase afferma deve verificarsi, ossia la frase è falsa, il che è una contraddizione. Se viceversa supponiamo che la frase sia falsa, allora dev'essere vera la sua negazione, ossia la frase è vera, e così anche in questo caso si giunge ad una contraddizione.

<sup>98</sup> Per maggiori ragguagli sul tema v. GERLA, *Logica fuzzy e paradossi* in *Lettera Matematica Pristem*, 1999, n. 32, 31 ss.

L'internazionalizzazione dello "statuto" penale segna il passaggio dall'*unico* al *molteplice*, mette in crisi gli strumenti fin qui adoperati e rende necessaria la ricomposizione delle interazioni e delle indeterminanze che accompagnano questo cambiamento di paradigma attraverso la «trasformazione della logica binaria in logica *floue* che sostituisce il principio di appartenenza o di non-appartenenza (...) con il grado di appartenenza»<sup>99</sup>, più adatto a ordinare la complessità contemporanea.

Questo nuovo orizzonte in cui ci si muove ha bisogno di un bagaglio di nozioni che aderiscano ai suoi meccanismi, che siano cioè capaci di assecondare un pensiero *flessibile*<sup>100</sup> com'è quello di cui la nuova logica è portatrice. Questo pensiero sposta l'accento dalle regole ai principi, meno rigidi e più facilmente malleabili a seconda delle circostanze in cui devono espletare la loro funzione regolativa. Ecco, allora, che nel panorama giuridico postmoderno i diritti dell'uomo rappresentano l'emblema del concetto di *flou*; al contempo, il sistema Cedu in cui questi vengono tutelati è il migliore degli osservatori da cui analizzare il funzionamento del nuovo paradigma.

In questo quadro, i diritti dell'uomo si ricavano un ruolo ben preciso: essi appaiono «come uno strumento in grado non solo di omogenizzare tra loro le norme interne agli Stati membri, ma anche di armonizzare queste ultime con l'ordinamento sovranazionale. Tali principi permettono infatti di stabilire un "grado di appartenenza" e di fissare una soglia di compatibilità tra sistemi strutturalmente troppo diversi per essere ricompresi simultaneamente in uno stesso insieme, secondo quanto invece imporrebbe la tradizionale logica binaria»<sup>101</sup>.

Non sono solo i diritti umani in sé e per sé considerati ad essere condizionati da questa nuova logica, ma anche lo stesso ragionamento della Corte edu sembra esserlo<sup>102</sup>. Numerosi sono gli esempi in cui l'argomentazione della Corte pare influenzata da questi modelli logici: l'approccio olistico che struttura il vaglio di equità, il c.d. *taken together approach* con cui le garanzie specifiche del III paragrafo si combinano con il generale

---

<sup>99</sup> DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., 226.

<sup>100</sup> Espressione ripresa da CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, 1997.

<sup>101</sup> PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajian sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, n. 3, 1102.

<sup>102</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, *Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Dalloz*, 1988, 221 ss.

canone della *fairness* evocato nel primo paragrafo e, come si vedrà, la stessa nozione di compensazione<sup>103</sup>.

In linea generale, il sistema convenzionale, per come è organizzato, si incardina su delle norme-principio il cui funzionamento differisce dalle norme-regola proprio per via della loro flessibilità intrinseca. Potremmo dire che i diritti umani sono espressi in delle norme di principio che nel loro meccanismo applicativo (gestito dalla Corte) incorporano il *valore nel fatto*<sup>104</sup>. Per via di questa importanza attribuita ai principi e il loro collegamento con i valori da cui scaturiscono c'è chi ha sostenuto che il diritto - in tal modo - si eticizza, ovvero che si assiste alla riscoperta di un certo *giusnaturalismo processuale* nella dimensione convenzionale<sup>105</sup>.

Con maggiore accuratezza e pragmatismo possiamo dire che l'influenza di questa logica si manifesta in concreto attraverso l'inserimento, all'interno del ragionamento giuridico, di un certo numero di elementi di indeterminatezza: concetti a contenuto variabile, criteri elastici, metodi di bilanciamento degli interessi in conflitto e principio di proporzionalità per citare i più rilevanti.

Il pensiero flessibile si basa sulla convinzione (non del tutto priva di fondamento) che nella complessità che caratterizza l'età contemporanea l'efficacia della razionalità assoluta si sia indebolita. Il precipitato di tale postulato sul piano giuridico consiste, come si diceva, nella flessibilizzazione del ragionamento attraverso uno spostamento dell'attenzione dalle *regole* ai *principi*.

Questa attitudine a comprendere di più ma in modo non prettamente "lineare"<sup>106</sup> cerca di superare il formalismo giuridico di stampo positivista che, seppur ancorato a concetti

---

<sup>103</sup> Cfr. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights* cit., 87, che concorda nel ritenere questi metodi interpretativi come ispirati dalla logica *fuzzy*.

<sup>104</sup> Cfr. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, cit.

<sup>105</sup> Gli stessi riferimenti al *giusto* processo o alla sua durata *ragionevole* testimoniano una tendenza alla riscoperta della dimensione etica ed eticizzante del diritto, sconosciuta nel positivismo giuridico di stampo rigidamente razionalista. *Ex multis*, cfr. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, 131 ss. Tra i primi a parlare di giusnaturalismo costituzionale, DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in AAVV, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei. Studi di diritto comparato*, a cura di Pizzorusso - Varano, Giuffrè, 1985, 813.

<sup>106</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., 6.

idealtipici come *certezza e razionalità giuridica*, non garantirebbe – secondo la nuova impostazione – altro che delle pseudo-certezze<sup>107</sup>.

Inoltre, la portata innovativa dei diritti umani intesi e fatti funzionare come nozioni *floue* emerge non appena si consideri quella che in dottrina si definisce efficacemente come “la lunga marcia dei diritti dell'uomo nel processo penale”<sup>108</sup>. E' proprio grazie a questa flessibilità, infatti, che il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'equo processo si è progressivamente esteso a dei settori tradizionalmente meno tutelati come il diritto amministrativo e il diritto disciplinare<sup>109</sup>. Solo non pensando attraverso gli stretti canoni euclidei è stato *logicamente* possibile questo ampliamento dell'ambito applicativo *ultra littera legis*.

Accanto agli aspetti d'avanguardia e di innovazione, tuttavia, questo nuovo modo di pensare e far funzionare i diritti umani e, nello specifico, le garanzie processuali porta con sé notevoli criticità sulle quali è il caso di soffermarsi brevemente.

Nonostante la loro suggestività, infatti, i nuovi modelli arrivano a creare insieme di garanzie scarsamente coerenti sulla base di concetti difficilmente definibili con precisione. La giustificazione razionale delle nuove costruzioni è spesso scarsamente argomentata, è involuta, talvolta viene semplicemente asserita, postulata in modo aspecifico, semplicemente data per valida attraverso richiami a concetti vaghi. E' il caso, come si è visto, dell'approccio che porta a considerare insieme, confondendoli, il I e il III paragrafo dell'art. 6. In simili circostanze, non appena si dia corso a una lettura problematizzante dei *refrain* che ricorrono nelle sentenze europee è facile accorgersi della scarsa profondità giustificativa delle costruzioni logico-giuridiche che la

---

<sup>107</sup> Parla di “pseudo-certezza” della tradizionale logica binaria in contrapposizione alla flessibilità dell'argomentazione usata dalla Corte di Strasburgo OST, *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in DELMAS-MARTY (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, 1994, 324.

<sup>108</sup> CHIAVARIO, *La lunga marcia dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008.

<sup>109</sup> In tale prospettiva, è stata decisiva l'interpretazione flessibile della nozione di “materia penale” dalla quale dipende l'ambito applicativo delle garanzie processuali previste nell'art. 6 Cedu (v. quanto detto più sopra in proposito di *accusa in materia penale* – par. 7). In giurisprudenza, si ricordano le sentenze Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania* (riguardante la estensione delle garanzie dell'art. 6 Cedu al diritto amministrativo) e Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito* (concernente l'estensione delle garanzie convenzionali nel settore del diritto disciplinare carcerario inglese).

sorreggono. Ad un approfondito esame del *case-law* convenzionale, l'unico effetto veramente dirompente delle nuove logiche pare essere quello di permettere al loro utilizzatore di tenere in apparenza tutto insieme: partendo dalle medesime premesse si riesce a raggiungere qualsivoglia approdo.

## Capitolo II

### L'APPROCCIO COMPENSATIVO NELLA GESTIONE DELLE GARANZIE PROCESSUALI: ANALISI INTRODUTTIVA E FENOMENOLOGIA

SOMMARIO: 1. Descrizione introduttiva dei meccanismi compensativi. – 2. Fenomenologia della giurisprudenza convenzionale in materia di gestione compensativa delle garanzie processuali: il filone giurisprudenziale sul diritto al confronto come fucina per la messa a punto dell'approccio compensativo nel controllo di equità. – 2.1 I *leading cases* e la regola della prova unica o determinante: primi cenni al sistema della compensazione. – 2.2 La prima chiara esplicitazione dell'approccio compensativo: *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*. – 2.2.1 Le vicende in esame e la pronuncia della IV Sezione della Corte. – 2.2.2 La polemica inglese successiva alla condanna della Corte edu: l'intervento della *Supreme Court* nel caso *Horncastle*. – 2.2.3 L'intervento della *Grande Chambre* e lo stravolgimento della precedente impostazione. – 2.3 *Schatschaschwili c. Germania*. – 3. Giurisprudenza convenzionale sul diritto all'assistenza di un difensore fin dalle prime fasi del procedimento: da *Salduz c. Turchia* a *Ibrahim c. Regno Unito*. – 4. Giurisprudenza convenzionale sul principio di immediatezza: la (im)mutabilità del giudice dibattimentale. – 5. (*Segue*) La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: *Khaslev c. Estonia* e *Dan c. Repubblica di Moldova n. 2*.

#### **1. Descrizione introduttiva dei meccanismi compensativi**

L'approccio sincretico, che intreccia i percorsi interpretativi delle specifiche garanzie contenute nell'art. 6,3 alla nozione di equità processuale evocata dall'art. 6,1, ha

contribuito, unitamente alla valutazione olistica, a rendere ampiamente elastico il controllo della Corte europea sul rispetto dell'art. 6 della Convenzione. Tali metodi interpretativi, infatti, permettono alla Corte di conservare un notevole grado di discrezionalità nel vaglio di equità e, per altro verso, di bilanciare le esigenze di garanzia dell'accusato con altri interessi che entrano in gioco nel processo penale e che spaziano dalla tutela delle vittime alla protezione dell'interesse pubblico a una efficiente repressione dei fenomeni criminosi<sup>110</sup>.

Se attraverso il "tandem" 6,3 – 6,1 si arriva a de-formalizzare le garanzie specifiche e a relativizzarne la cogenza in ragione della sovrastante nozione di equità, grazie all'approccio onnicomprensivo, invece, si tende a filtrare la violazione denunciata attraverso la sua proiezione sull'intero processo e tutti i suoi *accidentalia*<sup>111</sup>.

Fuori da ogni rigidità formale (ma anche da ogni certezza e prevedibilità)<sup>112</sup>, e venuta meno la gran parte dei vincoli testuali e contenutistici, il controllo della Corte sul rispetto dell'art. 6 prende sempre più spesso le forme di un vaglio concernente l'impatto della violazione di una garanzia sull'equità complessiva del procedimento<sup>113</sup>. A questo proposito, la giurisprudenza della Corte europea ha coniato, portando a sofisticazioni

---

<sup>110</sup> Emblematica, in tal senso, Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 146, secondo la quale la Corte vaglia il rispetto dell'equità «*weigh[ing] in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice*». Una sorta di *giurisprudenza degli interessi*, vista l'attenzione per le differenti polarità in reciproca tensione e per il loro bilanciamento. Definizione, questa, che stimola un richiamo, non casuale, alla dottrina tardo-ottocentesca della *Interessenjurisprudenz*, corrente di pensiero sviluppatasi ad opera di Rudolf Jhering e che annovera tra i maggiori esponenti Philipp Heck e Hermann Kantorowicz. Tale corrente, che può ricomprendersi nel più ampio movimento del diritto libero (*Giusliberismo*), attribuisce alla scienza giuridica il compito primario di provvedere alla elaborazione di concetti giuridici non come mera operazione logica, bensì allo scopo di attuare una valutazione delle tendenze e dei bisogni di una comunità organizzata. La contrapposizione al formalismo dogmatico e la predilezione per un'attenta enucleazione e ponderazione dei diversi interessi, di volta in volta coinvolti in ogni singola operazione giuridica rendono evidente una certa influenza di questa concezione sull'impianto logico di cui fa oggi uso la Corte. Sul tema del bilanciamento come tecnica giurisprudenziale per risolvere i conflitti tra opposti interessi v. *funditus BIN, Diritti e argomenti - Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

<sup>111</sup> HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 28.

<sup>112</sup> Dello stesso avviso, TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 88 s., secondo il quale «*This approach entirely neglects legal certainty in favour of equity*».

<sup>113</sup> Per tutti, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 257; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118-119.



ulteriori l'approccio olistico, la nozione di *overall fairness*<sup>114</sup>: all'equità è aggiunta una specificazione che la fa diventare equità '*complessiva*'. Nella giurisprudenza europea dell'ultimo decennio, essa pare rappresentare il criterio onnicomprensivo attorno al quale gravita l'essenza del controllo sul rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 Cedu<sup>115</sup>.

Per trovare riconoscimento in una sentenza di condanna della Corte europea, dunque, la violazione del diritto minimo *ex art. 6* sembra dover causare una sorta di 'iniquità complessiva' dell'intero procedimento<sup>116</sup>.

Tale caratterizzazione del giudizio porta a recidere l'automatismo che, in linea teorica, collega l'accertamento di una lesione alla sua proclamazione. Con sempre maggiore frequenza, infatti, il giudice convenzionale non arresta il proprio vaglio pronunciando una violazione del *diritto a un equo processo* ove riscontri la lesione di una delle garanzie espressamente previste – o comunque implicitamente tutelate – dall'art. 6 della Convenzione. Al contrario, la Corte si spinge a verificare l'incidenza della violazione in esame sull'equilibrio complessivo dell'intero processo<sup>117</sup>. Per saggiare tale incidenza e, quindi, per verificare la legittimità di una determinata *defaillance* nella salvaguardia dei diritti processuali minimi, il giudice europeo inserisce un ulteriore passaggio nel proprio giudizio, che consiste nel verificare se sussistano determinati elementi che nel corso del procedimento siano stati in grado di *contro-bilanciare*, compensandoli, i pregiudizi derivanti dalla riscontrata lesione.

In origine, nella giurisprudenza convenzionale, il riferimento ai fattori compensativi era raro e aspecifico, finalizzato perlopiù ad escludere violazioni minori<sup>118</sup>. A partire dalla

---

<sup>114</sup> Il primo compiuto e consapevole utilizzo di questo concetto è contenuto, non casualmente, in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, *passim*.

<sup>115</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*, *Dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, § 9, che descrive la nozione di *overall fairness* come «*overarching criterion in the recent Court's case-law on complaints under Article 6 § 3*». Sul punto, cfr. ZACCHE', *Ammissione della prova a discarico: il nuovo test 'Murtazaliyeva'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1057 ss.

<sup>116</sup> Cfr., concordemente sul punto, le calzanti osservazioni di HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 28.

<sup>117</sup> Cfr. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 139, il quale sottolinea il rapporto di stretta derivazione del meccanismo compensativo dall'*as a whole test*.

<sup>118</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*, *Dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, § 10, «*The assessment of overall fairness was developed in respect of situations where it was reasonable to overlook minor infringements provided that the proceedings as a whole were fair. In such an assessment, the Court must examine the extent to which a reduction in the guarantees provided in one stage may have been offset by other guarantees*».

sentenza *Al-Khawa e Tahery c. Regno Unito*<sup>119</sup>, tuttavia, la Corte pare aver compreso la straordinaria potenzialità del concetto di compensazione e, attraverso il suo ripetuto utilizzo, sembra aver costruito su tale concetto una nuova “teoria” riguardante la gestione applicativa delle garanzie processuali<sup>120</sup>. Giova precisare, tuttavia, che solo in senso improprio – di qui l'utilizzo del virgolettato – potrebbe parlarsi di ‘teoria’, giacché, come si vedrà, la Corte si limita ad asserire la necessità del *test* di compensazione e a esemplificare i fattori di contro-bilanciamento, senza però spiegare con la dovuta diligenza limiti, presupposti e funzionamento di tale vaglio. Anziché fornire una spiegazione analitica, i giudici europei si limitano a una sintesi esemplificativa del meccanismo compensativo, identificando i potenziali elementi di contro-bilanciamento e statuendo se questi siano stati sufficienti a riequilibrare la violazione nel caso concreto. Il riferimento alla natura di ‘teoria’, quindi, concerne solamente la attitudine della compensazione a descrivere un nuovo e originale modo di applicare le garanzie processuali.

Sebbene tale approccio affondi le proprie radici nella tradizionale logica *floue* di cui fa largo impiego la Corte di Strasburgo, e nonostante lo stesso trovi la propria origine in una sentenza di fine anni ‘80 (Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 43)<sup>121</sup>, è solo nell’ultimo decennio che, come si vedrà, tale logica ha attecchito con maggiore forza, informando molteplici aspetti dell’equità processuale e giungendo a una più matura messa a punto. Nato e sviluppatosi in materia di diritto al confronto, il riferimento alle compensazioni conosce oggi una preoccupante espansione: grazie alla sua duttilità, infatti, tale modo di concepire e gestire le tutele processuali informa – talvolta esplicitamente, talvolta in modo implicito<sup>122</sup> – anche altri settori dell’equità processuale. Il riferimento corre, in particolare, alla giurisprudenza in materia di diritto al difensore e a quella concernente il principio di immediatezza, nel suo duplice aspetto del mutamento del giudice e della rinnovazione istruttoria nel grado

---

<sup>119</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.

<sup>120</sup> CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 286, secondo il quale quella della compensazione sarebbe una vera e propria teoria.

<sup>121</sup> GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 140, «*The earliest use of 'counterbalancing' in the context of Article 6 appears to have been in the Court's 1989 decision in Kostovski Netherlands*».

<sup>122</sup> *Ibidem*, «*It also be noted that while the Court often refers to counterbalancing using that name, sometimes it refers to the same concepts using different language*». Concordemente sul punto, cfr. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., *passim*.

d'appello. Per via di questa *vis* espansiva del modello descritto e della sua capacità di adattarsi a pressoché tutti gli ambiti dell'equità processuale, è ragionevole ritenere che nel prossimo futuro si assista al suo progressivo consolidamento e alla sua applicazione sempre più trasversale a ogni censura di equità<sup>123</sup>.

## **2. Fenomenologia della giurisprudenza convenzionale in materia di gestione compensativa delle garanzie processuali: il filone giurisprudenziale sul diritto al confronto come fucina per la messa a punto dell'approccio compensativo nel controllo di equità**

Il filone giurisprudenziale nel quale per primo si è fatto uso di metodi compensativi è, per quanto ci consta, quello relativo al diritto al confronto tutelato dall'art. 6, par. 3, lettera *d*), prima parte, della Convenzione<sup>124</sup>.

La complessa questione che fin dalle prime sentenze degli anni '80 ha occasionato il fiorire di una logica compensativa riguarda, più specificamente, l'utilizzo delle dichiarazioni accusatorie pre-dibattimentali raccolte unilateralmente dagli organi inquirenti (c.d. *pre-trial statement* o *out-of-the-court statement*) nei casi in cui non sia possibile il diritto al confronto dibattimentale tra la difesa e la fonte d'accusa o lo sia in condizioni tali da comprimere le garanzie difensive<sup>125</sup>. Fin dai risalenti *leading cases*<sup>126</sup>, infatti, la Corte è stata chiamata a statuire sulla legittimità convenzionale di un accertamento della responsabilità penale fondato sulle dichiarazioni rese al di fuori del

---

<sup>123</sup> CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, 196.

<sup>124</sup> A mente del quale ogni accusato ha il seguente diritto minimo: «*to examine or have examined witnesses against him*». Per un inquadramento generale in materia di diritto al confronto, cfr., *ex plurimis*, 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, 806 ss.; TONINI, *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12, 1998, 1506 ss.; ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in GAITO, CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Giappichelli, 2016, 257 ss.; HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, cit., 482; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Research Division), *Guide on Article 6 - Right to a Fair trial (criminal limb)*, cit., 86 ss.; SPENCER, *Orality and the Evidence of the Absent Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 1994, 628 ss.

<sup>125</sup> Tipici casi in questo non risulta possibile sono i casi di testimoni a) irreperibili (nel lessico della Corte, 'assenti'); b) anonimi; c) vulnerabili.

<sup>126</sup> Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*.

contraddittorio tra le parti e, quindi, in spregio al fondamentale diritto dell'accusato di confrontarsi con chi lo accusa.

Alla vasta gamma di soluzioni tradizionalmente individuate dai sistemi nazionali<sup>127</sup>, si affianca oggi l'innovativo approccio della Corte di Strasburgo. La sua giurisprudenza in materia di *diritto al confronto* può essere considerata come «una manifestazione emblematica di un modo diverso di gestire gli interessi in gioco sulla scena del processo»<sup>128</sup>. Come già anticipato, le tradizionali soluzioni binarie o «monotoniche» lasciano il campo a una nuova forma di gestione le garanzie nel processo penale, che, partendo da una «presa d'atto della levitazione della complessità dei problemi con cui la giurisdizione deve oggi confrontarsi»<sup>129</sup>, si muove in un'ottica di bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nei singoli casi.

Non pare casuale che sia stato proprio a partire dalle pronunce in materia di diritto al confronto che la Corte europea ha elaborato un originale struttura del vaglio di equità. Il diritto di esaminare le fonti d'accusa, infatti, è aspetto essenziale di quella caratterizzazione *adversarial* del processo che è evocata nel I paragrafo dell'art. 6 e che si ricollega altresì al canone della parità delle armi<sup>130</sup>. Intesa in questo senso, la tutela del confronto si pone come indispensabile mezzo per la salvaguardia del contraddittorio in ambito convenzionale; ed è proprio per questo motivo che la sua modulazione assume una rilevanza dirimente negli equilibri generali della disciplina processuale della

---

<sup>127</sup> Per delle notazioni comparative cfr. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Giappichelli, 2009, 41 ss. Lo stesso *case-law* della Corte edu rappresenta un utile strumento di comparazione. I giudici di Strasburgo sono, infatti, soliti dedicare ampi paragrafi alla ricostruzione della disciplina nazionale rilevante nel caso concreto, all'interno delle loro decisioni. In alcune occasioni la Corte europea, si è addirittura cimentata in un autentico "esercizio" di diritto comparato: cfr., ad es., Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 63-87. Per uno sguardo più generale sui diversi sistemi penali dell'Europa soprattutto continentale cfr. anche CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, Cedam, 2001, *passim*.

<sup>128</sup> 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, 852.

<sup>129</sup> VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., 852.

<sup>130</sup> SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, cit., 312, che sottolinea come «*The formulation of paragraph (d) reflects the notion of 'equality of arms', an over-arching value that applies to article 6 more generally*». Sul punto, cfr. anche UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 6, 2098.

Convenzione<sup>131</sup>. Tale centralità fa diventare queste tematiche il terreno elettivo per l'elaborazione giurisprudenziale di nuove teorie da parte della Corte europea.

## **2.1 I *leading cases* e la regola della prova unica o determinante: primi cenni al sistema della compensazione**

Nel valutare la legittimità convenzionale dell'utilizzo delle dichiarazioni pre-dibattimentali, la Corte europea ha preferito non escludere *a priori* la rilevanza e l'utilizzabilità di questo materiale cognitivo ed ha elaborato la propria risposta agendo sul panorama valutativo, certamente più congeniale alla sua logica di gradazione rispetto alla più rigida logica binaria delle regole di esclusione.

La “grammatica” di questa disciplina si compone, anzitutto, di svariate «“dichiarazioni di intenti” divenute ormai usuali premesse metodologiche»<sup>132</sup>, stratificatesi nel tempo con il susseguirsi delle pronunce (come ad es. la valutazione della questione alla luce del combinato disposto tra par. 1 e par. 3, lett. d) dell'Art. 6, l'affermazione per cui l'ammissibilità delle prove è *in primis* competenza del diritto interno). Poste queste premesse, la giurisprudenza convenzionale si è concentrata nel gestire la questione attraverso la fissazione dei seguenti punti fermi:

- 1) Innanzitutto è individuato quello «schema aureo»<sup>133</sup> che consente il perfetto esercizio del diritto al confronto (e, più in generale, del diritto di difesa) garantito dall'art. 6 Cedu: in linea di principio, infatti, tutte le prove devono essere assunte in pubblica udienza innanzi a un giudice imparziale deputato a decidere il merito della causa, alla presenza dell'accusato (e del suo difensore) e nel contraddittorio delle parti<sup>134</sup>;

---

<sup>131</sup> Cfr. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 3, 1091 ss., nel quale, tuttavia, si distingue, più specificamente, tra tutela del principio del contraddittorio (art. 6,1) e tutela dei diritti di difesa (art. 6,3).

<sup>132</sup> GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 286.

<sup>133</sup> *Ivi*, 287.

<sup>134</sup> Cfr., tra le molte, Cfr., a mero titolo esemplificativo, Corte eur. dir. uomo, 6 dicembre 1988, *Barberà, Massegué e Jabardo c. Spagna*, § 78; Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 41; Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, § 26; Corte eur. dir. uomo, 19 Febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, § 34; Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*, § 27; Corte eur. dir.

- 2) In secondo luogo, è stato fin da subito specificato che questo modello paradigmatico «*ne va pas sans exceptions*»<sup>135</sup>: in altre parole possono verificarsi dei casi in cui per tutelare dei beni giuridici che la Corte ritiene confliggenti con il diritto al confronto, oppure per una impossibilità concreta non imputabile allo Stato convenuto<sup>136</sup> (ad es. per irreperibilità<sup>137</sup>, morte o grave infermità del dichiarante<sup>138</sup>), può risultare

---

uomo, 15 giugno 1992, *Lüdi c. Svizzera*, § 47; Corte eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, § 51; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 39; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 14 febbraio 2002, *Visser c. Paesi Bassi*, § 43; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, § 85; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, § 54; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*, § 48. In dottrina, cfr. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2001, 2845, che parla di «modello paradigmatico» ricavabile dalla lettura delle pronunce sul tema per cui la prova testimoniale dovrebbe essere resa «(a) pubblicamente, (b) sotto giuramento, (c) da un soggetto la cui identità è resa nota all'accusato, (d) in presenza di quest'ultimo e del suo difensore oltre che (e) del soggetto che è incaricato di esprimere il giudizio sulla responsabilità penale e, infine, (f) sottoposta al confronto dialettico con le ragioni della difesa». Parla, invece, di interpretazione «auspicabile» dell'art. 6, 3, d) TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 7, 884, prendendo a prestito le stesse parole utilizzate dai giudici di Strasburgo in Corte eur. dir. uomo, 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, § 52, per tratteggiarne l'archetipo.

<sup>135</sup> Cfr., tra le molte, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, § 54 e Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*, § 48, per le quali «*les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions*». V. altresì In dottrina, MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 2845, ricorda come il *case-law* europeo sia costante nell'affermare che «il *right to confrontation* non debba essere concepito quale diritto assoluto. Riconoscendo, anche in prospettiva storica, come nessun procedimento penale abbia mai escluso *a priori* l'impiego di tutte le dichiarazioni testimoniali raccolte in maniera difforme rispetto al paradigma appena delineato». Secondo GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, cit., 287, invece, la Corte edu percepisce «nitidamente la difficoltà di imporre l'integrale osservanza di tale modello a sistemi processuali che non hanno mai escluso *a priori* l'impiego di tutte le dichiarazioni testimoniali devianti da tale "schema aureo"» e quindi fa salve alcune ipotesi eccezionali.

<sup>136</sup> A condizione che le autorità interne dello Stato convenuto non possano essere accusate di una mancanza di diligenza negli sforzi per garantire all'accusato un'opportunità per esaminare il testimone in questione, l'indisponibilità di quest'ultimo non è di per sé tale da comportare l'interruzione dell'esercizio dell'azione penale. Cfr. a tal proposito, Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*, § 21; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia e Germania*; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 17 novembre 2005, *Haas c. Germania*; Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 9 gennaio 2007, *Gossa c. Polonia*, § 55.

<sup>137</sup> Cfr., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*, § 21; Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 79-80, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 11 dicembre 2008, *Mirilashvili c. Russia*, § 214 ss.

<sup>138</sup> Cfr., Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Bricmont c. Belgio*; Corte eur. dir. uomo, 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, § 52; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, § 86 e 88 e Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 27 gennaio 2009, *Mika c. Svezia*, § 37.

necessario fare riferimento alle deposizioni raccolte durante la fase investigativa<sup>139</sup>. Le principali posizioni giuridiche la cui tutela è stata contrapposta al diritto al confronto riguardano essenzialmente la tutela del soggetto considerato 'testimone'<sup>140</sup>: (a) il diritto dei testimoni minori (oppure delle vittime di reati legati alla sfera sessuale) a ricevere un'adeguata protezione a tutela della propria integrità psico-fisica<sup>141</sup>; (b) il diritto del coimputato al silenzio<sup>142</sup>; (c) il diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza e al rispetto della vita privata della vittima-testimone e del testimone *tout court*<sup>143</sup> e (c) il diritto al silenzio riconosciuto ai prossimi congiunti dell'accusato<sup>144</sup>.

In queste eventualità, il recupero e la *piena* efficacia probatoria dei *dicta* unilateralmente raccolti dagli organi inquirenti non sono di per sé incompatibili con l'art. 6 Cedu, a condizione che non siano violati i diritti della difesa<sup>145</sup>. Affinché ciò non avvenga, come regola generale, deve essere garantita all'accusato un'occasione *adeguata e sufficiente* per contestare le dichiarazioni 'a carico' e interrogarne

---

<sup>139</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 40 in cui «*As the Court has stated on a number of occasions (...), it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage*».

<sup>140</sup> Sul punto cfr., *amplius*, LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 188 ss., in cui l'Autore si spende in una disamina sulle ragioni che stanno alla base della tutela del testimone come aspetto del *giusto processo*. In queste pagine si individuano due fattori che determinano questo progressivo ampliamento della tutela del dichiarante attraverso la regolamentazione degli equilibri processuali: da un lato «il dilagare di episodi intimidatori occasionati dalla partecipazione al procedimento, in chiave collaborativa, della vittima» e, dall'altro, «la graduale attenzione verso nuovi beni, nonché la crescente valorizzazione di diritti già esistenti, (...) come è avvenuto ad esempio per posizioni soggettive di particolare "debolezza"».

<sup>141</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 20 dicembre 2001, *P.S. c. Germania*, § 28; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*, § 47.

<sup>142</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 33, che a sua volta richiama Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68.

<sup>143</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 70. Emerge con evidenza in questo caso il riferimento all'articolo 8 Cedu: come sostiene infatti la Corte «*It is true that Article 6 (art. 6) does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (art. 8) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify*». Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 20 dicembre 2001, *P.S. c. Germania*, § 22.

<sup>144</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*, 30.

<sup>145</sup> Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, § 26.

l'autore, nel momento in cui queste sono rese, oppure in una fase successiva del procedimento (c.d. contraddittorio differito)<sup>146</sup>. Il «diverso atteggiarsi»<sup>147</sup> di questa «occasione» crea non poche difficoltà nella definizione del suo *ubi consistam*<sup>148</sup>.

In sostanza, le deposizioni raccolte dall'accusa nella fase delle indagini (*ergo* in circostanze non informate al principio del contraddittorio) possono avere pieno valore probatorio, ma il loro pieno utilizzo dimostrativo è subordinato alla garanzia di un'occasione di «confronto» con la fonte 'a carico'<sup>149</sup>, da assicurarsi nel momento genetico della sua deposizione, oppure in una qualsivoglia fase successiva del procedimento.

Secondo la Corte, e con buona pace dei principi di oralità e di immediatezza, questa garanzia è in grado di riequilibrare la compressione del diritto al confronto così come enucleato nel suo modello «aureo» poco sopra ricordato<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Ricordiamo, per tutte, Corte eur. dir. uomo, 15 giugno 1992, *Lüdi c. Svizzera*, §47, secondo cui «*as a general rule, paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1) require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage*». *Refrain*, quest'ultimo, che solca - pressoché invariato - il *case-law* europeo in materia di diritto al confronto.

<sup>147</sup> CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2003, 1450.

<sup>148</sup> I Giudici europei, ad esempio, hanno ritenuto adeguata e sufficiente la messa a confronto tra il testimone 'a carico' e l'accusato durante la fase delle indagini innanzi al giudice istruttore e in assenza del difensore (cfr. Corte eur. dir. uomo, 19 Febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, § 35). In Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 4 marzo 2003, *Sofri e altri c. Italia* è stata altresì ritenuta sufficiente l'occasione di confronto con un testimone nonostante il successivo ritrovamento di un suo diario in cui erano riportate informazioni del tutto difformi alla versione data da questo in precedenza e di cruciale importanza per la causa. In Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 13 maggio 2004, *Chifari c. Italia* la Corte ha ritenuto conforme il fatto che i testimoni coimputati avessero scelto a quali domande della difesa del ricorrente rispondere avvalendosi, per le altre, del diritto al silenzio garantito dalle leggi italiane. Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 giugno 2002, *Borghi c. Italia*, in cui si ritiene che se al confronto è presente il difensore allora, sebbene auspicabile, non è indispensabile anche la presenza dell'imputato. Per ulteriori esempi, cfr. LONATI, *Il diritto di interrogare*, cit., 195 ss.

<sup>149</sup> Non tragga in inganno l'utilizzo dei termini, poiché se è vero che si tratta pur sempre di un'occasione di «confronto», questa sarà strutturalmente molto diversa rispetto al modello «aureo» di esercizio del diritto al confronto. Mentre in quest'ultima circostanza, invero, la *prova* trova la sua *genesis* nel contraddittorio delle parti innanzi al giudice del merito (e quindi in pieno rispetto anche del principio di immediatezza), nel caso della *occasione adeguata e sufficiente* la Corte, come abbiamo visto, si accontenta di uno *standard* notevolmente più basso.

<sup>150</sup> V. BALSAMO, LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, 336, secondo il quale questo indirizzo è «coerente con le linee evolutive riscontrabili nei sistemi di *common law*, che si muovono verso una regolamentazione in cui i principi di oralità e di immediatezza, pur



- 3) Qualora nemmeno questa occasione *adeguata e sufficiente* per contestare le dichiarazioni a carico e interrogarne l'autore venga garantita (o sia concretamente impossibile l'esercizio del confronto) si assiste a una traslazione in forza della quale la gestione di questo sapere problematico si sposta dal piano dell'ammissione/esclusione a quello della valutazione<sup>151</sup>.

In questi casi la Corte ha sempre ritenuto che le circostanze ostative alla perfetta realizzazione dialettica e paritaria della produzione probatoria non fossero necessariamente tali da giustificare una cassazione del procedimento *de quo*. Consapevole, tuttavia, degli impedimenti che in tali circostanze l'esercizio dei diritti difensivi si trova a dover fronteggiare, impone un *utilizzo limitato* del materiale dichiarativo non saggiato attraverso l'esercizio del diritto al confronto, nella sua veste "aurea" oppure in quella "deteriore" poco sopra ricordate. La giurisprudenza convenzionale, infatti, arriva inizialmente ad escludere che queste dichiarazioni possano costituire la prova *unica* o *decisiva* su cui fondare una condanna (c.d. *sole or decisive rule*). Più precisamente, secondo questa regola *i diritti della difesa sono ristretti in maniera incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si fonda, unicamente o in misura determinante, sulle deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto far interrogare né durante le indagini né successivamente*<sup>152</sup>.

La Corte, dunque, partendo dal presupposto che l'ammissione di questo materiale, pur traducendosi in una compressione delle prerogative della difesa, non è di per sé

---

esprimendo una tendenza fondamentale dell'ordinamento, non assumono il ruolo di condizioni esclusive ed assolute di utilizzabilità».

<sup>151</sup> Cfr., in questo senso, BALSAMO, LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, cit., 336, per il quale «il contraddittorio vede ridotta la sua efficacia di "regola di esclusione" della ammissibilità di determinate tipologie probatorie, ma, al tempo stesso, vede potenziata la sua incidenza sul terreno della valutazione della prova».

<sup>152</sup> Libera traduzione del *refrain* che solca con costanza la giurisprudenza europea precedente al caso *Al-Khawaja*. Cfr., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, § 25; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 40; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, § 86; Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 4 marzo 2003, *Sofri e altri c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*, § 38; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 23 marzo 2010, *Orhan Çaçan c. Turchia*, § 37.

tale da compromettere l'equità della procedura, tira le fila di questo discorso cercando un *bilanciamento* sul piano valutativo.

A ben vedere, è proprio questo il nucleo essenziale, il punto di chiusura della *sole/decisive rule*: un «ridimensionamento del valore dimostrativo»<sup>153</sup> delle dichiarazioni unilateralmente raccolte dall'accusa.

La regola sulla prova unica o determinante è espressione «di una lunga sedimentazione inaugurata, nel 1986, con il caso *Unterpertinger*»<sup>154</sup>: è la stessa *Grand Chambre*, infatti, che indica come le radici della *sole or decisive rule* vadano individuate nella sentenza *Unterpertinger c. Austria*<sup>155</sup>, anche se, in realtà, un esplicito riferimento al concetto di 'decisività' si ha solo a partire dall'*affaire Kostovski*<sup>156</sup>. Nonostante l'idea forte alla base di questa ricostruzione giurisprudenziale sia tutta incentrata sulla nozione di decisività, emergono già diversi riferimenti al meccanismo della compensazione, in pieno ossequio all'approccio globale e antiformalista adottato.

Il primo cenno risale alla già menzionata pronuncia sul caso *Kostovski c. Paesi Bassi*, nel quale il ricorrente si doleva dell'utilizzo di alcune dichiarazioni raccolte durante le indagini dalla polizia e rese da persone rimaste anonime e mai esaminate in contraddittorio durante il giudizio. La difesa aveva solamente potuto 1) presentare domande scritte a questi testi - senza tuttavia conoscerne l'identità e, quindi, senza poterne efficacemente saggiare l'attendibilità; 2) esaminare, come teste *de relato*, l'agente di polizia che aveva raccolto le dichiarazioni anonime. A fronte di questa situazione, la Corte afferma che «*In these circumstances it cannot be said that the handicaps under which the defence laboured were counterbalanced by the procedures*

---

<sup>153</sup> *Ivi*, 344.

<sup>154</sup> VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie, ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, cit., 321, riferito a Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*, § 33.

<sup>155</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 128, nella quale la Grande Camera afferma che «*The seeds of the sole or decisive rule are to be found in Unterpertinger v. Austria (24 November 1986, § 33)*».

<sup>156</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 44, a partire dalla quale i giudici convenzionali hanno iniziato a inserire nel proprio vocabolario giurisprudenziale il concetto di "decisività", parlando, nel caso di specie, di condanna basata «*"to a decisive extent" on the anonymous statements*».

*followed by the judicial authorities»*<sup>157</sup>. Il riferimento alla compensazione, inserito in chiusura all'esame delle peculiarità del caso concreto (§ 39-41) e senza alcuna premessa o introduzione nell'analisi generale relativa all'art. 6 (§ 42-43), pare essere quasi casuale, estemporaneo. La Corte, infatti, non spiega cosa intende per procedura compensativa, né specifica a quale livello le misure di contro-bilanciamento dovrebbero operare per ritenere compensato l'*handicap* subito dalla difesa, ma si limita a inserire nella grammatica del controllo di equità questa nozione<sup>158</sup>.

Successivamente, nella sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*, tale concetto viene ripreso e specificato, sempre con riferimento al problema del contributo dichiarativo degli anonimi<sup>159</sup>. Differentemente da *Kostovski c. Paesi Bassi*, però, in questa pronuncia la Corte prova a meglio contestualizzare il riferimento alla compensazione. Precisando che nella calibrazione delle garanzie derivanti dall'art. 6 è necessario tenere in considerazione anche gli interessi e le esigenze di tutela di vittime e testimoni, la Corte ammette che il ricorso all'anonimato non è *ex se* illegittimo o iniquo (§ 70). Tuttavia, siccome il ricorso a questa misura impatta in modo negativo sulle garanzie difensive dell'accusato, in questi casi si rende necessario verificare se le difficoltà subite dalla difesa siano state compensate da peculiari aspetti della procedura seguita (§ 72).

La ricerca di potenziali fattori compensativi, quindi, da una parte pare essere dettata dall'esigenza di tutelare vittime e testimoni e, dall'altra, diventa cruciale snodo per il vaglio di equità del procedimento.

Nonostante qualche precisazione in più rispetto a *Kostovski c. Paesi Bassi*, tuttavia, anche questa pronuncia non spiega come questo controbilanciamento dovrebbe operare, limitandosi ad affermare come «*must be considered sufficient to have enabled the defence to challenge the evidence of the anonymous witnesses and attempt to cast doubt on the reliability of their statements»*<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 43.

<sup>158</sup> Concordemente sul punto, cfr. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 141-144.

<sup>159</sup> Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 68-76. In merito a questa sentenza, cfr. BREMS, *Conflicting Human Rights: an Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2005, 317; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 314 ss.

<sup>160</sup> *Ibidem*, § 75.

Questo passaggio sembra suggerire che la procedura è compensativa quando all'accusato sono riconosciute delle tutele che riescano ad avere un effetto simile a quello derivante dalla garanzia violata, poco importa se il livello di protezione che ne deriva è comunque minore. Nonostante l'evidente relativizzazione delle garanzie processuali che rischia di derivare da questo approccio, in questa sentenza il giudice convenzionale precisa che «*even when "counterbalancing" procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under which the defence labours, a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements*»<sup>161</sup>. Tale affermazione ha notevolmente ridotto la potenziale portata pervasiva di questa prima "versione" del *counterbalancing test*, ed è forse proprio per via di questa forte limitazione che nelle sentenze successive il riferimento alla compensazione non viene spesso ripreso o approfondito<sup>162</sup>.

Grazie a questa sorta di *self restraint* della Corte sull'utilizzo delle compensazioni, è possibile sostenere che il loro impiego originario aveva una valenza assai limitata. L'approccio compensativo, infatti, mira qui a ri-bilanciare l'equilibrio tra accusa e difesa in caso di utilizzo – che in ogni caso non può essere decisivo – del contributo dichiarativo di soggetti anonimi. Va rilevato, tuttavia, che il divieto di utilizzo decisivo solleva comunque alcune perplessità<sup>163</sup>. In primo luogo, controllare il rispetto del limite di utilizzazione non decisiva di una prova si appalesa come operazione evidentemente complessa, poiché il giudice potrebbe ben fondare il proprio libero convincimento sulla

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, § 76.

<sup>162</sup> Di scarso interesse, ad esempio, pare essere Corte eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, § 54, 62, che, infatti, si limita a ribadire quanto già statuito in *Doorson c. Paesi Bassi*, e cioè che gli handicap subiti dalla difesa a causa dell'anonimato debbono essere controbilanciati e che, in ogni caso, i contributi dichiarativi degli anonimi non possono rappresentare la prova unica e nemmeno quella decisiva a fondamento di una pronuncia di condanna. In dottrina, cfr. BREMS, *Conflicting Human Rights: an Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in European Convention on Human Rights*, 318.

<sup>163</sup> Cfr., tra i molti contributi sul tema, TAMIETTI, *Il diritto a interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 502; MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 5, 1710; BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 10, secondo la quale «l'intrinseca ambiguità della formula "prova decisiva", unita al tipico modo di giudicare *case by case* della Corte, comporta l'estrema difficoltà di costruire la teoria della *corroboration* su basi solide. Le linee guida in materia, in balia delle "circostanze del caso concreto", capaci di mettere costantemente in discussione le determinazioni precedenti, si affievoliscono e perdono autorevolezza». Cfr. anche GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, cit., 277-278.

prova di provenienza anonima, salvo poi premurarsi di motivare fondando l'argomentazione su altro. Inoltre, la caratterizzazione non determinante di una prova ne suggerisce, in una qualche misura, la non indispensabilità per la decisione<sup>164</sup>. Da ultimo, la stessa nozione di decisività, in quanto nozione tipicamente *fuzzy*, pare essere difficilmente maneggiabile secondo criteri certi e prestabiliti, causando in concreto ulteriori annacquamenti del diritto al confronto<sup>165</sup>.

Nonostante, quindi, fino al caso *Al-Khawaja* tutto il peso del vaglio di equità in materia di diritto al confronto fosse riversato sulla nozione di decisività, già compariva qualche cenno al concetto di compensazione. Sebbene involuti e perlopiù estemporanei, tali riferimenti paiono essere comunque significativi, giacché è con ogni probabilità a partire da questi accenni che la Corte svilupperà una più dirompente gestione compensativa delle garanzie processuali<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1143, secondo il quale «O l'atto è irrilevante, nel senso che, ove mancasse, la decisione rimarrebbe adeguatamente motivata, e allora non interessa la sua genesi monologica o dialogica; oppure l'atto è rilevante, nel senso che concorre necessariamente a sorreggere la decisione, ed allora è sempre determinante». Per ulteriori considerazioni circa la vicinanza dei concetti di 'rilevanza' e di 'decisività' cfr., *mutatis mutandis*, VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., *passim*; nonché VALENTINI, *La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, 143. Sul punto, v. altresì JACKSON & SUMMERS, *Confrontation with Strasbourg: UK and Swiss Approaches to Criminal evidence*, in *Criminal law review*, 2013, 114 ss.

<sup>165</sup> Per effettuare il *test* di decisività, infatti, al più rigoroso meccanismo della prova di resistenza, la Corte ha preferito quello della *lettura congiunta* (o *corroboration*). Questa opzione ermeneutica meno stringente, che implica una concezione della decisività più sfumata e malleabile, attribuisce grande discrezionalità al giudice europeo; e ciò determina il sorgere di significative incongruenze sul piano applicativo. Spesso, infatti, la Corte sembra accontentarsi della semplice presenza di emergenze ulteriori, senza prestare particolare attenzione alla loro incidenza nella formazione del convincimento (così, BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 8 s.).

<sup>166</sup> In *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, che rappresenta il primo vero caso a partire dal quale il ricorso alle compensazioni viene sdoganato, è la stessa Corte che, nella prima sentenza, quella della Sezione semplice, riconosce come l'idea della compensazione derivi dalle summenzionate pronunce in materia di *anonymous witness* (cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 37).

## **2.2 La prima chiara esplicitazione dell'approccio compensativo: *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito***

Nonostante gli sporadici riferimenti nella giurisprudenza anteriore, è solo a partire dal 2011 che la Corte europea, pronunciandosi sul caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, inizia a porre al centro del proprio vaglio di equità la nozione di compensazione. Mentre in precedenza l'intera costruzione giurisprudenziale si reggeva sulla *sole or decisive rule* e ai contro-bilanciamenti era solo raramente fatto cenno, ora il rapporto pare invertirsi. La nozione di compensazione prende la scena, finendo col relegare ai margini quella di decisività.

Tenuto conto della straordinaria importanza che la pronuncia riveste per il tema oggetto di indagine, pare indispensabile soffermarsi su una compiuta analisi dell'intera vicenda e degli snodi che hanno portato alla pronuncia della Grande Camera.

### **2.2.1 Le vicende in esame e la pronuncia della IV Sezione della Corte**

Queste, in sintesi, le due vicende rimesse al vaglio della Corte. Nel caso *Al-Khawaja*, il ricorrente era un medico accusato d'aver commesso degli abusi sessuali ai danni di due pazienti sottoposte a terapia ipnotica. La prima, dopo aver riportato a due amici e alla polizia la dinamica dell'accaduto, si era suicidata. Nel corso del dibattimento venivano esaminati i due amici in qualità di testimoni *de relato* ed erano acquisiti i verbali delle dichiarazioni resa alla polizia dalla ragazza. Quanto al secondo episodio, invece, veniva esaminata la vittima in contraddittorio e, nello specifico, era oggetto di accertamento il fatto che le due donne non si conoscessero. All'esito del giudizio, il ricorrente veniva condannato per entrambi i capi d'imputazione da una giuria che, durante il consueto *summing up* che precede la camera di consiglio, aveva ricevuto istruzioni sulla necessità di valutare con estrema cautela le dichiarazioni *de auditu* e altresì quelle pre-dibattimentali unilateralmente raccolte dall'accusa e non saggiate nel contraddittorio tra le parti.

Il caso *Tahery* riguardava, invece, una persona accusata di aver accoltellato alle spalle un altro soggetto durante una lite. Nell'immediatezza dei fatti, la persona offesa e gli altri soggetti presenti alla rissa avevano dichiarato alla polizia di non aver visto, nella concitazione dell'episodio, chi fosse il colpevole dell'accoltellamento. Appena qualche

giorno più tardi, però, uno di questi aveva modificato la propria versione, indicando il ricorrente come responsabile dell'aggressione. Nel dibattimento, la persona offesa si limitava a confermare di non aver visto il proprio aggressore e il dichiarante che aveva riconosciuto nel ricorrente la persona responsabile dell'accoltellamento si rifiutava di deporre per timore di ritorsioni, asserendo di aver ricevuto delle minacce anonime. Il giudice, quindi, disponeva la lettura delle dichiarazioni predibattimentali rilasciate da quest'ultimo e il ricorrente veniva condannato. Anche in questo caso, però, la giuria veniva previamente avvertita circa la delicatezza circa l'utilizzo probatorio delle dichiarazioni provenienti da un soggetto che non era mai stato esaminato nel contraddittorio tra le parti.

Poiché in entrambi i casi le condanne si erano fondate in modo preponderante sulle dichiarazioni provenienti da soggetti con cui la difesa non aveva mai potuto confrontarsi, i ricorrenti si rivolgono alla Corte europea lamentando una violazione dell'equità processuale e del diritto al confronto (art. 6, parr. I e III Cedu).

Sulla scorta della propria consolidata giurisprudenza, i giudici strasburghesi, in prima battuta, accertano la violazione dell'equità processuale per inosservanza della regola sulla prova unica o determinante, giacché in entrambi i casi le dichiarazioni dei testimoni assenti erano poste alla base della pronuncia di condanna<sup>167</sup>. In questa prima sentenza della IV Sezione sul caso *Al-Khawaja e Tahery* è interessante notare come grande parte delle argomentazioni della Corte riguardi, più che il *test* di decisività, le compensazioni. Infatti, a fronte delle insistenze del Governo britannico – che, richiamandosi alle sparute sentenze in cui il giudice convenzionale faceva riferimento al concetto di *counterbalance*, insisteva nel sostenere che la violazione del diritto al confronto fosse stata compensata da differenti fattori (§ 25, 29-32, 37)<sup>168</sup> – la Corte si sente in un qualche modo in dovere di argomentare diffusamente sul punto (§ 37, 40-48). A prescindere, però, dalle singole argomentazioni spese per negare la portata compensativa degli elementi valorizzati dal Governo inglese, è interessante rilevare

---

<sup>167</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, alla quale si riferiscono i paragrafi di seguito indicati nel corpo del testo.

<sup>168</sup> Il Governo, inoltre, contestava anche l'efficacia e soprattutto il carattere assoluto della *sole or decisive rule*, facendo riferimento a Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*, § 46-47, in cui, secondo la superficiale lettura delle autorità inglesi, pur a fronte di un utilizzo decisivo delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio tra le parti, non si riscontrava una violazione dell'art. 6.

come la Corte non abbia obiettato in alcun modo al fatto che le autorità inglesi avessero in parte spostato il *focus* sul terreno delle compensazioni, fino a poco prima considerate delle mere “comparse” nel controllo di equità. I giudici di Strasburgo, infatti, negano la portata compensativa dei diversi contro-bilanciamenti, ma, nel farlo, di fatto accettano che il vaglio di equità si incanali con maggiore slancio verso il c.d. *counterbalancing test*, continuando, tuttavia, a non specificarne contorni, presupposti e funzionamento.

Ad ogni modo, va precisato che la Corte ribadisce il limite già in precedenza posto: anche qualora vi sia stata compensazione, rimane fermo il divieto di utilizzo esclusivo o determinante delle dichiarazioni unilateralmente raccolte dall'accusa e rilasciate da soggetti con cui la difesa non ha mai potuto confrontarsi (§ 38)<sup>169</sup>. Nonostante il maggiore risalto dato alle compensazioni, dunque, con questa precisazione i giudici strasburghesi sembrano ancora preservare l'essenza del diritto al confronto (già comunque compreso dalla *sole or decisive rule*)<sup>170</sup>.

### **2.2.2 La polemica inglese successiva alla condanna della Corte edu: l'intervento della Supreme Court nel caso *Horncastle***

La sentenza del 2009 in cui la Corte europea condannava il Regno Unito per la violazione del canone equitativo rispetto al diritto al confronto aveva suscitato nel contesto inglese «vivaci reazioni, sia in sede politica sia nel dibattito giuridico»<sup>171</sup>. Malgrado le statuizioni non riguardassero la legittimità in astratto delle normative interne con la Convenzione, la condanna europea del 2009 conteneva, benché tra le

---

<sup>169</sup> Con riguardo al riferimento alla pronuncia *S.N. c. Svezia* (v. *retro*, nota 166), infatti, la Corte replica al Governo inglese che essa non può in alcun modo suggerire la legittimità di utilizzi decisivi di dichiarazioni predibattimentali in assenza di un'occasione adeguata di confronto, poiché in quel caso l'utilizzo determinante dei *dicta* predibattimentali non violava l'art. 6 della Convenzione in quanto la difesa aveva goduto di una adeguata e sufficiente occasione di confronto (poco importa se in concreto non sfruttata dal difensore).

<sup>170</sup> Cfr. HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 6.

<sup>171</sup> BALSAMO, *Processo equo e utilizzazione delle dichiarazioni dei testimoni assenti, le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione e della Corte Suprema del Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2011, 4499. Sul punto, cfr. l'approfondita analisi di BASILICO, *Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova Supreme Court*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2 luglio 2010; v. anche ZACCHE', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 gennaio 2012.



righe, una sostanziale bocciatura dell'impianto normativo inglese<sup>172</sup>. Il dibattito scaturitone evidenziava ancora di più i profili di frizione tra la disciplina nazionale concernente l'utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testi assenti e i principi del *fair trial* così come declinati dalla Corte europea nelle proprie pronunce.

La discussione testimoniava altresì la necessità di un intervento della *Supreme Court* inglese affinché questa prendesse posizione in merito alla compatibilità della disciplina interna rispetto ai principi convenzionali. L'occasione arrivò con il caso *Horncastle*, vicenda per molti aspetti simile a quelle in esame, nella quale gli imputati erano stati condannati per delitti di una certa gravità in base a delle dichiarazioni rese da vittime che non avevano deposto in dibattimento per ragioni che trovavano una giustificazione nella *section 116* del *Criminal Justice Act* del 2003 (nello specifico, morte del dichiarante in un caso e grave stato di timore in un altro)<sup>173</sup>. Già la *Court of Appeal*, dapprima, aveva respinto l'appello dei ricorrenti sostenendo che l'art 6, 3 lett. d) non sanciva un diritto *assoluto* e che il punto di equilibrio tra le diverse esigenze trovato con la normativa interna era del tutto legittimo e completamente coerente con la disciplina Cedu. La Corte Suprema, dal canto suo, confermando la ricostruzione del giudice d'appello, respinge anch'essa l'impugnazione dei condannati e, al contempo, si pronuncia sul tema della compatibilità tra disciplina interna e principi convenzionali, di fatto instaurando una vivace dialettica con la Corte europea.

In primo luogo, la Corte suprema interviene sul rapporto che lega l'ordinamento inglese al rispetto del diritto convenzionale così come interpretato dai giudici di Strasburgo. A questo proposito, il giudice supremo britannico afferma che il dovere, sancito dallo *Human Rights Act* del 1998, di tenere conto di tutte le decisioni della Corte europea che appaiano rilevanti in relazione al singolo procedimento esaminato, «se normalmente impone al giudice nazionale di applicare i principi *chiaramente* fissati dal giudice

---

<sup>172</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 40, in cui si afferma «*The Court finds these particular factors to be of limited weight since the very issue in each case is whether the trial judges and the Court of Appeal acted compatibly with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention and correctly applied the relevant case-law of this Court*». I giudici europei, quindi, ritengono di scarso valore il rilievo del Governo secondo cui il giudice interno aveva applicato correttamente la normativa inglese, giacché la questione centrale, infatti, era quella dare corretta applicazione alla disciplina convenzionale così come interpretata nel *case-law* convenzionale e non a quella nazionale.

<sup>173</sup> Il riferimento è alla sentenza *R. v. Horncastle* [2009] UKSC, consultabile all'indirizzo [www.supremecourt.uk](http://www.supremecourt.uk). Sul punto, cfr. BASILICO, *Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova Supreme Court*, cit., 5 ss.

europeo, non gli impedisce, in alcune specifiche ipotesi, di rifiutare motivatamente di adeguarsi alle decisioni della Corte europea e i diritti dell'uomo che non abbiano valutato adeguatamente particolari aspetti del sistema processuale interno»<sup>174</sup>. In secondo luogo, poi, la *Supreme Court* reputa che il *Criminal Justice Act* del 2003 renda superflua l'applicazione della *sole/decisive rule* nel sistema inglese, poiché le garanzie normative offerte da tale legislazione sono ampiamente sufficienti a garantire la *fairness* e il rispetto dei diritti di difesa convenzionalmente tutelati. Tra le ragioni addotte a suffragio di questa ricostruzione, Lord Phillips, presidente e giudice relatore della decisione, pone l'accento soprattutto sulle differenze esistenti tra la procedura penale inglese e i sistemi processuali di *civil law* e rileva come il criterio del grado decisivo sia stato confezionato in una serie di sentenze che coinvolgono esclusivamente paesi di diritto continentale dove, a differenza dal sistema inglese, in caso di utilizzo di dichiarazioni 'untested' non vigono specifiche regole processuali tali da garantire il rispetto dei diritti della difesa e, di riflesso, l'equità. Il riferimento è, chiaramente, a fattori compensativi che sarebbero in grado di ri-equilibrare la compressione dei diritti difensivi<sup>175</sup>. La giurisprudenza europea, inoltre, è ritenuta poco chiara in merito alla *sole/decisive rule*. Secondo i *Lord* inglesi vi sono grosse difficoltà a capire quando una prova sia realmente 'decisiva', e da tali difficoltà si generano grandi problemi di natura applicativa, acuiti dal fatto che la procedura penale britannica si basa sul modello del *jury trial*, nel quale le giurie non sono tenute a motivare le proprie decisioni. Un'altra considerazione critica riguarda gli effetti che sarebbero derivati dalla stretta osservanza dei principi elaborati dalla Corte edu. Quest'ultima, ove implementata, avrebbe comportato il dovere di assolvere degli imputati in situazioni in cui la prova della loro colpevolezza è assolutamente persuasiva e, quindi, l'asserito prodursi di un paradosso

---

<sup>174</sup> BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 7-8, 2839.

<sup>175</sup> *R. v. Horncastle* [2009] UKSC, § 36, nel quale si arriva a sostenere che la normativa interna contenuta nel *Criminal Justice Act* del 2003 (nello specifico, la *Section 124*) «*makes special provision for the admissibility of any material which it is contended challenges the credibility of an absent witness. The opposing party is enabled to put in evidence anything which he could have put in if the witness had been present, but he may also put in material which, if the witness had been present, could only have been asked of him in cross-examination in circumstances where his answers would have been final; this puts the challenger to that extent in a better position than if the witness is present, and is designed to help to counterbalance the absence of cross-examination of the witness in person*».

per cui più una prova è importante per un caso, meno la si potrebbe utilizzare per fondare la decisione.

La Corte Suprema, dunque, afferma la sostanziale compatibilità della disciplina interna con lo spirito della Convenzione, che, tuttavia, ritiene essere incompatibile con una applicazione rigida della regola sulla prova unica o determinante.

contempo critica l'allora corrente esegesi sulla *sole or decisive rule* e le compensazioni. Per tali motivi, infatti, nel passaggio finale la Corte suprema arriva ad auspicare l'intervento correttivo della grande Camera<sup>176</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che questa pronuncia sembra predisporre tutto quell'apparato argomentativo sul quale sarà poi incardinata la posizione che le autorità governative inglesi faranno valere innanzi alla Grande Camera<sup>177</sup>.

### **2.2.3 L'intervento della Grande Chambre e lo stravolgimento della precedente impostazione**

Non persuase della bontà delle conclusioni raggiunte dalla IV Sezione della Corte europea e fortemente influenzate dalla posizione della *Supreme Court* espressa in *R v. Horncastle*, le autorità governative inglesi chiedono che il caso sia rimesso al vaglio della Grande Camera.

Nella sua composizione allargata, la Corte europea stravolge la pronuncia della IV Sezione, inaugurando quello che è icasticamente stato definito come un «nuovo

---

<sup>176</sup> *R. v. Horncastle* [2009] UKSC, § 121.

<sup>177</sup> Questa ricostruzione emerge chiaramente già da un'attenta lettura delle rispettive pronunce, ma è altresì confermata in dottrina da BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, cit., 2840, in cui l'A. sottolinea come nella sentenza della *Supreme Court* vi siano «alcune tematiche che hanno formato oggetto della sentenza adottata il 15 dicembre 2011 dalla Grande Camera». A ulteriore conferma di quanto sostenuto, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 98, secondo cui «*the Government invited the Court to adopt the approach taken by the Supreme Court in Horncastle and others. The Supreme Court's judgment demonstrated that this Court's case-law permitted a more flexible approach than the apparently hard-edged sole or decisive rule set out by the Chamber. In the light of the Supreme Court's conclusion in Horncastle and others that the sole or decisive rule would give rise to severe practical difficulties in England and Wales, the Government invited the Court to make clear that the importance of the untested evidence was better regarded as one factor among others which were to be taken into account when deciding whether the proceedings as a whole were fair*».

corso»<sup>178</sup> della giurisprudenza convenzionale in materia di controllo di equità<sup>179</sup>. Nei *general principles* della sentenza, la parte di consueto dedicata alle elaborazioni teorico-generalistiche, viene costruito un nuovo vaglio a tre *step* successivi, riguardanti: 1) le ragioni che hanno impedito di garantire la tutela accordata dalla Cedue; 2) il peso, determinante o meno, delle prove raccolte in violazione della suddetta garanzia; 3) la presenza di elementi compensativi in grado di ristorare la difesa per il *vulnus* subito.

**I Step.** La verifica dei motivi che hanno impedito l'esame di un dichiarante rappresenta una «*preliminary question*», logicamente antecedente rispetto all'esame dell'incidenza delle precedenti dichiarazioni di questo nel complessivo panorama probatorio (§ 120). A tal proposito, sono citati una serie di casi in cui, nonostante le dichiarazioni non fossero state decisive, la Corte aveva riscontrato comunque una violazione dell'art. 6 per via dell'assenza di buoni motivi per prescindere dall'esame dibattimentale. Sussiste, quindi, un vero e proprio *dovere* di indagare (*duty to enquire*) sui motivi dell'assenza.

Nonostante vi siano numerose ragioni che possono tenere lontano il teste dal giudizio, la Corte si concentra sulla morte del dichiarante e sullo stato di timore in cui questo può

---

<sup>178</sup> L'efficace espressione è ripresa da BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, cit.: nonostante l'A. limiti la portata del *novum* al solo filone riguardante il diritto al confronto, ci sono buone ragioni, come si vedrà, per ritenere questa sentenza un punto di svolta, più in generale, per l'intera struttura del controllo di equità. Concordemente, seppur con sfumature e accenti differenti, sulla portata dell'innovazione, cfr. anche ZACCHE', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, cit., 5; nonché CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande Camera ridefinisce la regola della prova unica o determinante*, cit., 3126 che individuano nella sentenza un «parziale *overruling*» ponendo in risalto il superamento della rigida applicazione della *sole/decisive rule*; AURIEMMA, *Sulla prova unica o determinante – Il caso Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 571, che, invece, parla di «sentenza rivoluzionaria» riflettendo maggiormente sul *modus operandi* della Corte che si mostra aperta al dialogo con la *Supreme Court* inglese. *Contra*, cfr. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 553, il quale da tempo sostiene che «i parametri di valutazione della Corte sono strettamente collegati alla peculiarità del caso», precisando come risulti difficile «estrarre dalle interpretazioni, che la Corte europea esprime sui precetti convenzionali, massime generali incondizionatamente valide» (FERRUA, *Lacune ed anomalie nelle regole dell'esame incrociato*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 4, 8) e che, quindi, «nessun mutamento di opinione» sarebbe da registrare in questa pronuncia, poiché a variare «non sono i criteri di valutazione, ma il contesto processuale al quale si rapportano» (cfr. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 396).

<sup>179</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, alla quale si riferiscono i paragrafi di seguito indicati nel corpo del testo. Cfr., *ex multis*, ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in GAITO, CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Giappichelli, 2016, 261 ss.; DENNIS, *Al Khawaja and Tahery v United Kingdom*, *Commentary*, in *Criminal Law Review*, 2012, 376 ss.

trovarsi a causa di pressioni illecite. Riguardo alla prima ipotesi, si afferma, pare in modo parzialmente acritico, che la lettura acquisitiva dei verbali rappresenta l'unica forma per assicurare che il contributo conoscitivo del dichiarante contribuisca all'accertamento dei fatti e, quindi, risulti indispensabile (§ 121).

Riguardo allo stato di paura, invece, l'esame degli organi convenzionali è più approfondito e parte dalla distinzione tra la paura indotta dall'imputato (o dai suoi sodali, per suo conto) e uno stato di soggezione più generale, non direttamente riconducibile all'imputato, o al suo gruppo di appartenenza. Nel primo caso la Corte ritiene che sia appropriato permettere l'assunzione come prova delle precedenti dichiarazioni rilasciate dal teste intimidito o minacciato, anche quando queste rappresentino la prova unica o decisiva contro l'accusato (§ 123). Permettere alla difesa di beneficiare di una simile condotta illecita, infatti, oltre a creare un effetto criminogeno, sarebbe contrario ai diritti delle vittime/testimoni. Inoltre, un imputato che agisca in questi termini deve essere considerato rinunciataro per quanto riguarda l'esercizio del proprio diritto al confronto. Più frequentemente, lo stato di soggezione non è direttamente riconducibile alle azioni o alle minacce dell'accusato o dei suoi complici, quanto, piuttosto, a una generica paura delle ripercussioni che potrebbero derivare dall'esame dibattimentale; tipico, in questo senso, il *metus* dei dichiaranti nei processi di criminalità organizzata di stampo mafioso (§ 124). Il giudice convenzionale, affermando la rilevanza anche di questa forma di timore, precisa che non ogni forma di apprensione è sufficiente a giustificare l'assenza della fonte dal dibattimento: è necessario, infatti, che il giudice interno conduca un'indagine per verificare, *in primis*, se ci sono basi *oggettive* per questa paura e, in secondo luogo, se queste possano essere provate.

**II Step.** Il vaglio di decisività rimane e, anzi, ne viene fatta una analitica apologia da parte della Corte, che analizza singolarmente tutte le singole critiche mosse sul punto dalle autorità inglesi sulla scia di quanto sostenuto dalla Supreme Court in *R. v. Horncastle* (§ 129-130). La giurisprudenza convenzionale ha costantemente vagliato l'incidenza della impossibilità di esaminare una fonte di prova sull'equità complessiva (*overall fairness*) e, a tal fine, è sempre parso necessario saggiare il peso specifico delle *untested evidence* per capire se i diritti dell'imputato fossero stati limitati in modo

incompatibile con le previsioni convenzionali (§ 143). Allo stesso tempo, tuttavia, la garanzia del diritto al confronto di cui al terzo paragrafo dell'art. 6 è sempre stata inquadrata nel contesto di un controllo complessivo (*overall examination*) dell'equità processuale. Ne deriva che, nel proprio esame, la Corte ha sempre fatto riferimento a fattori come il modo in cui le garanzie di legge vengono applicate, la misura in cui sono garantite alla difesa delle opportunità processuali per compensare gli *handicaps* subiti, oppure, ancora, la maniera in cui il giudice del dibattimento ha condotto il procedimento nel suo complesso (§ 144).

A questo punto della decisione sono richiamate, a titolo esemplificativo, delle problematiche legate alla *fairness* processuale che, tradizionalmente, sono state gestite in modo flessibile, preferendo un approccio non intransigente nell'interpretazione delle norme convenzionali<sup>180</sup>. Questi riferimenti servono alla Corte per suffragare la tesi secondo la quale non c'è motivo per applicare rigidamente la *sole/decisive rule*. Questa, al contrario, andrà interpretata nello stesso modo flessibile tradizionalmente utilizzato in materia di equità processuale. Nonostante in passato alcune sentenze possano aver suggerito soluzioni più rigorose<sup>181</sup>, secondo la Grande Camera un approccio inflessibile non sarebbe corretto. Seguire un approccio rigido, inoltre, trasformerebbe la regola in esame in uno strumento indiscriminato in contrasto con il tradizionale modo con cui la Corte gestisce il controllo della equità complessiva del procedimento, vale a dire mettendo in bilanciamento i diversi interessi in gioco nel processo (quelli della difesa, della vittima, dei testimoni e l'interesse pubblico ad un'efficiente amministrazione della giustizia) (§ 146). Da queste considerazioni deriva che l'eventuale impiego decisivo di dichiarazioni raccolte in violazione del diritto al confronto non può tradursi *automaticamente* in una violazione dell'art. 6.

In sintesi, quindi, il vaglio di decisività rimane, seppur perdendo di rigore, e va a collocarsi nel secondo dei passaggi valutativi del controllo di equità.

Volendo esemplificare, qualora gli elementi controversi non abbiano rappresentato la prova esclusiva o determinante su cui si è fondata la condanna, l'equità del processo

---

<sup>180</sup> Ad esempio, nei casi concernenti la tutela delle fonti della polizia la Corte ha preferito limitarsi a verificare se la procedura seguita aveva compensato le limitazioni dei diritti di difesa in modo adeguato (§ 145). Parimenti, il fatto che certe prove non siano messe a disposizione della difesa non è stato considerato come una circostanza che comporta l'automatica violazione dell'art. 6,1.

<sup>181</sup> Il riferimento corre, ad esempio, a Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 40.

rimarrebbe inscalfita. Laddove, invece, si registrasse l'utilizzo decisivo di questi elementi, il controllo comunque non si arresterebbe con il riconoscimento dell'iniquità e si aprirebbe la strada per il terzo e ultimo *step* del giudizio di equità

**III Step.** E' proprio con l'inserimento del terzo e ultimo passaggio valutativo riguardante le compensazioni che vengono introdotte le maggiori innovazioni. In poche righe, infatti, è condensato il passo logico-prescrittivo più importante dell'intera sentenza: viene concluso il discorso sulla *sole/decisive rule* e, al contempo, è introdotto un passaggio valutativo ulteriore nel controllo di equità. L'affermazione per cui l'utilizzo decisivo delle dichiarazioni pre-dibattimentali non viola *automaticamente* l'art. 6 Cedu esige, infatti, che si stabilisca il criterio in base al quale saggiare la legittimità convenzionale in questi casi. Ecco, dunque, lo spazio per il rifiorire delle compensazioni. La Grande Camera afferma che quando una condanna è fondata in maniera esclusiva o determinante su questo tipo di elementi probatori è compito della Corte sottoporre il procedimento alla più attenta revisione (*must subject the proceedings to the most searching scrutiny*), poiché i pericoli impliciti nell'assunzione di queste prove "spurie" sono tali da richiedere *adequati* fattori compensativi, come - ad esempio - l'esistenza di forti garanzie procedurali (§ 147). Il punto nevralgico della questione è, dunque, verificare se vi siano sufficienti fattori di contro-bilanciamento, inclusa l'esistenza di misure in grado di assicurare una adeguata e corretta valutazione dell'affidabilità delle prove suddette.

In questo passo sembra consumarsi la frattura con il precedente indirizzo. Mentre in precedenza le compensazioni potevano aiutare a ristorare il *vulnus* arrecato a determinati diritti difensivi, ma rimaneva comunque fermo, anche in caso di esito fausto della compensazione, il divieto di utilizzo determinante delle *untested evidence*, la sentenza in esame capovolge quasi simmetricamente il ragionamento. Si ammette *esplicitamente*, infatti, che un elemento di prova spurio possa rappresentare il fondamento decisivo di una condanna, a condizione che operino adeguate compensazioni.

La pronuncia poi continua con l'analisi teorico-generale delle misure processuali di carattere asseritamente compensativo vigenti nel diritto inglese (§ 148-150). Si fa riferimento, a tal proposito, alla tassatività delle eccezioni (i cd. *gateways*) che

permettono l'acquisizione delle *untested evidence*; al fatto che la loro ammissione deve soddisfare gli interessi della giustizia; al dovere del *trial judge*, in tali casi, di tenere conto delle difficoltà affrontate dalla difesa per contestare i *dicta* di un teste assente; alla possibilità di produrre prove contrarie riguardanti la credibilità o coerenza delle dichiarazioni accusatorie o del loro autore anche oltre i consueti canoni di ammissibilità; alla facoltà del giudice del dibattimento di arrestare il procedimento a carico dell'accusato quando l'impianto probatorio poggi in tutto o in parte su una prova "spuria" e consideri quest'ultima a tal punto non convincente da compromettere la fondatezza di una condanna.

Dopo questa ricostruzione teorico-generale del vaglio di equità in materia di diritto al confronto, la Corte torna ai casi concreti sottoposti al suo esame.

Con riguardo alla vicenda Al-Khawaja (§ 153-158), la Corte esclude la violazione della Convenzione ritenendo che l'impossibilità per la difesa di confrontarsi con la principale testimone d'accusa fosse non solo giustificata dal decesso di quest'ultima, ma anche sufficientemente compensata. Significativo, a tale proposito, che il paragrafo dedicato al vaglio dei *countbalancing factors* (§ 156) si apra con la menzione degli *interests of justice*, considerati senz'altro (*obviously*) a favore dell'ammissione tra le prove delle dichiarazioni controverse. Altri fattori di contro-bilanciamento, poi, sono stati individuati nei seguenti elementi: la precisa documentazione delle dichiarazioni rese alla polizia dalla vittima; la corroborazione delle stesse da parte delle testimonianze *de relato* dei due amici con i quali la vittima si era confidata; la forte similitudine con la descrizione dell'aggressione resa in nel contraddittorio dalla seconda vittima.

Nella vicenda Tahery (§ 159-165), invece, conclude per la violazione dell'art. 6, poiché l'uso delle dichiarazioni del teste assente, seppur giustificato dalle intimidazioni indirizzate a quest'ultimo, non era stato compensato da sufficienti fattori di contro-bilanciamento.

Riassumendo, nonostante il controllo sia suddiviso in 3 passaggi, questo *revirement* sposta tutto il peso del vaglio che la Corte è chiamata ad effettuare dalla nozione di 'decisività' a quella di 'compensazione', poiché ora è questa l'ultima linea a segnare il perimetro dell'equità. A prescindere dalle petizioni di principio, destinate a rimanere nel



testo della Convenzione o nei *refrain* introduttivi delle sentenze del giudice europeo, sarà proprio il riferimento a questo concetto a delineare l'area di ciò che è convenzionalmente consentito, *recte* tollerato ai sensi dell'art. 6 Cedu.

### ***2.3 Schatschaschwili c. Germania***

In questa pronuncia il giudice strasburghese, nella sua composizione allargata, prosegue nel ripensamento della regola sulla prova unica o determinante cominciato nel 2011, conferendo ancora maggior importanza alle compensazioni<sup>182</sup>. Il nuovo intervento della Grande Camera a distanza di così pochi anni dalla sentenza *Al-Khawaja* appare già significativo *ex se*, a prescindere dai suoi contenuti. Le esigenze di nomofilachia che hanno spinto il supremo consesso a pronunciarsi ancora, se da un lato confermano l'estrema complessità della materia trattata, dall'altro tradiscono l'incompletezza o, comunque, la scarsa chiarezza del 'nuovo corso' tratteggiato in *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.

Nel caso di specie, le considerazioni più interessanti riguardano proprio i tre *step* valutativi del c.d. *Al-Khawaja test*: «Chiamata all'ennesima applicazione dei predetti criteri, la Corte avverte l'esigenza di focalizzare l'attenzione sul grado di cogenza di ciascuno e sulla relazione tra gli stessi, finendo così per ridefinire, *ancora una volta*, i presupposti del suo agire»<sup>183</sup>. Dalla lettura della sentenza emerge chiaramente che il giudice europeo, pur non avendo intaccato la struttura tripartita del vaglio di equità, ne ha ridisegnato il funzionamento.

Gli interrogativi da cui parte la Corte riguardano *in primis* l'opportunità o meno di procedere oltre nel vaglio di equità qualora la prima valutazione relativa alla verifica delle buone ragioni a giustificazione della mancata applicazione di una garanzia abbia

---

<sup>182</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, alla quale si riferiscono i paragrafi di seguito indicati nel corpo del testo. Per una puntuale sintesi ragionata della pronuncia in esame, cfr. STELLIN, *Scenari - Corti Europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 2, 23 ss.; nonché SUTHERLAND, *Schatschaschwili v Germany (Report)*, in *Criminal Law Review*, 2017, 140 ss.

<sup>183</sup> STELLIN, *Scenari*, cit., 24. Per un commento della sentenza, invece, si rimanda a ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in GAITO, CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Giappichelli, 2016, 265 ss.; LAIRD, *Schatschaschwili v Germany. Commentary*, in *Criminal Law Review*, 2017, 142 ss.; HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 483 ss.

dato esito negativo. Nel prosieguo della decisione, poi, il giudice europeo si sofferma su ognuno dei tre passaggi valutativi, introducendo alcune interessanti puntualizzazioni.

Quanto alla prima questione, la Grande Camera precisa, in linea con la sua tendenziale contrarietà a risposte categoriche (§ 112), che dalla carenza di buone ragioni per l'assenza del teste dal giudizio non è possibile inferire *automaticamente* l'iniquità dell'intero procedimento (§ 113)<sup>184</sup>. Ancora una volta la Corte, come per il superamento dell'applicazione "stretta" della *sole or decisive rule* nel 2011, si scaglia contro l'automatismo tra una data circostanza limitativa all'equità e il prodursi della violazione convenzionale, infrapponendo tra questi due momenti valutativi il proprio *fuzzy reasoning*. In tal modo, non solo non viene affermata l'iniquità del procedimento quando una garanzia categoricamente prevista nella Convenzione viene *de facto* disapplicata, ma – ancora più gravemente – nemmeno l'assenza di buone ragioni per prescindere da quella tutela non è di per sé idonea a far riscontrare ai giudici una violazione dell'equità.

Sempre in merito al rapporto tra i diversi *step* della valutazione di equità, poi, la Corte afferma che l'esame degli elementi compensativi (il terzo degli *Al-Khawaja criteria*) debba essere effettuato non solo nei casi in cui la decisività della prova incriminata sia comprovata ed evidente, ma anche quando l'effettiva incidenza di questa sul convincimento del giudice sia incerta (§ 114-116). Non si può negare che questa circostanza aumenti, *nel nuovo sistema*, il livello di tutela, poiché si esige che la limitazione delle prerogative della difesa venga compensata anche quando non è sicuro che la prova sia stata effettivamente 'decisiva', evitando il rischio che i casi dubbi superino il controllo di equità solo per via della difficile calibrazione della nozione di decisività. L'applicazione estensiva del *counterbalancing test* ai casi dubbi, poi, sembra rappresentare una implicita ammissione dell'impossibilità di costruire un solido e soddisfacente controllo di equità sul concetto *flou* di 'prova determinante'.

Dopo aver approfondito – e in buona parte ridefinito – i rapporti che sussistono tra i tre diversi momenti valutativi del nuovo vaglio di equità la Corte passa a esaminarli singolarmente, uno ad uno (§ 119 ss.).

---

<sup>184</sup> CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, 1366.

Per quanto di specifico interesse in questa sede, in materia di *counterbalances* la Corte ribadisce che le compensazioni devono permettere un equo e opportuno apprezzamento della affidabilità della prova *untested* (§ 125). Il giudice convenzionale, però, pare essersi reso conto delle incertezze insite nella valutazione delle misure compensative e, di conseguenza, pur evitando un'elencazione tassativa, illustra alcuni dei principali elementi compensativi (§ 125-131), chiarendo successivamente che questi si suddividono in tre "macrocategorie" (§ 145-160)<sup>185</sup>. Esse si riferiscono, rispettivamente, 1) alla cautela dei tribunali nazionali nel maneggiare le dichiarazioni dei testi assenti; 2) all'esistenza di elementi probatori in grado di corroborare (*corroborative evidence*) le dichiarazioni unilateralmente raccolti dall'accusa; 3) a quelle misure procedurali che sono in grado di bilanciare i *deficit* difensivi cagionati dall'utilizzo di prove formate al di fuori del circuito contraddittoriale (§ 129). Sotto quest'ultimo profilo rileva la possibilità di porre domande al teste, se non nel corso del processo – ove i quesiti possono essere formulati anche indirettamente (ad esempio per iscritto § 129) –, quantomeno nella fase investigativa, soprattutto laddove si configuri il rischio d'un'irripetibilità futura (§ 130). Deve, inoltre, aversi riguardo all'opportunità dell'imputato di fornire la propria versione dell'accaduto e di contestare la credibilità delle prove a carico (§ 129).

In questo quadro, assume rilevanza, *in primis*, la collocazione tra le misure compensative della possibilità di porre domande al dichiarante durante le indagini. Secondo la vecchia impostazione, infatti, queste occasioni di confronto erano ritenute «*ex se* suscettibili di fare venire meno il carattere *untested* della dichiarazione acquisita»<sup>186</sup>. Viene escluso il vecchio automatismo per cui l'equità del procedimento sarebbe comunque salva laddove nel corso delle indagini fosse garantita un'opportunità di confronto. Il superamento di questa consequenzialità e, quindi, della *sostanziale* parificazione del confronto dibattimentale con quello eventualmente verificatosi nella

---

<sup>185</sup> In dottrina, STELLIN, *Scenari - Corti Europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 2, 25, ritiene che anche tale momento abbia una *struttura* tripartita. Sebbene sia auspicabile che il *counterbalancing test* si sostanzi nella valutazione di ognuno di queste tre componenti, allo stato non ci sono indicazioni dalle quali si possa dedurre questa tripartizione. Nel paragrafo citato a sostegno di questa ricostruzione (§ 145), infatti, la Corte pare semplicemente arricchire l'elaborazione teorica relativa ai *counterbalances*, indicando tre macrocategorie a cui ognuno di questi può singolarmente essere ricondotto.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

fase preliminare permette un controllo più rigoroso, giacché l'eventuale contraddittorio instauratosi nel corso delle indagini non è di per se stesso sufficiente ad escludere la violazione dell'articolo 6.

Accanto a questa novità continuano, tuttavia, a sussistere delle forti criticità riguardo al riconoscimento dell'efficacia compensativa di alcuni altri elementi. Ci si riferisce, ad esempio, alla *attenta* valutazione delle risultanze spurie, definita come un'importante garanzia compensativa (§126). Non pare, infatti, ci siano altri modi, diversi da una scrupolosa valutazione degli elementi probatori a disposizione, per valutare la responsabilità penale di un individuo, sicché non si intuisce dove risieda la portata compensativa in questo caso. Medesime considerazioni sembrano valere riguardo all'opportunità per l'accusato di fornire la propria versione dei fatti e di avanzare dubbi sulla credibilità di quella del teste-chiave mai esaminato: anch'esso è nuovamente annoverato tra i fattori compensativi, ma non si spiega in che modo una garanzia-base, che è tutelata in partenza e indipendentemente da qualsivoglia altra considerazione, possa entrare nell'operazione di compensazione. Ancora, desta numerosi e rilevanti perplessità il fatto che la Corte individui come compensativo il fatto che la difesa sia a conoscenza dell'identità del dichiarante e quindi sia asseritamente messa in condizione di contestare *efficacemente* la credibilità delle sue dichiarazioni anche in assenza di un confronto diretto (§ 131). Quest'ultima precisazione della Corte sembra aggravare un quadro giù denso di criticità<sup>187</sup>.

Ad ogni modo, anche a prescindere da tale preoccupante individuazione dei fattori ritenuti compensativi, la sentenza in esame, se da una parte allarga il ricorso alle compensazioni, ritenendolo opportuno anche qualora non vi siano buone ragioni per non garantire il diritto al confronto, dall'altra continua a non chiarire come debba effettuarsi tale vaglio. La Corte, infatti, si limita solamente a esemplificare questi elementi riequilibratori, ma non spiega, ad esempio, né quale sia il livello di compensazione necessario e sufficiente per preservare l'equità, né il modo per accertarlo. Inoltre, anche in questa sentenza i giudici europei sembrano perseverare nell'orientare buona parte delle compensazioni non tanto a ristorare il *vulnus* arrecato ai

---

<sup>187</sup> CASIRAGHI, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti assenti*, in *Cass. pen.*, 2016, 2630.

diritti difensivi, bensì a garantire l'affidabilità della prova *untested*. Solo una delle tre macro-categorie sopra ricordate (§ 152-160), infatti, è esplicitamente finalizzata a ristorare autenticamente la difesa per la perdita dell'opportunità di esaminare in contraddittorio la fonte d'accusa.

### **3. Giurisprudenza convenzionale sul diritto all'assistenza di un difensore fin dalle prime fasi del procedimento: da *Salduz c. Turchia* a *Ibrahim c. Regno Unito***

Un ulteriore filone giurisprudenziale nel quale il Collegio europeo, a dispetto della sua tradizionale impostazione che sembrava escluderle, ha fatto ricorso a delle considerazioni di carattere compensativo è quello concernente il diritto all'assistenza di un difensore tutelato dall'art. 6, par. 3, lett. c) della Convenzione<sup>188</sup>.

Assumendo un ruolo fondamentale negli assetti regolativi del processo criminale, anche tale garanzia, come il diritto al confronto, ha da sempre rappresentato un terreno fecondo per lo sviluppo dei ragionamenti del giudice europeo in materia di equità processuale<sup>189</sup>. La possibilità di accedere alla tutela legale fin dalle prime fasi del procedimento penale, in modo particolare in occasione degli interrogatori investigativi, è strumentale al rispetto di altre fondamentali garanzie come il diritto contro l'autoincriminazione<sup>190</sup>. Inoltre, la presenza di un difensore non è solamente strumentale ad una efficace assistenza all'accusato, ma è determinante anche ai fini del controllo

---

<sup>188</sup> A mente del quale, ad ogni accusato è riconosciuto il seguente diritto minimo: «*to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require*». Sul tradizionale inquadramento di questa tutela nel sistema della Convenzione, cfr. CHIAVARIO, *Art. 6*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 227 ss. CHENAL, GAMBINI, TAMIETTI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit., 234 ss.; e, più di recente, HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 476 s. Concorde nel ritenere che anche in questo filone giurisprudenziale la Corte europea abbia di recente introdotto un approccio compensativo, CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 283 ss.

<sup>189</sup> In tal senso cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 91; Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 1993, *Poitrimol v. France*, § 34; Corte eur. dir. uomo, 28 February 2008, *Dembukov v. Bulgaria* § 50, nelle quali si sottolinea come questa garanzia rappresenti «*one of the fundamental features of a fair trial*».

<sup>190</sup> CHENAL, GAMBINI, TAMIETTI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit., 234.

sulla correttezza e il rispetto della procedura e, quindi, tutela, seppur indirettamente, anche un interesse pubblico<sup>191</sup>.

Fino ad un recente passato la Corte si era profusa in un intenso sforzo finalizzato ad estendere la fruibilità di questo diritto fin dalle battute iniziali delle attività procedurali<sup>192</sup>. Punto più alto dell'evoluzione interpretativa di tale garanzia è senz'altro rappresentato dalla sentenza *Salduz c. Turchia*<sup>193</sup>, in cui questa tendenza espansiva della tutela in esame viene argomentata sulla base dell'incidenza della fase procedimentale su quella processuale, statuendo che «*Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (see Imbrioscia, cited above, § 36)*»<sup>194</sup>, e che «*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 defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 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*»<sup>195</sup>.

Dopo aver stabilito che il pronto accesso alla assistenza difensiva fin dalle prime battute del procedimento penale è altresì funzionale a proteggere il diritto contro l'autoincriminazione, la Corte precisa che ogni limitazione all'assistenza difensiva nelle prime fasi preliminari del procedimento penale deve essere opportunamente circoscritta e la sua applicazione strettamente limitata nel tempo<sup>196</sup>. Conseguentemente, tirando le

---

<sup>191</sup> Così, HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 473, in cui si afferma che il difensore rappresenta il «*watchdog for the procedural regularity, both in the public interest and for his client*».

<sup>192</sup> UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2009, 66 ss.

<sup>193</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*. In merito a tale pronuncia, v. GIANNOULOPOULOS, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, Hart Publishing, 2019, 167 ss.; JACKSON, SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, 280 ss.

<sup>194</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 50, nella quale cita la più risalente sentenza Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, § 36.

<sup>195</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 52.

<sup>196</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 54.

fila della propria riflessione, il giudice europeo predispone una sorta di *vademecum*<sup>197</sup> atto a garantire l'essenza del diritto in esame e a modellare il controllo sul rispetto di quest'ultima attraverso una valutazione bifasica, affermando che:

- 1) affinché il diritto a un equo processo rimanga sufficientemente "pratico ed effettivo", l'articolo 6 richiede che, di regola, l'accesso a un avvocato debba essere fornito sin dal primo interrogatorio di un sospettato, a meno che non sia dimostrata, alla luce delle circostanze particolari di ciascun caso, la sussistenza di motivi impellenti («*compelling reasons*») per limitare questo diritto;
- 2) in ogni caso, anche laddove tali giustificati e stringenti motivi per il diniego di accesso a un avvocato sussistano, la restrizione del diritto in esame non deve comunque pregiudicare indebitamente i diritti difensivi di cui all'articolo 6, precisando che i diritti della difesa saranno in linea di principio («*in principle*») irrimediabilmente violati quando, a fronte del mancato riconoscimento dell'assistenza difensiva durante l'interrogatorio investigativo, le dichiarazioni rese dal sospettato in quella sede saranno utilizzate per la sua condanna all'esito del giudizio.

Così statuendo, il giudice della Convenzione, da un lato, riconosce che il diritto in esame non è assoluto nella fase procedimentale e che è possibile comprimerlo a fronte di giustificati motivi, dall'altro, però, introduce un chiaro limite probatorio al materiale dichiarativo raccolto in assenza della tutela difensiva, limite finalizzato a garantire l'essenza della tutela difensiva e le sue interconnessioni con il diritto contro l'autoincriminazione. In sintesi, l'equità complessiva «non risulta violata già nel momento in cui l'indagato viene privato del difensore, ma solo se quanto ha detto in

---

<sup>197</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 55, secondo la quale “*the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently “practical and effective” (see paragraph 51 above), 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. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, mutatis mutandis, Magee, cited above, § 44). 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*”.

quel contesto diviene prova contro di lui»<sup>198</sup>. Il limite probatorio a chiusura del sistema mira a salvaguardare l'essenza del diritto alla tutela legale. Nella fase procedimentale, infatti, una vera e propria accusa deve perlopiù essere ancora formulata e vi possono essere ragioni convincenti per ritardare il contatto tra difensore e il sospettato. Anche in questi casi, tuttavia, la *ratio* alla base del diritto al difensore è garantita nel suo nucleo duro dal 'divieto', chiaro, preciso e automatico<sup>199</sup>, per cui qualsiasi indicazione raccolta in assenza del difensore non può trasformarsi in prova a carico<sup>200</sup>. L'uso probatorio *contra reum* di questo materiale comporta indefettibilmente l'iniquità del procedimento, senza che sia necessario vagliarne l'impatto sull'intero procedimento e, quindi, senza che si crei lo spazio per l'emersione dell'approccio compensativo di questa garanzia. Nonostante, infatti, il vaglio sulle c.d. *compelling reasons* coincida con il primo passaggio dell'*Al-Khawaja test*' sulle buone ragioni alla base del diniego del diritto al confronto, in questa sentenza la Corte non valuta l'impatto della *defaillance* sulla *overall fairness* attraverso il riferimento alle compensazioni<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., 93.

<sup>199</sup> Cfr. SOO, *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK (13th of September 2016)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 335, il quale sottolinea il carattere automatico di questo meccanismo.

<sup>200</sup> Un'analisi approfondita sulla natura della 'regola Salduz' è contenuta in CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., 96-98, nel quale l'Autore propende per l'inquadramento di questa in una regola di valutazione, ma dà comunque conto di alcune sentenze in cui la Corte, parlando di 'ammissibilità', sembra inquadrare il limite probatorio come vera e propria regola di esclusione. Per la natura di regola di esclusione optano anche PINAR OLCER, *The European Court of Human rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, in THAMAN (a cura di), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013, 390; SOO, *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK (13th of September 2016)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 335.

<sup>201</sup> Occorre segnalare, tuttavia, che in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 145, la Corte, parlando in modo a ben vedere un po' rapsodico e disarmonico di compensazioni, cita proprio la sentenza *Salduz c. Turchia*: «Also, in cases concerning the withholding of evidence from the defence in order to protect police sources, the Court has left it to the domestic courts to decide whether the rights of the defence should cede to the public interest and has confined itself to verifying whether the procedures followed by the judicial authorities sufficiently counterbalance the limitations on the defence with appropriate safeguards. The fact that certain evidence was not made available to the defence was not considered automatically to lead to a violation of Article 6 § 1 (see, for example, *Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC]*, no. 28901/95, ECHR 2000-II). Similarly, in *Salduz* (cited above, § 50), the Court reiterated that the right to legal assistance, set out in Article 6 § 3 (c) was one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1». Già a una prima lettura, tuttavia, si comprende come le comunanze riguardino solamente l'utilizzo dell'approccio sincretico e non riguardino, invece, l'attitudine al ragionamento compensativo.



È possibile sostenere, dunque, che nella prima parte dell'evoluzione del *case-law* convenzionale sull'art. 6, par. 3 lett c) le pronunce della Corte fossero immuni dal sopraricordato approccio compensativo. Tuttavia, nonostante il significativo consolidamento della 'regola *Salduz*' nella giurisprudenza immediatamente successiva<sup>202</sup> e gli importanti effetti che tale sentenza aveva sortito sugli ordinamenti nazionali<sup>203</sup> e, in una qualche misura, anche sulla direttiva europea 2013/48/UE<sup>204</sup>, dopo alcuni anni la Grande Camera torna a occuparsi della questione pronunciando una sentenza che stravolge le precedenti coordinate, introducendo chiari e precisi riferimenti alle compensazioni<sup>205</sup>. La vicenda sullo sfondo del caso *Ibrahim c. Regno Unito* riguarda gli attentati terroristici avvenuti a Londra nel luglio del 2005. I ricorrenti, condannati per esser stati coinvolti a vario titolo nella preparazione degli attacchi terroristici, si dolevano innanzi al giudice europeo di esser stati interrogati senza l'assistenza di un difensore e di esser stati condannati sulla base delle dichiarazioni rilasciate durante quegli interrogatori.

Già la IV Sezione della Corte edu, nella prima pronuncia emessa sul caso, escludeva la violazione dell'art. 6 Cedu sia perché vi erano delle buone ragioni per aver compresso il diritto al difensore, sia perché «*no undue prejudice had been caused by the admission of the statements at trial having regard in particular to the counterbalancing safeguards contained in the legislative framework, to the trial judge's rulings and directions to the*

---

<sup>202</sup> Per una approfondita citazione giurisprudenziale sul punto, si rimanda a CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., 93 s. Nello specifico, tra le numerose, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 13 ottobre 2009, *Dayanan c. Turchia*, che rappresenta uno sviluppo ulteriore di *Salduz*, poiché si riscontra una violazione dell'art. 6 nonostante il sospettato si fosse avvalso del diritto al silenzio durante l'interrogatorio. Occorre precisare, tuttavia, che già in alcune sentenze successive a *Salduz c. Turchia*, la Corte fa riferimento alla necessità di valutare l'impatto della violazione sulla equità complessiva del procedimento (cfr., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*, § 73 e 81).

<sup>203</sup> Cfr. la riforma del legislatore francese sulla *garde à vue*, per la quale cfr. CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., 98.

<sup>204</sup> Cfr. SOO, *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK (13th of September 2016)*, cit., 328, a mente del quale «*The Salduz-standard had been previously used to draft Article 12 of Directive 2013/48/EU*». Citando quasi pedissequamente uno dei passaggi chiave di *Salduz c. Turchia*, infatti, l'art. 12 della direttiva statuisce che le restrizioni alla assistenza di un difensore non devono in ogni caso indebitamente pregiudicare i diritti della difesa (e l'equità del procedimento).

<sup>205</sup> Il riferimento è a Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*. Per alcune note di commento alla sentenza, si rimanda a CELIKSOY, *Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, 244 ss.; CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1211 ss.

*jury and to the strength of the other evidence in the cases»*<sup>206</sup>. Un primo riferimento alle compensazioni, dunque, compare già nella prima sentenza della Corte, che individua nella legislazione processuale interna, asseritamente costellata di vagli e presupposti molto stringenti per legittimare la compressione il diritto al difensore, dei fattori di contro-bilanciamento in grado di tutelare la l'equità del procedimento.

Rimessa la questione innanzi alla Corte in composizione allargata, la Grande Camera conferma la decisione della sezione semplice, tuttavia procedendo a una ricombinazione dei principi contenuti in *Salduz*. Attraverso una pretesa interpretazione autentica di quella pronuncia, infatti, viene forzato il significato della 'regola Salduz', affermando che essa consisterebbe di duplice *step*<sup>207</sup>:

- 1) in primo luogo è necessario vagliare la sussistenza di *compelling reasons* in grado di giustificare il diniego dell'assistenza difensiva nelle prime fasi del procedimento;
- 2) in secondo luogo, occorre verificare l'impatto delle dichiarazioni rese in assenza del difensore sull'equità complessiva dell'intero procedimento.

Quanto al rapporto tra questi due passaggi valutativi, poi, si afferma che l'assenza di *compelling reasons* non determina automaticamente la violazione dell'art. 6. Anche in tali casi bisognerà valutare il procedimento nel suo complesso (c.d. *as a whole test*), giacché i diritti specifici previsti dal III paragrafo dell'art. 6 non rappresentano, secondo la ricostruzione della Grande Camera, dei fini in se stessi, ma sono solamente alcuni aspetti del più complessivo diritto all'equità processuale<sup>208</sup>.

È agevole constatare come sotto l'asserita chiarificazione dei principi contenuti in *Salduz*, si celi in realtà un marcato *revirement* rispetto alla precedente impostazione, poiché viene cancellato il passaggio che in *Salduz c. Turchia* univa consequenzialmente

---

<sup>206</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 235.

<sup>207</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 257.

<sup>208</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 262, «*The Court accordingly reiterates that in assessing whether there has been a breach of the right to a fair trial it is necessary to view the proceedings as a whole, and the Article 6 § 3 rights as specific aspects of the overall right to a fair trial rather than ends in themselves (see paragraphs 250-251 above). The absence of compelling reasons does not, therefore, lead in itself to a finding of a violation of Article 6 of the Convention*». L'assenza di buone ragioni per la compressione del diritto ha come unico effetto quello porre a carico delle autorità governative convenute innanzi alla Corte l'onere di dimostrare che l'equità complessiva non è stata scalfita nonostante la compressione del diritto all'assistenza difensiva (cfr. § 265).

l'utilizzo di tali dichiarazioni alla proclamazione della violazione dell'equità processuale<sup>209</sup>.

Come in *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, anche in questo caso la Corte recide qualsivoglia automatismo e inserisce al suo posto la evanescente valutazione circa l'impatto della compressione sull'equità complessiva del procedimento (c.d. *as a whole test*); come in *Schatschaschwili, c. Germania*, invece, si tollera che le garanzie minime, già svalutate a mere esemplificazioni dell'equità scarsamente cogenti, vengano violate anche in assenza di buone ragioni. Da questi passaggi emerge con evidenza la similitudine e l'influenza dei ricordati *leading cases* in materia di confronto sulla gestione del caso *Ibrahim*<sup>210</sup>.

Per quanto di specifico interesse, tale influenza rileva soprattutto in merito al secondo passaggio del test, nel quale si valuta l'impatto dell'assenza del difensore sull'equità complessiva del procedimento. Com'era già avvenuto in materia di diritto al confronto, tale operazione propizia l'introduzione di un approccio compensativo<sup>211</sup>. Pur non facendo esplicito riferimento al *counterbalancing test*, la Corte europea afferma che per valutare l'impatto della *defaillance* sull'intero procedimento è necessario fare riferimento a una serie di elementi; in tale elencazione, esplicitamente definita come *non tassativa*, si fa riferimento ai seguenti fattori:

---

<sup>209</sup> Sottolineano la rottura con il precedente consolidato orientamento, tra i numerosi, SOO, *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK (13th of September 2016)*, cit., 328; CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, cit., 1211.

<sup>210</sup> La stretta connessione tra le pronunce *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, *Schatschaschwili c. Germania* e *Ibrahim c. Regno Unito* è evidenziata, in dottrina, da CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 287, che sottolinea come in *Ibrahim* «the Court applied the method of *Al-Khawaja and Schatschaschwili* to the right to remain silent and the right of access to counsel. The Court affirmed that In the first stage the Court must assess whether there were compelling reasons for the restriction [the denial of access to the counsel]. In the second stage, it must evaluate the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court must examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair». Tale rilievo è altresì confermato dalla stessa Corte, che in *Ibrahim* richiama in numerose occasioni sia la sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, *Schatschaschwili c. Germania*, di fatto riproponendone le principali argomentazioni. A ulteriore conferma di questa lettura, cfr. la acuta *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*.

<sup>211</sup> Concordemente, cfr. COVOLO, *Guarantees of Judicial Protection under the ECHR: What Interactions with EU Law?*, in ALLEGREZZA, COVOLO (a cura di), *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings*, Cedam, 2018, 133 ss.; CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 287.

«(a) *Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity.*

(b) *The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair.*

(c) *Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use.*

(d) *The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion.*

(e) *Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found.*

(f) *In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified.*

(g) *The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, and the strength of the other evidence in the case.*

(h) *Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions.*

(i) *The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.*

(j) *Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice»<sup>212</sup>.*

Indiscutibile valenza compensativa pare avere il riferimento alle garanzie riconosciute dal diritto interno contenuto all'ultimo punto del catalogo (punto j). A ben vedere, tuttavia, anche buona parte degli altri elementi annoverati in questa lista assume in concreto una funzione compensativa o para-compensativa, andando di fatto a controbilanciare o comunque giustificare la lesione di una garanzia difensiva. A conferma della natura essenzialmente compensativa dei diversi elementi menzionati deve evidenziarsi una certa qual somiglianza – e talvolta l'identità – tra tali emergenze e i *counterbalancing factors* esplicitamente individuati nelle sentenze *Al-Khawaja* e

---

<sup>212</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 274.

*Schatschaschwili*. Così, ad esempio, il riferimento alle indicazioni date dal giudice alla giuria (punto *h*)<sup>213</sup>, il riferimento alla possibilità di saggiare comunque l'affidabilità della prova raccolta in assenza del difensore (punto *d*)<sup>214</sup>, nonché il richiamo alle possibilità garantite alla difesa per contestare le dichiarazioni formatesi in violazione della garanzia convenzionale (punto *c*)<sup>215</sup>. Lo stesso riferimento agli interessi di natura statale ad una efficiente attività repressiva dei fenomeni criminosi (punto *i*) pare accomunare le pronunce in discorso<sup>216</sup>.

Anche in questo filone giurisprudenziale, dunque, a partire dalla sentenza *Ibrahim c. Regno Unito* il giudice europeo sembra ricorrere all'approccio compensativo nel quadro della valutazione olistica del caso concreto che caratterizza il giudizio di equità processuale. Così come per il diritto al confronto, tuttavia, pure con riguardo all'art. 6, 3 lett. *c*) non sembra che il ricorso alla gestione compensativa venga razionalizzato o spiegato nel suo concreto operare. Al contrario, in questa sentenza il ricorso a ragionamenti compensativi è parzialmente dissimulato attraverso un indistinto riferimento a una serie eterogenea e non esaustiva di fattori da tenere in considerazione nel vaglio di equità complessiva. Così facendo, se possibile, il giudice convenzionale rende ancora più oscuro e incerto il controllo di equità.

Da ultimo, occorre evidenziare che l'evoluzione di questo filone giurisprudenziale ha consolidato l'orientamento inaugurato in *Ibrahim*<sup>217</sup>. Accanto alla riproposizione dei suoi *refrain*, tuttavia, pare che la Corte abbia annacquato ancora di più, se possibile, la

---

<sup>213</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 150 e 157; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 126.

<sup>214</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 147 e 156; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 125.

<sup>215</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 148; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 131.

<sup>216</sup> Valorizzazioni del tutto simili, infatti, si scorgono anche in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118 e 156; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 101.

<sup>217</sup> Occorre precisare che il *revirement* contenuto in *Ibrahim* pare consolidarsi nella giurisprudenza successiva: a tal proposito, *ex plurimis*, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 27 aprile 2017, *Zherdev c. Ucraina*; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 4 giugno 2019, *Farrugia c. Malta*.

cogenza delle specifiche garanzie di cui all'art. 6, par. 3 alla luce della soverchiante nozione di equità complessiva. Nella sentenza *Beuze c. Belgio*, infatti, la Grande Camera, che torna a occuparsi di diritto al difensore, afferma con preoccupante disinvoltura che nel controllo di equità si terrà conto dei diritti minimi ex 6,3 solo se opportuno («*if appropriate*»)<sup>218</sup>, curandosi poi di ribadire quanto già affermato in *Ibrahim* e cioè che tali diritti specifici non rappresentano un fine in se stessi, ma la loro funzione è comunque quella di garantire la complessiva equità del procedimento<sup>219</sup>.

#### **4. Giurisprudenza convenzionale sul principio di immediatezza: la (im)mutabilità del giudice dibattimentale**

Implicite evocazioni dell'approccio compensativo nella gestione delle garanzie processuali sembrano solcare anche alcuni sviluppi della giurisprudenza europea riguardante il principio di immediatezza, sia con riguardo alla (im)mutabilità del giudice, sia, come si vedrà nel paragrafo successivo, per quanto attiene alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello.

Nell'ordinamento convenzionale, fino ad un non lontano passato, l'immediatezza rappresentava un aspetto, se non ignorato, sicuramente non centrale nel contesto dell'equità processuale. Non tutelato espressamente nel testo della Convenzione, infatti, questo veniva ricavato dai giudici in modo implicito dalla nozione di equo processo<sup>220</sup>. La prima esplicitazione del principio nel *case-law* europeo risale al caso *P.K. c. Finlandia* in cui la Corte afferma che «*an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations*

---

<sup>218</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, § 121, «*In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases*», successivamente aggiungendo quanto già ripetuto.

<sup>219</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, § 122, «*Those minimum rights guaranteed by Article 6 § 3 are, nevertheless, not ends in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole (see Ibrahim and Others, cited above, §§ 251 and 262, and Correia de Matos, cited above, § 120)*».

<sup>220</sup> Cfr. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3963 ss. 3965 e la giurisprudenza convenzionale ivi citata.

*made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused*»<sup>221</sup>. Originariamente, quindi, l'esigenza di garantire la contiguità tra genesi formativa della prova e giudice viene apprezzata «soprattutto come luogo privilegiato della difesa, non tanto come condizione imprescindibile di un accurato accertamento da parte del giudice»<sup>222</sup>. Da tale ricostruzione deriva che, nei casi di mutamento del giudice o del collegio giudicante, la regola generale imporrebbe il ricorso alla rinnovazione dell'istruttoria<sup>223</sup>. Spesse volte, tuttavia, tale rinnovazione manca, producendosi così una compressione del canone dell'immediatezza che genera buona parte del contenzioso innanzi al giudice convenzionale *in subiecta materia*. Pur declamando in astratto l'importanza del principio di immediatezza, in concreto la Corte europea ha da sempre manifestato una certa ritrosia nel ravvisare una violazione dell'art. 6 in caso di mutamento tra giudice che istruisce e giudice che decide la causa<sup>224</sup>. Nei recenti sviluppi del *case-law* europeo, tale ritrosia pare tradursi in un ragionamento spiccatamente compensativo: qualora a fronte di un mutamento del giudice non sia disposta la rinnovazione dell'istruttoria, «*Measures can be taken to ensure that the judges who continue hearing the case have the appropriate understanding of the evidence and arguments, for example, by making transcripts available, where the credibility of the witness concerned is not in issue, or by arranging for a rehearing of the relevant arguments or of important witnesses before the newly composed court*»<sup>225</sup>. Nonostante non vi sia un esplicito riferimento in tal senso, emerge

---

<sup>221</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*. In realtà, la Corte aveva sostanzialmente definito il postulato dell'immediatezza già in Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 43, «*each of the trial courts was precluded by the absence of the said anonymous persons from observing their demeanour under questioning and thus forming its own impression of their reliability. The courts admittedly heard evidence on the latter point (see paragraphs 17 and 19 above) and no doubt - as is required by Netherlands law (see paragraph 32 above) - they observed caution in evaluating the statements in question, but this can scarcely be regarded as a proper substitute for direct observation*». Il rigore che traspare dalle parole di quest'ultimo arresto, tuttavia, si è andato via via diluendo nell'evoluzione successiva della materia, come testimonia anche lo stesso caso *Al-khawaja*.

<sup>222</sup> AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, cit., 3965.

<sup>223</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*, «*normally a change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should lead to the rehearing of that witness*».

<sup>224</sup> AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3747.

<sup>225</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*, § 61; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 6 dicembre 2016, *Skaro c. Croazia*, § 24, per un sintetico commento della quale si rinvia a

con evidenza che tali 'misure' non possono che essere sostanzialmente compensative rispetto alla compressione dell'immediatezza<sup>226</sup>.

Così concepito, in questi casi il ricorso alla compensazione pare essere più finalizzato ad assicurare la corretta comprensione delle prove da parte del giudice che a ristorare la difesa per il mancato riconoscimento della possibilità esaminare i testi innanzi al giudice chiamato a decidere sul merito della regiudicanda. Anche a prescindere dalla caratterizzazione in chiave oggettiva o soggettiva dell'immediatezza, comunque, è difficile comprendere come la mera lettura cartolare di un esame testimoniale possa compensare, dal punto di vista epistemologico, la mancata riassunzione del mezzo di prova; e ciò anche laddove tale misura sia limitata ai casi in cui la credibilità non sia contestata.

Accanto alle citate sentenze, in questo filone giurisprudenziale si rinvencono altre pronunce che suscitano notevole interesse. Il riferimento corre a *Famulayak c. Ucraina*<sup>227</sup> e a *Chernika c. Ucraina*<sup>228</sup>, in cui la Corte affronta la questione dell'immediatezza nel caso di nuovo giudizio a seguito di annullamento con rinvio di una precedente sentenza. Anche in tali situazioni, infatti, si genera un problema di 'immediatezza' poiché il nuovo giudice, in assenza di rinnovazione istruttoria, giudicherà l'imputato sulla base di una mera valutazione cartolare delle fonti di prova già acquisite ne giudizio che ha portato all'annullamento.

Chiamata a interrogarsi sul punto, la Corte europea fornisce una risposta assai originale, affermando che, nonostante la questione sollevata coinvolga principalmente il canone dell'immediatezza, anche la tutela del diritto al confronto è in una certa misura implicata. Ne deriva, quindi, che è necessario fare riferimento anche alla giurisprudenza in materia di *right to confrontation*<sup>229</sup>. Così argomentando, il giudice europeo interseca i *refrain* dei due filoni giurisprudenziali, ovviamente ad appannaggio dei ben più

---

PRESSACO, *Equo processo ed immutabilità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 356 ss.

<sup>226</sup> Autorevole conferma della ricostruzione in chiave compensativa di questo approccio interpretativo dell'immediatezza proviene dalla Corte costituzionale italiana (sent. n. 132/2019), che, riferendosi proprio le sentenze *Cutean e Skaro*, parla esplicitamente di "misure compensative".

<sup>227</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 23 marzo 2019, *Famulayak c. Ucraina*.

<sup>228</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina*.

<sup>229</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni critiche di AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, cit., *passim*.



sofisticati approdi in materia di confronto, e spiana la strada all'esplicito impiego del *counterbalancing test* proprio citando i *leading cases Al-Khawaja e Schatschaschwili*. Nel caso *Famulayak*, infatti, la Corte statuisce che la compressione dell'immediatezza causata dall'impossibilità di assumere le prove innanzi al giudice di rinvio è stata compensata dalla possibilità per l'accusato di esaminare i testi nel giudizio precedente e, quindi, non ha minato l'equità complessiva del procedimento<sup>230</sup>.

Quanto alla sentenza *Chernika c. Ucraina*, invece, la Corte sembra ribadire in modo più marcato le statuizioni contenute in *Famulayak*, fra l'altro affermando che l'enfasi sulla nozione di *overall fairness* si pone in linea con il ruolo della Corte, che non è quello di formulare giudizi astratti o armonizzare i vari ordinamenti giuridici degli Stati membri<sup>231</sup>. Riguardo alle compensazioni, invece, si annoverano tra i potenziali fattori contro-bilanciamento: a) la possibilità per l'accusato di fornire la propria versione dei fatti; b) la presenza di altre prove in grado di corroborare quelle non assunte alla presenza del giudice chiamato a decidere; c) il fatto che l'accusato avesse comunque goduto di un'occasione di confronto con i testimoni durante le indagini o nel precedente giudizio<sup>232</sup>.

Anche in questo filone, dunque, pare potersi scorgere un impiego tutt'altro che sporadico o inconsapevole delle logiche compensative. Rimane da verificare, alla luce della prossima evoluzione della giurisprudenza convenzionale in materia, se l'intreccio tra diritto al confronto e immediatezza si consolidi o se, al contrario, le esaminate pronunce siano destinate a rappresentare un *unicum* nel loro genere<sup>233</sup>.

##### **5. (Segue): La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: *Khaslev c. Estonia e Dan c. Repubblica di Moldova n. 2***

In concomitanza con la pronuncia *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, la Corte inaugura un filone giurisprudenziale di segno parzialmente opposto, in cui rivaluta

---

<sup>230</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 23 marzo 2019, *Famulayak c. Ucraina*, 43-44.

<sup>231</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina*, § 56.

<sup>232</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina*, § 67.

<sup>233</sup> La recentissima sentenza Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 novembre 2020, *Dan c. Repubblica di Moldova n. 2*, sembra confermare, nonostante riguardi il diverso problema della rinnovazione istruttoria in appello, il consolidamento dell'applicazione dell'*Al-Khawaja tet* anche in materia di immediatezza.

l'incidenza dell'immediatezza nell'assetto convenzionale<sup>234</sup>. Il *novum* riguarda la struttura del giudizio di appello che, attraverso queste pronunce, vede messa in crisi la sua natura di giudizio meramente *cartolare*, quantomeno nei casi di rivalutazione *in pejus* del compendio probatorio acquisito in fase di prime cure. «In tale ambito è invalso il principio generale secondo cui una giurisdizione di seconda istanza cui sia devoluta una questione non meramente *in iure*, ma che attenga al vaglio della colpevolezza di un imputato non può decidere senza un diretto apprezzamento delle prove» e, qualora queste risultino essere determinanti ai fini della colpevolezza dell'accusato, la Corte europea è chiamata a dichiarare l'iniurità del procedimento tutte le volte in cui il giudice d'appello «riformi la sentenza assolutoria senza rinnovare – e dunque rivalutando nella mera veste cartolare – i contributi dichiarativi su cui questa concretamente si reggeva»<sup>235</sup>.

Esigendo la rinnovazione dell'istruttoria in appello nei casi di *overturning* da assoluzione a condanna, infatti, sembrava che la Corte di Strasburgo «per la prima volta offr[iss]e una soluzione non improntata alla sua classica logica *floue*. La logica 'garanzie-mezzi di compensazione' qui non rileva: la rinnovazione del dibattimento non è intesa come compensazione alla menomazione di un diritto specifico dell'imputato, ma è invocata come strumento preventivo necessario a presidio dell'equità del processo»<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Il riferimento corre alla giurisprudenza sulla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello in caso di *overturning* della assoluzione di primo grado. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, poi seguita, a completare il trittico dei *leading cases*, da Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania* e Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*. Cfr. RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo (Nota a C. eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania e C. eur. dir. uomo, Sez. III, 9 aprile 2013, Flueraş c. Romania)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 maggio 2013.

<sup>235</sup> Cfr. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, 36. Per una disamina più approfondita e specifica del tema si rinvia a TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 luglio 2014; CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle armi nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, n. 3, 172 ss; GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2014; ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, cit., 2016, 274 ss.

<sup>236</sup> Cfr. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, cit., 3968-3969. Cfr., *contra*, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, cit., 10, il quale, già prima della sentenza *Kashlev c. Estonia*, afferma come «il tratteggiato "statuto" va[da] letto e maneggiato con la consapevolezza del carattere flessibile dei criteri che lo compongono».

Nonostante queste iniziali e nette prese di posizione, tuttavia, il 'nuovo corso', inaugurato con la sentenza *Al-Khawaja Tahery c. Regno Unito* e poi consolidatosi con *Schatschaschwili c. Germania*, ha legittimato anche in questa sede deviazioni ispirate a meccanismi compensativi<sup>237</sup>. Il superamento di qualsivoglia automatismo in nome di un controllo complessivo della *overall fairness* pervade, quindi, la giurisprudenza convenzionale anche in materia di rinnovazione istruttoria in appello, favorendo così il ricorso alla gestione compensativa delle garanzie di equità<sup>238</sup>. Il riferimento corre al noto caso *Kashlev c. Estonia*, in cui la Corte sembra segnare una battuta d'arresto nello sviluppo del filone giurisprudenziale in esame, un'inversione di tendenza, portatrice di una logica opposta a quella cui erano ispirate le pronunce *Dan*, *Manolachi* e *Hanu*.

In estrema sintesi, per quanto di specifico interesse, in *Kashlev* il giudice europeo afferma come, nonostante la mancata rinnovazione dell'assunzione delle prove, fossero state comunque applicate tutta una serie di garanzie volte ad escludere una decisione arbitraria del processo d'appello e, dunque, l'iniustizia del procedimento<sup>239</sup>. Tra questi

---

<sup>237</sup> Concordemente nel ritenere come anche in questo caso si faccia uso dell'approccio alla compensazione, cfr. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 290, il quale acutamente osserva: «*With regard to Kashlev, at least, one could observe that the decision is consistent with the need to harmonise the approach to the matter of admissibility of evidence at trial and at the appeal stage. In fact, it would be somehow uneven to keep a flexible approach for the trial, and at the same time, be rigid in the appeal stage. After Al-Khawaja and Tahery, in fact, violations of Article 6 echr are never automatically acknowledged, even when the conviction is based on a sole or decisive witness' statement never challenged by the defendant in the entire proceedings: Why should it be different at the appeal stage? A jurisprudence firmly requiring to renovate a testimony when the Court of Appeal wants to convert an acquittal into a conviction could be considered disproportionate and inconsistent with the holistic approach always kept by the ECtHR, when in the specific case, there are eligible measures counterbalancing the lack of confrontation with the defence. In other terms, either the ban of unchallenged decisive testimonial statements rules without exception, both at trial and at the appeal, or, if some exceptions is permitted, they should work at both stages when "compensating measures" are provided for. At most, there may be room to differentiate the nature and content of the compensatory tools between trial and appeal phases*».

<sup>238</sup> Il riferimento corre a Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia* § 39-43, in cui la Corte ripropone i consueti *refrain* sulla necessità di valutare l'equità complessiva del procedimento, citando in diverse occasioni proprio la sentenza di *Al-Khawaja*. Occorre comunque osservare che a seguito di questa pronuncia se ne sono registrate altre più in linea con l'orientamento rigoroso e meno flessibile inizialmente espresso in *Dan c. Repubblica di Moldova* (Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, § 45, in cui disconosce portata compensativa alla motivazione "rafforzata"). Ad ogni modo, anche a prescindere dai futuri o futuribili indirizzi giurisprudenziali in questa materia, l'orientamento espresso in *Kashlev* testimonia la *vis* espansiva dell'approccio compensativo nella risoluzione delle questioni di equità processuale.

<sup>239</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia* § 48-51.

elementi implicitamente compensativi, i giudici alsaziani annoverano: 1) una sorta di motivazione rafforzata<sup>240</sup> idonea a dare conto in maniera dettagliata dei motivi che hanno indotto il giudice d'appello a discostarsi dalla decisione di prime cure pur in assenza della rinnovazione; 2) la possibilità di presentare ricorso avverso la sentenza d'appello innanzi alla *Supreme Court* 3) la possibilità di aver comunque potuto esaminare le fonti di prova innanzi al giudice di primo grado.

Da ultimo, in una recentissima e importante pronuncia (*Dan c. Repubblica di Moldova n. 2*) la Corte torna a occuparsi del problema della rinnovazione dibattimentale in appello e lo fa in un caso del tutto peculiare<sup>241</sup>. Il provvedimento, infatti, segue la prima sentenza *Dan c. Repubblica di Moldova* emessa nel 2011, con la quale la Corte europea aveva riscontrato la violazione dell'equità processuale poiché i giudici interni di secondo grado avevano condannato il ricorrente fondando il ribaltamento della sentenza assolutoria di prime cure sulla mera rivalutazione cartolare delle prove dichiarative, senza disporre il riascolto dei testimoni chiave. Chiamata a sindacare l'equità del nuovo giudizio d'appello celebrato dopo la sentenza del 2011, la Corte condanna per la seconda volta la Repubblica di Moldova: anche in questa occasione, infatti, i giudici europei sanciscono l'iniquità del processo per via del fatto che non tutti i testimoni decisivi erano stati riascoltati nel processo d'appello *bis* e anche quelli nuovamente esaminati avevano fornito versioni contrastanti rispetto a quanto testimoniato durante il primo grado di giudizio.

A prescindere dall'esito del vaglio, che, tenuto conto delle evidenti e numerose *defaillances* processuali, non poteva che concludersi con una nuova condanna delle autorità moldave, in questa sede è interessante notare come il Collegio europeo estenda esplicitamente il c.d. '*Al-Khawaja test*' anche a questo ambito dell'equità processuale.

---

<sup>240</sup> Parla di motivazione «particolarmente rafforzata» TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, 85-86.

<sup>241</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 novembre 2020, *Dan c. Repubblica di Moldova n. 2*, in merito alla quale, cfr. MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *Arch. Pen.*, n.3, 2020; GAETA, *Quando l'assoluzione vien riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020.

Mentre in *Kashlev*, infatti, il riferimento alle compensazioni, pur essendo presente, è mantenuto sottotraccia, in *Dan n. 2* il ricorso al *counterbalancing test* viene espressamente sdoganato. Questa pronuncia testimonia, ancora una volta, la straordinaria capacità diffusiva della logica compensativa: come già più volte sottolineato, con sempre maggiore frequenza lo strumento principale attraverso il quale il giudice europeo gestisce la gran parte delle questioni di equità, rifuggendo una concezione assiologica – ma anche certa e prevedibile – delle garanzie processuali.



### Capitolo III

## ANALISI CRITICA DELL'APPROCCIO COMPENSATIVO

SOMMARIO: 1. Il “bilanciamento” alla base dell’approccio compensativo. – 2. Le criticità dell’approccio sincretico e dell’*‘as a whole test’*. – 3. La relativizzazione delle garanzie processuali derivante dall’impiego del c.d. *‘counterbalancing test’*. – 4. La preoccupante individuazione dei fattori compensativi e le aporie che ne derivano. – 5. Effetti negativi a cascata sul diritto dell’Unione Europea. – 6. L’influenza della logica compensativa sui sistemi nazionali: Corte costituzionale n. 132/2019.

### **1. Il “bilanciamento” alla base dell’approccio compensativo**

Per formulare una compiuta analisi critica della gestione compensativa delle garanzie processuali, è opportuno procedere gradualmente, dal generale al particolare, nella trattazione degli aspetti che hanno portato all’utilizzo di questo dispositivo applicativo. Per tale motivo, dunque, non si potrà che prendere le mosse da alcune considerazioni di ordine generale in materia di bilanciamento, che rappresenta la matrice di riferimento del *countebalancing test*. Come emerge dall’analisi della giurisprudenza convenzionale esaminata *supra*, infatti, il riferimento alle compensazioni deriva, anzitutto, dalla necessità di contemperare i diversi interessi coinvolti nel processo. Buona parte del *case-law* europeo sull’equità oggetto di studio «obbedisce ad una logica ben definita: “la logica del bilanciamento”, che – autentico *fil rouge* dell’elaborazione giurisprudenziale in materia – aspira ad individuare un punto di equilibrio tra le “esigenze della giustizia” e quelle di tutela del singolo»<sup>242</sup>. Tale opzione metodologica

---

<sup>242</sup> Cfr., BIRAL, *L’overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 6. Per una più diffusa trattazione in materia di bilanciamento e logica *floue* si rinvia a VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, cit., 851 ss. Di diverso avviso sembra essere,

non costituisce una novità introdotta con le summenzionate pronunce dell'ultimo decennio, ma rappresenta una costante nel ragionamento della Corte. Precedentemente alla sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, però, il bilanciamento non rappresentava di per sé un fattore irrinunciabile nel controllo di equità e, laddove utilizzato, preservava comunque l'essenza dei diritti eventualmente compressi<sup>243</sup>. L'esigenza di rispettare il nucleo forte delle garanzie messe in bilanciamento derivava dall'applicazione del *principio di proporzionalità*, che rappresenta la componente essenziale nella logica del *balancing test*<sup>244</sup>. Diversamente, infatti, non si potrebbe parlare di semplice restrizione delle tutele processuali, bensì di un loro integrale annichilimento, che farebbe venir meno uno dei due poli dell'operazione.

Con il 'nuovo corso' inaugurato in *Al-Khawaja*, il limite dell'essenza del diritto sembra non esistere più: anche i diritti 'minimi', esplicitamente qualificati tali dalla Convenzione, vengono *integralmente* messi in bilanciamento con altri interessi ritenuti concorrenti<sup>245</sup>.

In primo luogo, tra questi ultimi si registra un massiccio riferimento alle esigenze di tutela della vittima<sup>246</sup>, che, dopo essere rimasta per secoli ai margini del processo

---

invece, CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande Camera ridefinisce la regola della prova unica o determinante*, cit., 3125, che pare escludere - seppure con specifico riferimento allo scenario inaugurato dalla sentenza *Al-Khawaja* - che la Corte operi un bilanciamento tra gli opposti interessi. Per un'analisi critica dell'approccio al bilanciamento nella giurisprudenza convenzionale, cfr. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, 468 ss. Sul punto, cfr. altresì le lucide osservazioni critiche di LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, cit., 1249.

<sup>243</sup> Cfr. HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 5.

<sup>244</sup> Per un'accurata analisi del principio in discorso nell'ambito del diritto al confronto si rinvia a DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 2014, 194 ss, in cui l'Autore osserva: «*It is possible to find the framework of the Court's reasoning about art.6(3)(d) ECHR in a general principle, conceived with the intent to rationalise the balance between conflicting values: the so-called principle of proportionality, which is often applied by the European Court although it is not always explicitly mentioned*». Cfr., *ad abundantiam*, JACKSON, SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, 376 ss.; TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, cit., 475.

<sup>245</sup> Si esprime sostanzialmente in questi termini, HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit. 5. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 145-146.

<sup>246</sup> Sul ruolo della vittima negli equilibri nella disciplina convenzionale, cfr. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 37 ss.; BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 121 ss.; PAULESU, *Vittima di reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in BARGIS, BELLUTA (a cura di), *Vittime*



penale, oggi, per una sorta di contrappasso, è oggetto di una valorizzazione talvolta eccessiva<sup>247</sup>.

Parimenti massiccio pare essere anche il richiamo alla valorizzazione degli interessi pubblici a una efficiente attività repressiva dei fenomeni criminosi<sup>248</sup>.

Dal punto di vista tecnico-processuale, la copertura di queste esigenze trova spazio nella valutazione onnicomprensiva della Corte, all'interno della quale si fa esplicito riferimento alla necessità di salvaguardare tali interessi. Il riferimento a questi ultimi, quindi, contribuisce a consolidare l'idea, da cui più direttamente promana la compensazione, per cui il controllo di equità non deve arrestarsi all'accertamento di una lesione, ma deve proseguire attraverso l'analisi dell'impatto di questa sull'intero procedimento.

Vittima e interessi pubblico-repressivi, dunque, rappresentano uno dei fattori più importanti del cambiamento di paradigma in atto nel *case-law* convenzionale in materia di equità: l'esigenza di protezione di questi interessi pare sempre più essere valorizzata a discapito di una rigorosa applicazione dei diritti processuali. La valorizzazione della vittima e degli interessi pubblici si traduce, come si accennava, nella sovraenfaticizzazione dell'*as a whole test* e al suo corollario: le compensazioni. In questo quadro, il vaglio compensativo pare rappresentare il mezzo attraverso il quale la Corte tenta di giustificare delle lesioni più o meno patenti degli specifici diritti di equità.

Nell'istituzionalizzare la possibilità di forti compressioni delle garanzie difensive minime attraverso il ricorso alla compensazione, inoltre, la Corte europea sembra implicitamente ammettere che la tutela delle vittime e degli interessi pubblici possa rappresentare uno scopo *in sé* del processo. Al contrario, la medesima circostanza è, invece, radicalmente depotenziata per quanto riguarda i diritti difensivi minimi previsti dal III par. dell'art. 6, che non possono assumere una valenza autonoma, né possono

---

*di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, cit., 144 ss.; nonché STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, passim.

<sup>247</sup> L'«*irruption des victimes*» di cui parlavano già oltre vent'anni fa GARAPON, SALAS *La République pénalisée*, Hachette, 1996, 16 ss. Sul punto, cfr. anche ELIACHEFF, LAVRIERE, *Il tempo delle vittime. Come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società contemporanea*, Ponte alle Grazie, 2008. Al riguardo, v. altresì le considerazioni di SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, 2019, 30 ss.; VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 97 ss.

<sup>248</sup> Cfr. ASHWORTH, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale*, cit., 252-257.

rappresentare degli scopi in se stessi, rimanendo sempre più spesso degradati a mere componenti della soverchiante e non meglio specificata nozione di equità, dalla quale non si limitano a originare, ma dalla quale vengono anche fatti dipendere in un'ottica sempre più spesso regressiva<sup>249</sup>.

Ciò che più disturba di questo bilanciamento senza sponde è l'equazione su cui pare poggiare, secondo la quale l'allargamento della tutela di questi interessi passa *necessariamente* dallo smantellamento - o anche solo l'annacquamento - delle garanzie difensive. Questa convinzione, infatti, si fonda sulla pressoché equivoca esistenza di un conflitto tra i diritti della difesa e una corretta amministrazione della giustizia<sup>250</sup>. Sviluppare un sistema in cui le garanzie del singolo imputato vengono opposte all'interesse pubblico nella cornice di questo tipo di bilanciamento destrutturato e antagonistico sembra essere una mossa densa di incognite e premonitrice di possibili svolte neo-inquisitorie.

Da ultimo, occorre riflettere ancora brevemente sul riferimento sempre più frequente agli interessi pubblici a un'efficiente attività di contrasto e repressione dei fenomeni criminosi. A ben vedere, infatti, appare abbastanza irrazionale e fuorviante che sia proprio la Corte europea, ontologicamente e storicamente chiamata a tutelare l'individuo proprio dalle pressioni e dai possibili arbitrii dello Stato, a farsi carico della tutela di interessi di natura pubblicistica, peraltro così particolari e delicati come gli interessi repressivi dello Stato. Sul punto, si è acutamente osservato che «*By definition, any treaty for the protection of human rights gives priority to rights. Its goal is to*

---

<sup>249</sup> Per tutte, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 251, nella quale si afferma che «*those minimum rights are not aims in themselves*», ribadendo, al § 262, che «*in assessing whether there has been a breach of the right to a fair trial it is necessary to view the proceedings as a whole, and the Article 6 § 3 rights as specific aspects of the overall right to a fair trial rather than ends in themselves (see paragraphs 250-251 above). The absence of compelling reasons does not, therefore, lead in itself to a finding of a violation of Article 6 of the Convention*».

<sup>250</sup> Cfr. HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit. 6, che sostiene come «*the predilection for "balancing" which now infects judicial analysis of art.6 in both Strasbourg and the United Kingdom is fundamentally misconceived, reflecting a profound misunderstanding of the right to a fair trial. It sets up a trap which assumes conflict between rights: defence rights are always seen in antithesis to those of the prosecution which represents the overarching public interest. It conflates defence interests with defence rights, and likewise those of other participants*».

*protect certain individual fundamental interests not only from arbitrary state power but also from collective interests. So, although accurate, it sounds somewhat strange to say, as did the former president of the “ECtHR Rolv Ryssdall, that “ [t]he theme that runs through the Convention and its case law is the need to strike a balance between the general interest of the” community and the protection of the individual’s fundamental rights. (...) one should expect that the rights convention itself reflects such a balance, the outcome of which must be that human rights are to be protected before other interests are even taken into consideration. If that is so, what does it mean to say that the issue is to strike a further balance between the general interest of the community and individual rights?»<sup>251</sup>.*

Ancora più a fuoco paiono le considerazioni contenute nella *separate opinion* dei giudici Sajò e Karakas in *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, secondo i quali «*It should be stressed that Article 6 §§ 1 and 3 (d) exist in the context of an inherent power imbalance between the accused and the State. The impetus behind Article 6 is the premise that the interests of justice will not properly safeguard the accused against the dangers of an unfair trial and improper conviction. Because prosecutorial power is subject to abuse as well as to the bureaucratic pressure to single out and punish a perpetrator, the defence should not be unduly impeded in countering the State’s allegations. It is sometimes said that the defendant’s rights must be “balanced” against the public interest in administering justice, and in particular against the Convention rights of victims and witnesses. But the protection of the defence’s rights, including the right to examine adverse witnesses, is already embedded as fundamental to a fair trial in the administration of justice, prior to such considerations. When the Convention singled out paragraph 3 rights this meant that these basic rights of the defence were necessary to counterbalance the dominant power of the prosecution, in the interests of fairness. To balance these rights a second time against the interests of the administration of justice, as the Government have sought to do in Al-Khawaja and Tahery, is to give the prosecution and the interests of administering justice (namely, to*

---

<sup>251</sup> TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, cit., 475, nel quale si cita RYSSDAL, *Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 1996, 18 ss. Al riguardo, cfr. altresì Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 89 nella quale si afferma: «*inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights*».

*punish) a clear advantage. This Court has never held that “Article [6 § 3 (d)] is simply an illustration of matters to be taken into account in considering whether a fair trial has been held” as Waller LJ claimed, reviewing Strasbourg case-law in R. v. Sellick and Sellick [2005] EWCA Crim 651, quoted in Horncastle and others, paragraph 79»<sup>252</sup>.*

Una possibile e preoccupante spiegazione di questa peculiare tendenza è stata individuata nella natura del sistema convenzionale, ancorato a (e condizionato da) uno strumento di diritto internazionale pattizio. La Corte di Strasburgo rimane, infatti, un giudice internazionale e, come tale, sensibile agli interessi dei singoli Stati parte, in modo particolare in momenti come quello attuale in cui il panpenalismo e la riscoperta di certi nazionalismi identitari sembrano diffondersi con successo: «*When political drives push strongly toward new forms of nationalism, international institutions cannot but reflect such trend*»<sup>253</sup>.

## **2. Le criticità dell'approccio sincretico e dell'‘as a whole test’**

Se la logica del bilanciamento è quella che rimane sullo sfondo di ogni operazione compensativa, le matrici che più direttamente implicano l'utilizzo del *counterbalancing test* sono, come si è visto, il c.d. *taken together approach* e la valutazione olistica.

Se attraverso il “tandem” 6,3 – 6,1 si arriva a de-formalizzare le garanzie specifiche e a relativizzarne la cogenza in ragione della soverchiante nozione di equità, grazie all'approccio onnicomprensivosi tende, invece, a vagliare l'impatto della violazione denunciata sull'intero processo ricorrendo al *test* di compensazione<sup>254</sup>.

Nonostante siffatti approcci rappresentino uno strumento straordinariamente efficace per gestire questioni così complesse come sono quelle di equità processuale, essi al contempo sembrano essere solcati da diverse criticità già a livello teorico. Analizzato da questo angolo prospettico, infatti, l'operato giudice convenzionale risulta essere, prendendo a prestito una felice definizione, «dogmaticamente insoddisfacente»<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Cfr. la *separate opinion* dei giudici Sajò e Karakas in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.

<sup>253</sup> CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 291. Sul punto, cfr. anche CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., 196.

<sup>254</sup> HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 28.

<sup>255</sup> UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, cit., 390.

### Sull'approccio sincretico

E' innegabile che un simile metodo interpretativo permetta, da un lato, di arricchire<sup>256</sup> e di attualizzare costantemente le garanzie attraverso la dialettica derivante dalla combinazione *tutele specifiche–canone equitativo*<sup>257</sup> e, dall'altro, consenta di rendere più duttile l'intero vaglio che sono chiamati ad effettuare i giudici di Strasburgo. Filtrate dalla loro comune radice equitativa (art.6, par. I), infatti, le garanzie specifiche del III paragrafo dell'art. 6 potranno flessibilizzarsi per meglio adattarsi ai singoli casi sottoposti al vaglio della Corte. Accanto a questi aspetti positivi, tuttavia, è possibile scorgere importanti profili problematici che minano alle radici questo modo di concepire il rapporto tra par. 1 e par. 3 dell'art. 6.

Innanzitutto, da un punto di vista teorico-generale, il *taken together approach* pare basarsi su un'asserzione che rimane inesplorata quanto alla sua giustificazione razionale: la derivazione delle garanzie di cui al III par. dell'art. 6 dal concetto di equità, infatti, non pare essere sufficiente a legittimare una simile operazione di ibridazione (ammesso che di ibridazione, e non già di mero annacquamento, possa parlarsi) in assenza di altre solide basi argomentative. I *refrain* esplicativi di tale approccio sincretico, seppur suggestivi nella loro formulazione, paiono solcare in modo per metà acritico e per metà indimostrato la giurisprudenza convenzionale<sup>258</sup>. La Corte, ad esempio, non spiega in che cosa consista precisamente questa valutazione congiunta, se le singole parti dell'art. 6 mantengano una qualche loro autonomia o se, viceversa, la crisi sia totale. Ci si limita ad asserire il rapporto di derivazione di quanto contenuto nell'art. 6,3 dalla nozione di equità di cui all'art. 6,1, affermando che, in ragione di questa, le due previsioni normative dovranno considerarsi insieme. Nulla di più. Tale (im)postura esegetica è chiaramente insoddisfacente. Il problema è con ogni probabilità

---

<sup>256</sup> Cfr. HARRIS O'BOYLE WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 411, a mente dei quali «*In criminal cases, the 'fair hearing' guarantee has to be read together with the specific guarantees in Article 6(2) an (3). Whereas the latter are subsumed within the former, the general guarantee of a 'fair hearing' In Article 6(1) has elements that supplement those specified in Article 6(2) and (3)*».

<sup>257</sup> Cfr. BUZZELLI, *Art. 6 (L'applicabilità dell'art. 6 comma 1 Cedu "nel suo aspetto penale")*, in UBERTIS, ZACCHE' (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, 135, che parla di «costante aggiornamento» delle garanzie convenzionali.

<sup>258</sup> GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 80, che sottolinea come «*incoherence and lack of explanation characterises the Court's 'taken together' approach*».

legato alla riluttanza del giudice europeo a fornire un preciso contenuto e significato dogmatico ai diritti minimi previsti dal III par. della norma: «*Rather than interpreting the specific guarantees so as to give them a more precise definition, the Court seems to prefer to leave Article 6 in a cloud of ambiguity*»<sup>259</sup>. La tendenza che ne deriva è quella di non esaminare in sé il rispetto di un diritto specifico «*but to combine at the outset the specific guarantees with the general right to a fair trial and to deal with them together with out proper distinction*»<sup>260</sup>.

Si potrebbe facilmente obiettare che tale critica derivi da (e riconduca a) un'interpretazione oltremodo statica dell'art. 6, troppo ancorata alla lettera del suo testo, o a una lettura "disgiuntiva" della sua struttura. A ben vedere, tuttavia, quello che si evidenzia non è un problema di rispetto pedissequo della *littera legis*, ma, semmai, l'esigenza di allontanarsene razionalmente, costruendo una solida e coerente teoria del controllo sul rispetto dell'art. 6. A tale proposito, anche ova si rifugga una esegesi rigorosa della norma, occorre comunque precisare che anche l'interpretazione evolutiva della Corte europea conosce dei limiti ben precisi e non può dilatarsi *ad nutum*<sup>261</sup>.

In secondo luogo, poi, la tendenza a considerare insieme le due garanzie nel controllo di equità sembra essersi esasperata radicalmente nel corso del tempo, compromettendo seriamente l'autonomia normativa dei diritti *ex art. 6,3* della Convenzione. Sempre più spesso la sincretismo tra garanzie specifiche e nozione di equità si risolve in una vera e propria svalutazione delle prime a favore della seconda, che, trasformandosi in equità 'complessiva' (*overall fairness*) assorbe ogni singola tutela prevista nell'art. 6,3<sup>262</sup>. I diritti specifici sono degradati a mere illustrazioni esemplificative dell'equità e l'attribuzione di questa natura esemplificativa contribuisce ad affievolirne l'efficacia precettiva. Tale ricostruzione porta a una lettura semplicistica dell'art. 6 e delle sue

---

<sup>259</sup> TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 87.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> Di particolare interesse a questo riguardo la *separate opinion* di ben sette giudici dissenzienti nel caso Corte eur. dir. uomo, 29 maggio 1986, *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, i quali acutamente osservano che «*An evolutive interpretation allows variable and changing concepts already contained in the Convention to be construed in light of modern-day conditions, but it does not allow entirely new concepts or spheres of application to be introduced into the Convention: that is a legislative function that belongs to the member States of the Council of Europe*».

<sup>262</sup> Cfr. GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 79 ss.; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 88, che descrive efficacemente questo approccio apostrofandolo come «*policy of blurring the application of paragraphs 1 and 3 of Article 6*».

partizioni<sup>263</sup>. Un simile approccio, infatti, rischia di annacquare tutta la gamma di garanzie specifiche previste nell'art. 6, riducendo tutto alla nozione di equità processuale contenuta nel I paragrafo: innanzi a ogni doglianza, infatti, ci si potrebbe limitare a chiedersi se il processo, inteso nel suo complesso, sia stato equo<sup>264</sup>.

Plastica dimostrazione di questa attitudine pervasiva è data dalla sentenza *Ibrahim c. Regno Unito*, in cui si afferma «*In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases. They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1. However, those minimum rights are not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceeding*»<sup>265</sup>. Simili refrain disvelano la sostanziale sfiducia nelle garanzie processuali certe e prestabilite che sta dietro al sempre più asfissiante collegamento con la nozione di equità<sup>266</sup>.

I diritti minimi sono comunque diritti di equità, ma, proprio in nome di quest'ultima, sembrano poter subire le più diverse vulnerazioni. Una simile applicazione teleologica delle garanzie, inoltre, rischia di relativizzare contenuti e cogenza dei diritti tutelati nel terzo paragrafo in nome di un concetto, quello di equità, che, se da un lato richiama una visione sapienziale e rassicurante del diritto, dall'altro può legittimare gli approdi più

---

<sup>263</sup> GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 65.

<sup>264</sup> GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, 74, secondo il quale questa ricostruzione «*reduces the provisions of Article 6(1), Article 6(2), Article (3)(a)-(e) to a two-word 'fair trial' guarantee*».

<sup>265</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 251. Cfr. altresì Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 gennaio 2005, *Mayzit c. Russia* § 77 «*The specific guarantees laid down in Article 6 § 3 exemplify the notion of fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases, but their intrinsic aim is always to ensure, or contribute to ensuring, the fairness of the criminal proceedings as a whole. The guarantees enshrined in Article 6 § 3 are therefore not an end in themselves, and they must accordingly be interpreted in the light of the function which they have in the overall context of the proceedings*»; nonché Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 251. In dottrina, cfr. CHENAL, GAMBINI, TAMIETTI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 228.

<sup>266</sup> Sfiducia che, fra l'altro, si pone in contraddizione con un'esegesi che ricorreva alla lettura congiunta delle due norme non per limitare, bensì per *estendere* la portata delle singole tutele (Cfr., Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 50 ss.). Concordemente, sul punto, cfr. la *separate opinion* dei giudici Sajò e Karakas in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, i quali, proprio riferendosi a *Salduz*, affermano che «*the reliance on Article 6 § 1 in the interpretation of the right to counsel was dictated by the needs of an extensive interpretation of the specific right at stake*».

diversi e imprevedibili<sup>267</sup>. Tale pericolo è tanto più attuale se, come pare, nel concetto di *fairness* evocato dal I par. dell'art. 6 devono essere tenuti in considerazione non solo gli interessi e i diritti dell'accusato, ma, come si è visto, anche quelli derivanti dagli interessi pubblici alla repressione dei reati o quelli legati alla tutela delle vittime o dei testimoni.

### **Sull' 'as a whole test'.**

La tendenza a considerare l'intero caso sottoposto all'attenzione della Corte ha caratterizzato la giurisprudenza convenzionale fin dalle sue origini<sup>268</sup>. L'approccio olistico, infatti, appare in una certa misura connaturato alla stessa idea di equità processuale per una serie di ragioni già illustrate nel primo capitolo della ricerca. Tale aspetto segna sicuramente uno dei più marcati tratti di originalità del giudizio sul rispetto dell'art. 6.

Se si intende l'equità come giustizia del caso concreto<sup>269</sup>, tale attitudine a prendere in considerazione tutti gli *accidentalia* della vicenda giudiziaria concreta rappresenta sicuramente lo strumento principale nelle mani del giudice convenzionale per effettuare un controllo sul rispetto dell'art. 6 autenticamente *equitativo*. In seno alla Corte europea, infatti, prevale uno spiccato «atteggiamento che considera il processo nel suo congenito aspetto pratico, di fenomeno animato dall'agire dei suoi protagonisti»<sup>270</sup>. Per questi stessi motivi, tuttavia, la valutazione 'as a whole' è anche quella in cui, come si vedrà, si scaricano gran parte delle criticità del sistema di controllo sul rispetto della *fairness processuale*.

Se fino a un recente passato, infatti, tale vaglio non si spingeva ad intaccare l'essenza dei diritti specifici di cui all'art. 6,3 e coesisteva con delle più rigorose applicazioni di

---

<sup>267</sup> A tale riguardo, da un punto di vista più teorico-generale, cfr. FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, «l'equità viene ritenuta come la “regola” dell'applicazione della norma alla fattispecie, in quanto in essa si risolve l'opera di necessaria mediazione del giudice, che mette in atto “la giustizia del caso concreto”. Se le cose stanno così, il criterio assoluto dell'equità si rivela, a conti fatti, come un criterio estremamente relativo, disperso irrimediabilmente nella sua puntualizzazione, privo di autonomia e di reale concretezza; b) è davvero fonte di equivoci considerare l'equità come una “fonte” del diritto».

<sup>268</sup> CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 289.

<sup>269</sup> Sull'equità come giustizia del caso concreto, cfr. le interessanti notazioni critiche di FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 69 ss.

<sup>270</sup> NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 11, 3959.



diritti di equità che sembravano definire in modo più netto fino a che punto poteva comprimersi una determinata garanzia senza che fosse violato l'art. 6 (*sole or decisive rule*, 'regola *Salduz*' etc.), oggi l'impiego di questo sembra prevalentemente inaugurare delle dinamiche regressive nella tutela delle garanzie difensive in grado di oltrepassare quel limite<sup>271</sup>. La valutazione olistica, infatti, sembra oggi assestarsi sulla verifica dell'impatto di una violazione sull'equità complessiva del procedimento, rifuggendo non solo qualsivoglia automatismo, ma anche un'interpretazione prestabilita delle singole garanzie di equità, il tutto in nome della più pervasiva duttilità e adattabilità al caso concreto.

Così concepito, il vaglio onnicomprensivo non pare essere perimetrato o perimetrabile e si presta alle più ondivaghe oscillazioni: di fronte a questioni processuali simili, potranno derivare soluzioni opposte sulla scorta di una diversa valutazione degli elementi di contesto. Se, per un verso, questo rappresenta un punto di forza di questo tipo di controllo, per l'altro, costituisce anche la sua debolezza. L'assenza di una struttura ordinante e la imprevedibilità degli esiti a cui può portare, infatti, contribuiscono talvolta a compromettere la coerenza della disciplina convenzionale in materia processuale<sup>272</sup>.

Nonostante, poi, l'*'as a whole test'* sia frutto dell'*inventio* giurisprudenziale, la Corte non ne fornisce esauriente spiegazione, non chiarendo in alcun modo il suo funzionamento, i dosaggi ai quali deve sottostare, i suoi presupposti o i criteri per selezionare il tipo di elementi concreti da inserire nella valutazione, e neppure l'eventuale esistenza di limiti circa il suo utilizzo<sup>273</sup>. Tutto, infatti, è affidato dalla Corte

---

<sup>271</sup> HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 20 ss.

<sup>272</sup> GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 136, il quale afferma che «*This ambiguity risks creating a perception that the Court could choose which way it applies the 'proceeding as a whole' test in order to reach a particular result in a particular case. That ambiguity is exacerbated when the 'proceeding as a whole' test is combined with the 'taken together approach'*».

<sup>273</sup> Dello stesso avviso, TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 88 s., secondo il quale «*This approach entirely neglects legal certainty in favour of equity*».

a se stessa, in una circolarità ermeneutica che corre il pericolo di sconfinare in autoreferenzialità<sup>274</sup>.

I *refrain* che solcano le sentenze della Corte sul punto sono pressoché involuti, limitandosi solamente a postulare la necessità di valutare il processo nel suo complesso, o, meglio, l'impatto di una lesione sull'intero processo<sup>275</sup>. Tarato in questo modo, il controllo onnicomprensivo si caratterizza per essere un giudizio marcatamente soggettivo e più che discrezionale, condizionato a tal punto da chi lo effettua da impedire qualsivoglia previsione *ex ante* circa i suoi esiti. Inoltre, il suo impiego comporta uno scollamento preoccupante dal dato testuale della disciplina convenzionale<sup>276</sup>. In questa prospettiva, non preoccupa di per sé il fatto che la Corte si allontani dalla *littera legis*, ma il modo in ciò avviene. Tale scollamento, infatti, non si consuma al fine di veicolare delle esegesi volte a innovare il contenuto di determinate garanzie, ma avviene all'insegna del più marcato relativismo, che, quantomeno dal punto di vista teorico, non fa che introdurre alti tassi di discrezionalità ai quali si accompagnano preoccupanti profili di incertezza<sup>277</sup>.

Neppure parrebbe potersi sostenere che tale apertura al relativismo sia coperta da una interpretazione evolutiva della Convenzione, poiché implicazioni evolutive non paiono scorgersi, né in atto né in potenza. La spasmodica attenzione per la concretezza delle vicende giudiziarie prese in considerazione, infatti, pare essere strutturalmente ostativa a creare 'evoluzione': l'importanza attribuita alla peculiarità di ogni vicenda concreta e ai suoi *accidentalia* sembra quantomeno non agevolare un percorso autenticamente e razionalmente evolutivo<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> Come sottolinea molto puntualmente il giudice Pinto de Albuquerque nella sua recente *dissenting opinion* in Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia, dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, § 70, questo tipo di esasperata valutazione onnicomprensiva «*is nothing more than a blank cheque for the domestic courts to do whatever they want with Article 6 § 3 rights and for the Court to confirm the outcome of the proceedings*».

<sup>275</sup> Evidenzia compiutamente questi aspetti, GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 125 ss., lamentando in modo particolare una patente mancanza di coerenza e una prevedibilità di siffatto vaglio.

<sup>276</sup> Cfr., ancora una volta, GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 138.

<sup>277</sup> Particolarmente efficaci le considerazioni di SUMMERS, *Fair trials: the European Criminal Procedural Tradition and the European Courts of Human Rights*, Hart Publishing, 2007, 103, secondo la quale questo approccio olistico sempre più marcato avrebbe offuscato concreti e specifici esempi di utilizzo dell'equità processuale («*overshadowed (...) concrete examples of the use of specific fairness*»).

<sup>278</sup> Analogamente, TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 89, il quale, proprio affrontando l'analisi dell'approccio olistico, afferma che «*Each judgement decided by the Court has two*

Il fatto, poi, che attraverso l'«*as a whole test*» non venga valutata in sé la gravità di una violazione, ma ci si concentri sull'effetto che questa ha prodotto sull'intero procedimento rappresenta *ex se* un elemento significativo, poiché è indice della scarsa considerazione che la Corte ha dei *minimum rights* di cui all'art. 6, par. III, e del declino della concezione assiologica delle garanzie in favore di una loro visione teleologica.

In conclusione, il controllo di equità, fuori da ogni rigidità formale (ma anche da ogni certezza e prevedibilità), e venuta meno la gran parte dei vincoli testuali e contenutistici, prende sempre più spesso le forme di un vaglio concernente l'impatto della violazione di una garanzia sull'equità del procedimento considerato nel suo complesso<sup>279</sup>. Per portare alla pronuncia di una violazione del dettato convenzionale, quindi, la lesione di un diritto specificamente garantito non è in sé sufficiente, dovendo la stessa creare una sorta di iniquità complessiva del procedimento (*overall unfairness*)<sup>280</sup>.

### **3. La relativizzazione delle garanzie processuali derivante dall'impiego del c.d. «counterbalancing test»**

Come si è visto nel precedente capitolo, è proprio sul momento del vaglio compensativo nel quadro della valutazione olistica effettuata dalla Corte che sempre più spesso si scarica l'intero peso del controllo di equità processuale. Dall'esito di questa particolare forma di controllo, infatti, deriva l'equità o l'iniquità del procedimento oggetto di scrutinio.

Filtrate da questa prospettiva, le garanzie processuali, anche le più importanti, non solo perdono il carattere rigido (ma anche prestabilito e prevedibile) tipico della tradizione

---

*aspects: one concerns justice for the specific applicant, the other concerns the development of the Court's jurisprudence. Here, the latter is neglected to such a degree that the Court's methodology must be criticized».*

<sup>279</sup> Per tutti, cfr. nuovamente Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118-119; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 100-101; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 257.

<sup>280</sup> Concordemente, HOYANO, *In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 7, secondo la quale, nell'ottica convenzionale, «*the entire proceeding must be unfair for a violation of art. 6*»; CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 289.

giuridica continentale, ma possono diventare oggetto delle più diverse modulazioni. Il fatto che l'esatta consistenza di queste trovi una più precisa determinazione solo nel caso concreto, se da lato permette di parametrare meglio le norme processuali alle esigenze specifiche, dall'altro fa perdere di "forma" le garanzie, il cui perimetro viene sfocato e il cui esatto contenuto diventa più incerto e meno prevedibile<sup>281</sup>.

L'attenzione alla concretezza dei diversi casi e alle loro peculiarità, per quanto lodevole, corre il rischio di diventare soverchiante e annichilire la dimensione ordinante che deve essere connaturata a ogni manifestazione giuridica, soprattutto se di natura processuale.

L'appiattimento delle tutele sulla dimensione concreta comporta un forte effetto relativizzante: l'idealtipo di riferimento, declamato a livello di principio generale<sup>282</sup>, viene poi stravolto in concreto attraverso l'*as a whole test* nel quale le compensazioni ne alterano i connotati.<sup>283</sup>

Il chiaro effetto relativizzante di un siffatto approccio crea un duplice problema per un coerente e maturo sviluppo dell'equità processuale.

Innanzitutto, il riferimento alle compensazioni rischia, per una sorta di eterogenesi dei fini, di ostacolare l'esigenza di garantire diritti 'concreti ed effettivi e non teorici e illusori'<sup>284</sup> più volte affermata dalla stessa Corte di Strasburgo. Il meccanismo compensativo, infatti, giustificando le più varie compressioni delle garanzie processuali, determina in concreto le più disparate ricombinazioni delle singole tutele, spesse volte di carattere regressivo. A fronte di questi effetti, dunque, i postulati della 'effettività' e della 'non illusorietà' sembrano rischiare di essere quanto meno vulnerati<sup>285</sup>. A cascata, poi, rischia di essere compromesso lo stesso affidamento del singolo soggetto nel

---

<sup>281</sup> CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 291.

<sup>282</sup> Nella giurisprudenza esaminata, infatti, numerose sono le formule impiegate per introdurre l'illustrazione dell'idealtipo di riferimento: '*in principle...*'; '*as a general rule...*'.

<sup>283</sup> Tollerabilità dimostrata dalla predisposizione del vaglio compensativo.

<sup>284</sup> Per tutte, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 272. In dottrina, evidenzia il pericolo di questa eterogenesi, UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, 389 ss.

<sup>285</sup> Cfr., concordemente sul punto, LAIRD, *Schatschaschwili v Germany. Commentary*, in *Criminal Law Review*, 2017, che afferma come il nuovo corso inaugurato in *Al-Khawaja* e poi consolidatosi in *Schatschaschwili* «renders the right enshrined in art. 6(3)(d) illusory»; HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 8, secondo la quale «the ECtHR risks undermining its own emphasis on art. 6 being "practical and effective"».

godimento di taluni diritti minimi, che costituisce uno degli scopi precipui delle previsioni contenute nell'art. 6, par. III Cedu<sup>286</sup>.

In secondo luogo, poi, la relativizzazione dei diritti processuali minimi incide anche sulla capacità dei sistemi interni di rispettare la disciplina convenzionale. Il fatto che, salvo le declamazioni di principio, l'esatto contenuto delle garanzie tutelate a livello convenzionale assuma un contenuto più preciso solo in concreto disorienta non poco gli ordinamenti nazionali degli Stati membri<sup>287</sup>.

Nel sistema italiano, ad esempio, nel quale le norme convenzionali *così come interpretate dalla Corte di Strasburgo* assurgono a parametro costituzionalità interposto<sup>288</sup>, tale aspetto emerge con ancora maggiore dirompenza. I giudici interni, che dovrebbero essere i primi applicatori delle norme Cedu, si trovano spesso in difficoltà nel definire l'esatto contenuto dei diritti processuali previsti dall'art. 6 Cedu, poiché la loro perimetrazione è difficilmente apprezzabile, tenuto conto del forte condizionamento al caso concreto di volta in volta esaminato dalla Corte europea. Sollecitati durante un processo ad occuparsi di una questione di equità processuale, i magistrati nazionali non potrebbero nemmeno servirsi dello strumentario al quale suole ricorrere la Corte, poiché l'*as a whole test* – ma anche la stessa valutazione compensativa – presuppongono che il processo si sia concluso e, quindi, possa essere valutato nella sua interezza.

Tale logica, dunque, rischia di determinare negli ordinamenti nazionali un approccio “agnostico” e passivo rispetto alla disciplina convenzionale: di fronte alla imprevedibilità di ciò che comporta l'equità o l'iniquità del procedimento, senza possibilità di comprendere fino a che punto le garanzie dovranno essere tutelate e fino a

---

<sup>286</sup> Non si dimentichi, infatti, che secondo l'opinione prevalente (oggi tuttavia smentita da questa giurisprudenza largheggiante) lo specifico riconoscimento di una serie di diritti minimi era volto proprio a scongiurare le incertezze legate a una loro previsione e modulazione meramente giurisprudenziale. CHIAVARIO, *Art. 6*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 222; LONATI, *Il diritto di interrogare*, cit., 22; LONATI, *Fair Trial and the Interpretation Approach Adopted by the Strasbourg Court*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 65.

<sup>287</sup> Concordemente sul punto, cfr. JACKSON & SUMMERS, *Confrontation with Strasbourg: UK and Swiss Approaches to Criminal evidence*, in *Criminal law review*, 2013, *passim*.

<sup>288</sup> Sul punto, cfr. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 59ss.; APRILE, *L'incidenza delle sentenze della Corte europea sul processo penale italiano*, in *Giur. di mer.*, 2008, 121 ss.

quale livello, invece, se ne potrà prescindere, risulta quantomeno difficile cercare di allinearsi con la disciplina convenzionale<sup>289</sup>.

#### **4. La preoccupante individuazione dei fattori compensativi e le aporie che ne derivano**

A prescindere dalle considerazioni che precedono sull'impatto della compensazione - e delle matrici che ne propiziano l'utilizzo - sul giudizio di equità processuale, ciò che solleva le maggiori preoccupazioni è la pericolosa individuazione dei fattori compensativi. Per essere funzionali a riequilibrare la lesione di una determinata garanzia, infatti, autentici fattori di compensazione potrebbero essere individuati solamente in altre garanzie strettamente collegate a quella lesa (e tutelate a livelli più alti di quelli normalmente riconosciuti), ovvero attribuendo garanzie aggiuntive rispetto a quelle generalmente riconosciute. Analizzando la concreta individuazione di questi contrappesi, invece, si registra tutta un'altra dinamica, che potremmo definire marcatamente recessiva. Ma si proceda con ordine, analizzando i fattori compensativi che destano le maggiori apprensioni.

In questo contesto, un primo aspetto problematico è rappresentato dal riferimento agli elementi di riscontro (c.d. *corroboration*) in funzione compensativa rispetto all'utilizzo di dichiarazioni predibattimentali unilateralmente raccolte da soggetti con i quali la difesa non ha mai potuto confrontarsi<sup>290</sup>. La funzione degli elementi corroboranti arriva

---

<sup>289</sup> Postula addirittura come 'inutile', nel quadro attuale, il tentativo di allinearsi alla disciplina convenzionale, CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 291, secondo il quale «*This approach potentially can lead national jurisdictions to adopt an agnostic and inactive attitude toward the Convention. If there is no way to predict what specifically matters for the fairness of the proceedings, it is useless trying to align national systems to the echr requirements, because they remain in the end, too much unpredictable. In such a scenario, it might be far less burdensome for the Member States to leave their system as they currently are; and think that it is easier to autonomously develop rules of criminal procedure only according to their own needs, simply "paying a fine" whenever the ECtHR finds that some conviction was unfair, according to the ambiguous and erratic terms of Article 6*». Concordemente sul punto, cfr. altresì Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*, *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, § 70.

<sup>290</sup> Il loro impiego, dunque, rileva principalmente in materia di diritto al confronto: v. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, §156; Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 128 e 151. Per utilizzi simili in altri

oggi a sdoppiarsi. Qualora esprimano una forte valenza dimostrativa, essi possono escludere il valore determinante delle dichiarazioni unilaterali<sup>291</sup>; in seconda battuta, nel caso in cui si sia acclarato il valore decisivo di queste prove controverse, i medesimi «vengono collocati nell'alveo di quelle “garanzie compensative” che valgono a rendere convenzionalmente accettabile l'utilizzo della dichiarazione unilaterale come prova determinante»<sup>292</sup>. Un simile sdoppiamento funzionale testimonia una certa insistenza nella costruzione di un sistema in cui qualsiasi elemento viene valorizzato al massimo, spesso oltre i suoi stessi limiti ontologici, per giustificare la deviazione dalla rigorosa applicazione di una garanzia: in questo caso, uno stesso elemento, qualora non riesca a scongiurare la portata decisiva della prova spuria, viene comunque recuperato successivamente in qualità di fattore di compensazione.

La *corroboration*, tuttavia, potrà solo impropriamente definirsi compensativa, poiché non riequilibra in alcun modo la lesione causata ai diritti difensivi, ma si limita a formulare una prognosi circa la ‘non indispensabilità’ del confronto per via della attendibilità della prova spuria confermata dai riscontri. Attraverso questo utilizzo compensativo dei riscontri, dunque, si condizionano pericolosamente i diritti difensivi minimi al sottile filo dell'attendibilità *prima facie* di una prova spuria<sup>293</sup>.

Nella giurisprudenza convenzionale, poi, a fronte della lesione di una determinata garanzia minima, la Corte ha più volte ritenuto compensativo il fatto che i giudici interni avessero comunque assunto le proprie decisioni con estrema cautela e

---

filoni giurisprudenziali, cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 274 lett g); Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina*, § 67.

<sup>291</sup> Cfr., Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 131, nel quale la Corte, definendo il concetto di ‘decisività’, esplicita questa valenza dei riscontri: «Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive».

<sup>292</sup> CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, cit., 9, che concorda nell'individuare questo sdoppiamento funzionale dei riscontri nel nuovo corso della giurisprudenza convenzionale sul *right to confrontation*.

<sup>293</sup> Cfr. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 17. Sul punto, v. anche HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, cit., 19 s. che lucidamente osserva come «the freestanding right of the defence to participate fully and effectively in the trial, irrespective of the strenght of the prosecution case, has become invisible».

accuratezza. Così, ad esempio, in *Al-Khawaja*<sup>294</sup>, in *Schatschaschwili*<sup>295</sup>, così come in altri casi successivi<sup>296</sup>, si afferma che un possibile contrappeso all'utilizzo decisivo delle prove unilateralmente raccolte in violazione al diritto al confronto è rappresentato dal fatto che i magistrati nazionali avessero valutato con particolare prudenza e attenzione tali risultanze, fornendo «*detailed reasoning as to why they considered that evidence to be reliable*»<sup>297</sup>. Argomentazioni di analogo tenore vengono spese anche in materia di immediatezza: in *Kashlev*<sup>298</sup>, infatti, si afferma che la mancata previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello in caso di *overturning* da assoluzione a condanna possa essere rimpiazzata (*recte*, compensata) da una motivazione particolarmente rafforzata dalla quale emerga la precisa e accurata valutazione che ha portato il giudice d'appello a rovesciare la decisione di prime cure.

A ben vedere, tali *refrain* sollevano un duplice ordine di problemi. Innanzitutto, l'estrema cautela nelle valutazioni del giudice penale rappresenta una pre-condizione per il suo agire in *ogni* caso in cui questo sia chiamato a svolgere la sua attività giurisdicente, non potendo certo essere degradata a elemento teso a ristorare una qualche *defaillance* nella tutela delle garanzie processuali. Non si immagina, infatti, in quale altro modo il giudice penale possa vagliare le questioni poste alla sua attenzione se non con il massimo rigore e accuratezza. In secondo luogo, poi, è del tutto indimostrato – e, si ritiene, indimostrabile – l'effetto realmente compensativo di una simile circostanza. Se, infatti, le misure compensative devono sanare gli *handicap* causati alla difesa dalla lesione di una garanzia<sup>299</sup>, non si riesce ad intuire come la perdita di un diritto difensivo

---

<sup>294</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011. *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 161. Nello specifico, la Corte fa riferimento al c.d. *warning* che il giudice del dibattimento aveva dato ai giurati circa la delicatezza con la quale avrebbero dovuto valutare le prove unilateralmente raccolte dall'accusa. Sulla inconsistenza e inefficacia di queste forme di monito date alle giurie, cfr. SEALY & CORNISH, *Juries and the rules of evidence*, in *Criminal law review*, Aprile 1973, 219 ss., i quali propongono uno studio statistico dal quale emerge che le giurie inglesi sembrano essere addirittura più propense a condannare piuttosto che ad assolvere se il giudice dà loro il *warning* circa il pericolo di condannare sulla base di risultanze conoscitive spurie. Giova precisare che, nonostante tale elemento non sia stato ritenuto dalla Corte sufficientemente compensativo per via dei peculiari aspetti della vicenda giudiziaria, ad esso è comunque stata attribuita efficacia potenzialmente compensativa (circostanza fra l'altro confermata dalla giurisprudenza successiva di seguito citata).

<sup>295</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 126.

<sup>296</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*, § 48.

<sup>297</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 126.

<sup>298</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*, § 48.

<sup>299</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 107 «*According to the principles developed in Al-Khawaja and Tahery (...) The Court must examine (...)*



minimo possa essere realmente controbilanciata da un (pur) attento vaglio del giudice penale che dovrebbe, comunque e in ogni caso, caratterizzare il suo agire.

Una ulteriore e assai preoccupante esemplificazione dei fattori di compensazione è stata spesso volte riconosciuta nella possibilità per l'accusato di fornire la propria versione dei fatti nonostante l'amputazione di altre basilari garanzie. Nell'ottica della Corte questa possibilità sarebbe sufficiente a mantenere il carattere *adversary* della procedura e, appunto, a ristorare l'accusato per la *deminutio* subita. A partire da *Schatschaschwili*, infatti, la Corte sembra annoverare la possibilità di fornire la propria versione dei fatti tra i fattori sananti la violazione del diritto al confronto<sup>300</sup>. Anche in materia di immediatezza, tale elemento pare poter compensare, sebbene unitamente ad altri fattori, la mancata rinnovazione della prova a seguito di mutamento del giudice<sup>301</sup>. Simili considerazioni si ritrovano anche in *Ibrahim*, in cui la Corte sottolinea tra i fattori con portata compensativa il fatto che all'accusato sia stata riconosciuta «*the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use*»<sup>302</sup>.

Annoverare come *counterbalance* la possibilità per l'accusato di fornire la propria versione dei fatti ed esercitare il proprio diritto alla prova contraria schiude scenari inquietanti per la tutela dei diritti fondamentali dell'imputato. Affermare che la compressione di una prerogativa essenziale per l'accusato sia sanata dalla facoltà di esercitare altri suoi diritti fondamentali pare comportare un effetto "sclerotizzante" sul sistema processuale, innescando una paradossale inversione di senso e di valore delle garanzie fondamentali. Ciò che più disturba in questa ricostruzione è il fatto che delle garanzie basilari, il cui rispetto deve essere garantito in partenza e a prescindere dalla tutela di altre guarentigie, possano entrare come addendo nella operazione di compensazione<sup>303</sup>. Da presidi a tutela dell'accusato, queste ultime subiscono uno

---

*whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair».*

<sup>300</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, § 131; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 10 maggio 2012, *Aigner c. Austria*, § 43; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*, § 48.

<sup>301</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina*, § 67-68.

<sup>302</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, § 274

<sup>303</sup> Cfr., concordemente sul punto, CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 294 s., il quale aggiunge secondo cui «*Far from representing a compensation of any sort, such*

sviluppo metamorfico fino ad assumere in concreto una indiretta efficacia *contra reum*. La loro presenza giustifica la vulnerazione di altri presidi difensivi<sup>304</sup>. La logica del giudice europeo che pare essere sottesa a tali ragionamenti è a dir poco preoccupante: il fatto che un accusato abbia goduto del diritto di parola nel suo processo, infatti, è uno degli elementi che compensa, ad esempio, la mancata possibilità di esaminare il suo principale accusatore.

Rimanendo nel più circoscritto ambito del diritto al confronto, ritenere che la possibilità di fornire la propria versione dei fatti rappresenti un elemento compensativo provoca un ulteriore effetto collaterale: quello indebolire il principio per cui l'onere della prova si trova in capo all'accusa. Secondo questo indirizzo, infatti, nel caso di utilizzo decisivo delle c.d. *untested evidence*, gli organi inquirenti sarebbero parzialmente dispensati dal loro obbligo dimostrativo e il dubbio non "giocherebbe" più a favore dell'imputato, che, evidentemente, non potrebbe limitarsi – come invece dovrebbe poter scegliere di fare – a tenere un contegno passivo durante il procedimento a suo carico. Sul punto, è stato efficacemente osservato che il riferimento alla possibilità di fornire la propria versione dei fatti ed esercitare il diritto alla controprova «rovescia la regola per cui è onere dell'accusatore raccogliere elementi su cui costruire l'imputazione; al suo posto s'introduce un principio secondo il quale la tesi accusatoria (basata su un elemento "debole") si rafforza perché non è stata fornita la controprova. L'irresistibilità delle prospettazioni dell'accusa sembra derivare dalla mancata attivazione dell'imputato»<sup>305</sup>.

Sulla scorta della precedente analisi, emerge chiaramente come buona parte degli elementi compensativi, in realtà, tale non sia. I fattori individuati a tale scopo, difatti, da un lato, non offrono alcun *surplus* di tutela rispetto a quello generalmente garantito, dall'altro, non si sostanziano neppure in garanzie aggiuntive a quelle, minime, che devono essere riconosciute in partenza affinché un processo possa definirsi equo. Analizzando la concreta individuazione di questi contrappesi si registra una dinamica che, come accennato, potremmo definire marcatamente recessiva: con preoccupante

---

*measures consist of further additional protections that are strictly necessary to make criminal proceedings fair. Actually, their relevance, as such, is perhaps so important that also the lack of these measures alone might cause the proceeding to be unfair».*

<sup>304</sup> Analogamente, BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 17.

<sup>305</sup> BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, cit., 17.

frequenza, infatti, la lesione di un diritto viene ritenuta compensata dalla presenza di un'altra garanzia fondamentale che deve *comunque* essere riconosciuta affinché il processo sia equo<sup>306</sup>. Deriva con evidenza, quindi, che nella maggior parte dei casi solo in modo improprio si potrà parlare di compensazione, giacché il *counterbalancing test*, lungi dal sanare gli effetti negativi derivanti dal mancato riconoscimento di un diritto, porterà solamente all'eliminazione secca di una garanzia, con un saldo in passivo sul fronte delle tutele difensive.

Oltre alla preoccupante individuazione dei fattori con effetto sanante, il vaglio di compensazione sembra peccare anche per via della mancanza di una chiara spiegazione sul suo funzionamento, lacuna, quest'ultima, che condivide con l'«*as a whole test*» di cui rappresenta la propaggine operativa. Nelle sentenze che fanno ricorso al *counterbalancing approach*, infatti, i giudici europei si limitano a postulare la necessità che una determinata lesione sia compensata ed elencano i fattori capaci di neutralizzare gli effetti negativi da essa promananti. L'elaborazione del meccanismo in esame fotografa uno sviluppo involuto della logica compensativa, che non chiarisce perimetro e funzionamento concreto del proprio operare<sup>307</sup>. A tale proposito, in dottrina si è rilevato come «*In discussing counterbalancing, it is important to note at the outset that the European Court does not set out a clear explanation of how it sees counterbalancing working, the circumstances in which counterbalancing may be conducted as part of Article 6 analysis, or the details of how such counterbalancing should be structured*».

---

<sup>306</sup> Sul punto, cfr. le efficaci considerazioni di GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 144 s., secondo il quale «*In cases where the European Court recognises that a potential violation has been neutralised, or counterbalanced away, the substance of the judgment often involves simply highlighting other rights to which the applicant was already entitled under Article 6. At the risk of oversimplifying, in these cases, the Court's counterbalancing logic seems to be that while an applicant may have lost her right to x under Article 6, she has not lost her right to y, and therefore the violation of x may be forgiven*», aggiungendo, poi, che «*the Court's references to counterbalancing mask an incoherent case law*».

<sup>307</sup> Concordemente, GOSS, *Criminal Fair Trial Rights*, cit., 140.

## **5. Effetti negativi a cascata sul diritto dell'Unione Europea**

Come noto, il panorama giuridico europeo si caratterizza per la 'dimensione reticolare'<sup>308</sup> delle fonti che lo regolano: il sistema euro-convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo, infatti, convive e interagisce con il diritto dell'Unione. Tale complesso assetto aspira a costituire quello che è stato suggestivamente definito come 'pluralismo ordinato' delle fonti e degli ordinamenti<sup>309</sup>.

In questa prospettiva, sono soprattutto i diritti fondamentali a rappresentare il terreno in cui diritto UE e sistema convenzionale si contaminano reciprocamente.<sup>310</sup> La Carta di Nizza, relativa ai diritti fondamentali dell'Unione europea, nel suo *drafting*, attinge ampiamente all'eredità culturale della Convenzione, creando già a livello contenutistico un forte collegamento con il sistema Cedu. Tale legame, poi, si consolida soprattutto attraverso l'art. 52,3 della Carta di Nizza, in base al quale, secondo un principio di equivalenza, «Laddove la presente 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». In materia di giustizia penale, poi, l'influenza del diritto Cedu su quello dell'Unione emerge in modo ancora più chiaro non appena si analizzi la normativa eurounitaria secondaria, a partire da quella che ha dato attuazione al c.d. 'Programma di Stoccolma'<sup>311</sup>, in cui il riferimento alla disciplina convenzionale e alla sua sedimentazione giurisprudenziale è costante<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 70.

<sup>309</sup> DELMAS MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo. Verso un pluralismo ordinato*, in AAVV, *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, Ipsoa, 2004, 208 ss. Al riguardo, cfr. altresì DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1986; trad. it. a cura di Bernardi - Palazzo, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1992, *passim*.

<sup>310</sup> KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 82.

<sup>311</sup> *Programma di Stoccolma. Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in G.U.U.E., 4maggio 2010, C 115/1.

<sup>312</sup> Sul punto, cfr. DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. pen.* 2018, 1402, secondo il quale «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo rappresenta da sempre il modello primario a cui si sono ispirati tutti gli atti UE in materia di diritti processuali degli accusati. Ciò è vero, anzitutto, per la Carta di Nizza, la quale proclama tutta una serie di garanzie a cui va attribuito significato e portata identica alla CEDU; ma, inevitabilmente, anche per i provvedimenti di diritto derivato UE. Del resto, una volta che l'UE ha deciso di costruire le disposizioni della sua Carta dei diritti dedicate alle garanzie dei

A fronte di un'influenza reciproca così accentuata tra i due ordinamenti, la descritta giurisprudenza in materia di equità processuale della Corte di Strasburgo non può che spaventare anche per le possibili ricadute negative che potrebbe avere sul processo di integrazione dell'Unione in materia di giustizia penale<sup>313</sup>. Se gli *standard* di protezione dei diritti processuali conoscono una stagione regressiva in seno al sistema convenzionale, è infatti verosimile che anche la disciplina dell'Unione sia destinata a un simile e parziale svilimento delle tutele processuali, complice anche la «vocazione più conservativa» che l'ha sempre contraddistinta e rispetto alla quale proprio il sistema della Convenzione faceva da pungolo<sup>314</sup>.

Quello illustrato, del resto, non pare essere l'unico pericolo, poiché è possibile immaginare il percorso anche al rovescio. In effetti, venuto meno il ruolo di stimolo al diritto euro-unitario circa l'innalzamento dei suoi *standard* di tutela, la Corte di Strasburgo potrebbe addirittura subire una contaminazione alla rovescia: «vi è infatti il rischio che i giudici della grande Europa, prendendo atto della presenza di uno standard UE più basso, siano portati a retrocedere e a diminuire anche il loro livello di tutela»<sup>315</sup>.

Da qualsiasi punto di osservazione si consideri la questione, quindi, la stagione inaugurata dalla Corte europea genera diverse preoccupazioni anche con riferimento ai delicatissimi rapporti tra diritto convenzionale e diritto UE.

## **6. L'influenza della logica compensativa sui sistemi nazionali: Corte costituzionale n. 132/2019**

Già densa di criticità a livello convenzionale, la logica compensativa corre il rischio di intaccare anche i sistemi interni o, quantomeno, la giurisprudenza delle loro corti di

---

prevenuti utilizzando quale punto di riferimento la CEDU, non poteva poi che andare a ripescare nel medesimo modello quando si è trovata a stilare norme minime proprie sul medesimo tema; ove avesse agito altrimenti, infatti, avrebbe incrementato il rischio di dare vita ad antinomie».

<sup>313</sup> Analogamente, CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., 295.

<sup>314</sup> KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 83 s., cui appartiene anche l'espressione citata.

<sup>315</sup> DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. pen.* 2018, 1406.

vertice<sup>316</sup>. Nell'ordinamento italiano, a ben vedere, più che di rischio, si tratta già di attuale realtà<sup>317</sup>. Allarmante esempio di questa contaminazione, infatti, è rappresentato dalla recente sentenza n. 132 del 2019 della Corte costituzionale<sup>318</sup>. In estrema sintesi, non potendo in questa sede approfondire tutti gli aspetti toccati dalla decisione, in questa pronuncia la Consulta giustifica una lettura debole e regressiva del canone dell'immediatezza facendo riferimento, tra gli altri, anche alla logica compensativa impiegata dalla Corte europea per risolvere analoga questione in sede convenzionale. Richiamando le pronunce *Cutean c. Romania*<sup>319</sup> e *Skaro c. Croazia*<sup>320</sup>, infatti, il giudice delle leggi di fatto invita il legislatore a introdurre «ragionevoli deroghe»<sup>321</sup> alla rinnovazione istruttoria in caso di mutamento del giudice, prevedendo delle «misur[e] compensativ[e]» finalizzate ad «assicurare che il nuovo giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio»<sup>322</sup>. Già da questo inciso si può apprezzare la direzione verso la quale si intende indirizzare la compensazione: essa, infatti, non è diretta a ristorare la difesa per l'impossibilità di esaminare le fonti di prova innanzi al giudice chiamato a decidere sul merito, quanto, piuttosto, a garantire che il nuovo giudice abbia una non meglio specificata «piena conoscenza»<sup>323</sup> delle prove assunte dal suo predecessore. Già dall'*incipit* è facile intuire come, anche a livello interno, le compensazioni possano solo impropriamente definirsi tali. Impostato in questo modo, il ragionamento tradisce un'idea di immediatezza come di un canone meramente

---

<sup>316</sup> A prescindere dalle annose questioni concernenti l'efficacia delle sentenze europee (sulle quali, fra tutti, cfr. la lucida ricostruzione di DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, cit., 1696 ss., nonché UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte Costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 19 ss.; UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 863 ss.; FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, 116), qui si tratta di mettere in luce un problema differente, che involge l'influenza pervasiva dei modelli logico-epistemici delle corti sovranazionali sui paradigmi interpretativi tradizionalmente utilizzati negli ordinamenti nazionali.

<sup>317</sup> MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, cit., 15.

<sup>318</sup> Per un lucido ed equilibrato commento della sentenza e delle questioni ad essa sottese, cfr., per tutti, DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante*, in *Giur. cost.*, 2019, 1551 ss.

<sup>319</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*, § 61.

<sup>320</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 6 dicembre 2016, *Skaro c. Croazia*, § 24.

<sup>321</sup> Corte cost., sent. n. 132/2019, § 3.2.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> *Ibidem*.

oggettivo, nel quale non pare scorgersi il benché minimo profilo di tutela a favore delle parti (e, nello specifico, dell'imputato). A tal proposito, in dottrina si è parlato di «sapiente oscuramento della dimensione di diritto individuale insita nel principio di immediatezza»<sup>324</sup> sulla «giostra delle compensazioni tipica delle pronunce di derivazione sopranazionale»<sup>325</sup>.

Il quadro non migliora – al contrario, si aggrava – laddove si consideri che tra le specifiche misure compensative richiamate dalla Corte costituzionale ricorre la possibilità per il giudice di rinnovare l'audizione dei testimoni che il medesimo ritiene 'importanti'. La mancanza di immediatezza tra *giudice* e *prova* – la cui causa non è in alcun modo addebitabile all'imputato, ma a esigenze amministrative che dipendono dallo Stato – e, dunque, della possibilità di esercitare un contraddittorio completo innanzi all'organo decisore dovrebbero ritenersi sanate dal potere esclusivamente affidato al nuovo giudice di ottenere, a sua discrezione, la nuova escussione dei testi ritenuti importanti a sua insindacabile scelta. Quello che, nel panorama codicistico di diritto interno, rappresentava un diritto indefettibile diviene ora, anche grazie al riferimento alla giurisprudenza strasburghese, valutazione ampiamente discrezionale del giudice. Circostanza ancor più preoccupante è che tale svilimento si consumi in nome di un concetto, quello di compensazione, che, se già a livello convenzionale solleva diversi problemi, nel diritto interno risulta essere ancora più inadeguato laddove impiegato nel sindacato di costituzionalità delle leggi interne<sup>326</sup>. «L'adeguamento alla Convenzione», si osserva giustamente in dottrina, «non può essere pagato al prezzo, troppo elevato, di mandare in frantumi la solida cornice del principio di legalità formale in cui è racchiuso il sistema interno dei diritti processuali. Il criterio delle garanzie compensative si presenta antitetico al concetto stesso di diritto fondamentale di matrice costituzionale. Le garanzie compensative riempiono lo spazio fluido dei meta diritti, come quello a un processo equo, ma non potranno mai rappresentare il paradigma di un solido diritto costituzionale»<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2019, 4.

<sup>325</sup> *Ivi*, 5.

<sup>326</sup> MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, cit., 6.

<sup>327</sup> *Ivi*, 7.





## BREVI RILIEVI CONCLUSIVI

La ricerca sin qui condotta ha dimostrato come la struttura del giudizio relativo al rispetto dell'art. 6 Cedu e delle garanzie processuali ivi tutelate abbia conosciuto una marcata *involuzione* nella giurisprudenza europea dell'ultimo decennio. A partire dalla sentenza *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, la Corte pare aver progressivamente ridotto il proprio vaglio alla mera misurazione dell'incidenza della lesione di una garanzia rispetto all'equità dell'intero procedimento (c.d. '*as a whole test*'). L'equità complessiva del procedimento diventa in questo modo una vera e propria *camera di compensazione* per le più diverse violazioni dei diritti processuali. Il plesso di tutele previste dall'art. 6, in special modo nel suo III paragrafo, di fatto si riduce a un'unica "garanzia", quella di equità complessiva dell'intero procedimento. In questo senso, è possibile sostenere che il *counterbalancing test* rappresenta una forma di teratogenesi del tradizionale approccio olistico della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di equità processuale.

Alla luce di questa valutazione globale e multicriteriale, che tutto coinvolge e tutto confonde, si schiudono pericolosi scenari regressivi per le guarentigie difensive. A una loro strutturazione *assiologica* pare che se ne sostituisca oggi una di tipo *teleologico*, che le subordina alla nozione di equità complessiva e che, in nome di questa, le costringe a continui compromessi regressivi con altri pseudo-valori o interessi. Per espressa affermazione della Corte, infatti, le singole garanzie difensive non sono dei valori in sé, ma solamente nella misura in cui contribuiscano a garantire (*recte*, non ostacolare) l'equità complessiva di un procedimento, nozione all'interno della quale vengono sempre più spesso ricompresi interessi di natura pubblicistica.

Il *che cos'è* (il *τί ἐστι* aristotelico) delle singole garanzie, dunque, sfuma in nome di un bilanciamento continuo e antagonistico con interessi considerati all'evidenza prioritari, come l'efficientismo della giustizia o la tutela della vittima. Ne deriva che l'esatto perimetro delle garanzie, al di là di mere formule di principio scarsamente cogenti, assume una reale consistenza solo nei singoli casi, dalle peculiarità dei quali, però, è anche irrimediabilmente condizionato. Tale "eccesso" di 'empirismo' fa emergere l'incoerenza latente che caratterizza la fisionomia della Corte, che è, da un lato, giudice dei casi concreti e, dall'altro, creativo titolare della nomofilachia del diritto Cedu;

nomofilachia che, in un sistema normato per principi come quello convenzionale, acquista un valore particolarmente pregnante e diventa vera e propria nomopoiesi.

Una simile impostazione, inoltre, porta la Corte a forzare la ontologica differenza tra la nozione di *precetto* e quella di *giudizio*, in una sorta di irrisolta commistione tra funzione giurisdizionale e funzione politico-legislativa che ne contraddistingue l'operato. 'Equità complessiva', '*as a whole test*' e 'garanzie compensative' sono tutti concetti oltremodo vaghi, che consentono al giudice europeo di trasformare il giudizio di equità in atto non solo giudiziario, ma anche autenticamente politico.

Il quadro delineato alla conclusione della ricerca restituisce un'immagine deformata delle garanzie processuali e, in modo particolare, di quelle garantite nel III paragrafo dell'art. 6 della Convenzione. Attraverso la loro gestione compensativa, infatti, esse vengono relativizzate e il loro contenuto diventa più incerto e imprevedibile. La stessa riflessione sulle compensazioni appare involuta e poco teorizzata: la Corte si limita, infatti, a postulare la necessità del vaglio compensativo e a elencare i fattori asseritamente idonei a neutralizzare gli effetti negativi promananti da una data violazione. Inoltre, sulla scorta della precedente analisi, emerge con evidenza come buona parte degli elementi compensativi, in realtà, tale non sia: da un lato, i fattori individuati a questo scopo non offrono alcun *surplus* di tutela rispetto a quello generalmente garantito, dall'altro, non si sostanziano neppure in garanzie aggiuntive a quelle che devono essere riconosciute in partenza affinché un processo possa definirsi equo. Al contrario, analizzando la concreta individuazione di questi contrappesi, si rileva che con preoccupante frequenza la lesione di un diritto è ritenuta compensata dalla presenza di un'altra garanzia fondamentale che deve *comunque* essere riconosciuta affinché il processo possa qualificarsi come equo. E' di tutta evidenza, quindi, che nella maggior parte dei casi solo impropriamente si potrà parlare di compensazione, giacché il *counterbalancing test*, lungi dal sanare alcunché, porterà solamente all'eliminazione secca di una garanzia, con un saldo in passivo sul fronte delle tutele difensive.

Nell'ultima parte del lavoro si sono altresì messe in luce le diverse criticità che da questo tipo di lettura dell'equità processuale derivano nei rapporti con il diritto dell'Unione europea e in quelli con i sistemi nazionali degli Stati membri della

Convenzione. In entrambi i casi, infatti, quello che potrebbe qualificarsi come “riduzionismo equitativo” delle garanzie proposto dalla Corte di Strasburgo rischia di contagiare sia l’integrazione europea in materia di giustizia penale, sia il *reasoning* delle corti di vertice nazionali, stimolando dinamiche recessive e non accrescitive nella tutela dei diritti processuali.

A margine di queste brevi note conclusive, infine, pare opportuno precisare come le opzioni ermeneutiche che solcano la giurisprudenza della Corte europea da un decennio a questa parte non rappresentino in alcun modo l’unica alternativa possibile e nemmeno la più coerente con il dato testuale e lo spirito della Convenzione. Per avvedersene, è sufficiente fare riferimento a una tanto risalente quanto illuminante pronuncia dell’allora Commissione europea: *Nielsen c. Danimarca*<sup>328</sup>. In questo caso, i giudici europei forniscono una interpretazione estremamente chiara e precisa della struttura del giudizio di equità, nella quale i diritti specifici contenuti nell’art. 6,3 non sono sviliti dal collegamento “mortifero” con l’art. 6,1 e vengono presi in considerazione di per sé, autonomamente. All’*‘as a whole test’* si arriva in un secondo momento, solamente qualora non siano state riscontrate violazioni dei diritti specifici ex 6,3 e, cosa ancor più sorprendente, all’esclusivo fine di verificare che nel corso dell’intero procedimento non vi siano stati altri elementi che, seppur non in contrasto con i diritti specifici di cui all’art. 6,3, abbiano comunque in altro modo intaccato l’equità complessiva del procedimento. Già a prima lettura, emerge con sorprendente evidenza l’orientamento diametralmente opposto di questa pronuncia rispetto a quello invalso nell’ultimo decennio: in *Nielsen* lo scrutinio dell’intero processo è diretto a cercare eventuali fattori di iniquità sfuggiti a un primo vaglio sul rispetto dei diritti specifici considerati in quanto tali; nella giurisprudenza attuale, invece, non c’è alcun vaglio sui diritti considerati in sé e si passa senza intermediazioni all’*‘as a whole test’* per verificare se nel corso del procedimento ci siano stati elementi sananti la violazione di cui il ricorrente si duole.

L’esistenza di tale indirizzo interpretativo, nonostante la sua risalenza, dimostra in modo molto concreto che gli odierni approdi interpretativi in materia di equità processuale non rappresentano gli unici possibili e che, nonostante un ineliminabile

---

<sup>328</sup> Commissione eur. dir. uomo, 15 marzo 1960, *Nielsen c. Danimarca*, § 52.

tasso di elasticità connaturato alla disciplina Cedu e al controllo della Corte, un altro modo di interpretare le garanzie di equità è assolutamente plausibile e, anzi, auspicabile.

In conclusione, occorre brevemente tratteggiare quelli che, *de jure condendo*, paiono essere i tratti essenziali sui quali si auspica possano essere rifondati struttura e contenuti del vaglio di equità processuale in materia di garanzie minime garantite *ex art. 6, par. 3*. Di capitale importanza, anche sulla scorta dell'insegnamento fornito da *Nielsen c. Danimarca*, è tornare a valutare il rispetto dei diritti minimi sanciti dall'art. 6,3 in autonomia rispetto alla nozione di 'equità complessiva' dalla quale i medesimi sono oggi fortemente condizionati. L'obiettivo è quello di liberare le garanzie di equità specificate nell'art. 6,3 dalla morsa dell'*overall fairness assesment*, tornando a valutare il rispetto delle singole garanzie in quanto tali e non così come relativizzate attraverso il filtro della assorbente nozione di equità. Da questo deriva, necessariamente, che alla valutazione globale dell'intero procedimento si potrà fare ricorso, dopo che il primo vaglio abbia escluso la violazione di un diritto specifico, al solo fine di verificare se esistano circostanze che, pur non riverberando direttamente in una violazione delle garanzie *ex art. 6,3*, siano state comunque in grado di intaccare la *fairness* evocata dall'art. 6,1. L'approccio olistico, dunque, dovrebbe recuperare una dimensione di garanzia per il singolo accusato ed essere, invece, proibito nel suo uso *in malam partem* e a fini compensativi.

Per quanto possibile e tenendo conto che il sistema convenzionale tenderà sempre a rifuggire qualsiasi automatismo, occorrerà tentare di ricucire il collegamento tra la lesione di un diritto e la sua proclamazione.

Solo nel solco di queste linee-guida, infatti, la Corte europea potrà riappropriarsi, anche in materia processuale, del proprio ruolo di *giudice dei diritti*, superando l'esperato relativismo che pare oggi condizionare la sua giurisprudenza.

## BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003.

AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3963 ss.

AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3747 ss.

AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 93 ss.

AMODIO, *La procedura penale, dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1419 ss.

AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003.

ANDREAZZA, BALSAMO, *La prova dichiarativa*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2006, n. 7/8, 1604 ss.

APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, 2007.

APRILE, *L'incidenza delle sentenze della Corte europea sul processo penale italiano*, in *Giur. di mer.*, 2008, 121 ss.

ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Laterza, 1999.

ASHWORTH, *A Decade of Human Rights in Criminal Justice*, in *Criminal Law Review*, 2014, n. 5, 325 ss.

ASHWORTH, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale*, in *Criminalia*, 2009, 249 ss.

ASHWORTH, REDMAYNE, *The Criminal Process*, Oxford University Press, 2010.

AURIEMMA, *Sulla prova unica o determinante – Il caso Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 571 ss.

BALSAMO, *Ancora su contumacia e dichiarazioni predibattimentali*, in *Cass. pen.*, 2007, 3092 ss.

BALSAMO, *È necessario che le prove così acquisite non siano determinanti per la responsabilità*, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 21, 72 ss.

BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, 121 ss.

BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del “nuovo corso” avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2833 ss.

BALSAMO, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio del contraddittorio: fra tradizione e innovazione*, in *Cass. Pen.*, 2006, 3016 ss.

BALSAMO, *La cultura della prova del giudice nazionale e l'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2007, 2036 ss.

BALSAMO, *Processo equo e utilizzazione delle dichiarazioni dei testimoni assenti, le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione e della Corte Suprema del Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2011, 4993 ss.

BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del «diritto vivente» nel processo di integrazione giuridica europea*, in *Cass. Pen.*, 2006, 3007 ss.

BALSAMO, LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, 333 ss.

BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001.

BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012.

BASILICO, *Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova Supreme Court*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2 luglio 2010.

BIN, *Diritti e argomenti - Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, X edizione, 2009.

BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, n.1.

BIRAL, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a fair trial*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, 331 ss.

BREMS, *Conflicting Human Rights: an Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2005, 294 ss.

BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.

BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in *Apollinaris*, 1990.

BULTRINI, *The future of the European Convention on Human Rights after the Brighton Conference*, in [www.iai.it](http://www.iai.it), Settembre 2012.

BUZZELLI, *Art. 6 (L'applicabilità dell'art. 6 comma 1 Cedu "nel suo aspetto penale")*, in UBERTIS, ZACCHE' (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, 135 ss.

CABIALE, *Limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019.

CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 283 ss.

CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, 1997.

CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2011.

CASIRAGHI, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti assenti*, in *Cass. pen.*, 2016, 2630 ss.

CASIRAGHI, *I nuovi approdi “europei” del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, 1363 ss.

CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande Camera ridefinisce la regola della prova unica o determinante*, in *Cass. pen.*, 2012, 3114 ss.

CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1211 ss.

CELIKSOY, *Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, 244 ss.

CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2003, 1447 ss.

CHENAL, GAMBINI, TAMIETTI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, 172 ss.

CHIAVARIO, *Art. 6*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, 153 ss.

CHIAVARIO, *La lunga marcia dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, 11 ss.

CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, Cedam, 2001.



CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle armi nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 172 ss.

CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, 2008.

CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in *www.sistemapenale.it*, 27 dicembre 2019.

CONSO, *Preambolo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001.

CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2015, n. 2, 1 ss.

COVOLO, *Guarantees of Judicial Protection under the ECHR: What Interactions with EU Law?*, in ALLEGREZZA, COVOLO (a cura di), *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings*, Cedam, 2018, 133 ss.

DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante*, in *Giur. cost.*, 2019, 1551 ss.

DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 4, 1696 ss.

DANIELE, *Principi costituzionali e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1008 ss.

DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 2014, 189 ss.

DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. pen.* 2018, 1396 ss.

DELMAS-MARTY, *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte Europea. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della convenzione*

europea, in DELMAS-MARTY (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'Uomo*, Cedam, 1994.

DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1986; trad. it. a cura di Bernardi - Palazzo, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1992.

DELMAS MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo. Verso un pluralismo ordinato*, in AAVV, *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, Ipsoa, 2004, 208 ss.

DELMAS-MARTY, *Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Dalloz*, 1988, 221 ss.

DENNIS, *Al Khawaja and Tahery v United Kingdom, Commentary*, in *Criminal Law Review*, 2012, 376 ss.

DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in PIZZORUSSO, VARRANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei. Studi di diritto comparato*, Giuffrè, 1985, 811 ss.

ELIACHEFF, LAVRIERE, *Il tempo delle vittime. Come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società contemporanea*, Ponte alle Grazie, 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Research Division), *Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb)*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), 31 agosto 2020.

FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Giappichelli, 2009.

FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 540 ss.

FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, 2012.

FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *www.archiviopenale.it*, 2019.

FERRUA, *Lacune ed anomalie nelle regole dell'esame incrociato*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 4, 1 ss.

FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 393 ss.

FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, 116 ss.

FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 69 ss.

GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 275 ss.

GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *www.treccani.it.*, 2014.

GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n.1.

GAETA, *Quando l'assoluzione vien riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020.

GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020.

GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina, 2007.

GARAPON, SALAS *La République pénalisée*, Hachette, 1996.

GERLA, *Logica fuzzy e paradossi* in *Lettera Matematica Pristem*, 1999, n. 32, 31 ss.

GIANNOULOPOULOS, *Improperly Obtained Evidence in Anglo-American and Continental Law*, Hart Publishing, 2019.

GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1128 ss.

GIOSTRA, voce *contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2001.

GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020.

GOSS, *Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart publishing, 2016.

GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, 2020.

GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014.

GUARINO, *Equità (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, I, 1937.

HABERMAS, *Etica del discorso*, Laterza, 2000.

HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018.

HOYANO, *What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, in *Criminal Law Review*, 2014.

JACKSON & SUMMERS, *Confrontation with Strasbourg: UK and Swiss Approaches to Criminal evidence*, in *Criminal law review*, 2013, 114 ss.

JACKSON, SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012.

JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

KOSKO, *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy*, Baldini & Castoldi, 2000.

KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, 1 ss.

KOSTORIS, *Il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni: Convenzione europea dei diritti dell'uomo e processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 806 ss.

KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019.

KOSTORIS, *Un diritto postmoderno*, in Id. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, 2016.

KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018.

KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in AAVV, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo – Kostoris, Giappichelli, 2008.

LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2020.

LAIRD, *Schatschaschwili v Germany. Commentary*, in *Criminal Law Review*, 2017, 142 ss.

LONATI, *Fair Trial and the Interpretation Approach Adopted by the Strasbourg Court*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 52 ss.

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)*, Giappichelli, 2008.

LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen.*, 2008, 1239 ss.

MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2001, 2836 ss.

MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 5, 1700 ss.

MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *Arch. Pen.*, n.3, 2020.

MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2019.

MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 aprile 2019.

MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle corti sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2017.

MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS, *I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio*, in MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Dykinson, 2014, 9 ss.

MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Maggioli, 1984.

MOLE, HARBY, *The right to a fair trial: a Guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Handbooks n. 3*, 2006.

NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2019.

NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 11, 3946 ss.

OST, *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in DELMAS-MARTY (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, 1994, 275 ss.

PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, n. 3, 1099 ss.

PAULESU, *Vittima di reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in BARGIS, BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, 127 ss.

PINAR OLCER, *The European Court of Human rights: The Fair Trail Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, in THAMAN (a cura di), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013, 371 ss.

PRESSACO, *Equo processo ed immutabilità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 356 ss.

RAYMOND, *Les droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des liberté ordinamentales*, in *Révue des droits de l'homme*, 1970, 289 ss.

RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 1997.

RE, voce 'Due process of law', in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XII, 1989.

RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo (Nota a C. eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania e C. eur. dir. uomo, Sez. III, 9 aprile 2013, Flueraş c. Romania)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 maggio 2013.

RYSSDAL, *Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 1996, 18 ss.

SAPIENZA, *Art. 1*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012.

SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015.

SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Camerino pronunciato il 23 novembre 1879, oggi in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 2012.

SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, 2019.

SEALY & CORNISH, *Juries and the rules of evidence*, in *Criminal Law Review*, 1973, 208 ss.

SILLY, *Equità (storia del diritto)*, in *Digesto IV*, Sez. civile, Vol. VII, Utet, 1991.

SOLIDORO, MARUOTTI, *Tra morale e diritto: Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Giappichelli, 2013.

SOO, *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK (13th of September 2016)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 327 ss.

SPENCER, *Orality and the evidence of the absent witnesses*, in *Criminal law review*, 1994, 628 ss.

SPERDUTI, *Il principio di preminenza del diritto e sua garanzia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AAVV, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, 1991.

STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1.

STELLIN, *Scenari. Corti Europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 2, 24 ss.

SUMMERS, *Fair trials: the European Criminal Procedural Tradition and the European Courts of Human Rights*, Hart Publishing, 2007.

SUTHERLAND, *Schatschaschwili v Germany (Report)*, in *Criminal Law Review*, 2017, 140 ss.



TAMIETTI, *Il diritto a interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 501 ss.

TAYLOR, ORMEROD, *Mind the Gaps: Safety, Fairness and Moral Legitimacy*, in *Criminal Law Review*, 2004, 266.

TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 luglio 2014.

TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017.

TONINI, *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12, 1998, 1506 ss.

TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878 ss.

TOSI, *Il protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, 137 ss.

TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006.

TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, 468 ss.

UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 863 ss.

UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 3, 1091 ss.

UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, 389 ss.

UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 6, 2102.

UBERTIS, *La “rivoluzione d’ottobre” della Corte Costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 19 ss.

UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2009.

VALENTINI C., *La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, n.6, 139 ss.

VALENTINI C., *La prova decisiva*, Cedam, 2013.

VALENTINI V., *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 1, 97 ss.

VECA, *Sull’idea di giustizia procedurale minima*, in *Rivista di filosofia*, 2001, 219 ss.

VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie, ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 1, 294 ss.

VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle testimonianze anonime*, in *Giur. it.*, 1998, 851.

ZACCHE’, *Ammissione della prova a discarico: il nuovo test ‘Murtazaliyeva’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1057 ss.

ZACCHE’, *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in GAITO, CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Giappichelli, 2016, 257 ss.

ZACCHE’, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2012.

ZADEH, *Fuzzy algorithms*, in *Information and Control*, 1968, n. 5, 94 ss.

ZADEH, *Fuzzy Sets*, in *Information and Control*, 1965, n. 8, 338 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 2001.

## Bibliografia

ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 19 dicembre 2007.

## GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Commissione eur. dir. uomo, 15 marzo 1960, *Nielsen c. Danimarca*

Corte eur. dir. uomo, 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Francia*

Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*

Corte eur. dir. uomo, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 25 aprile 1978, *Tyner c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*

Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, 6 maggio 1985, *Bönisch c. Austria*

Corte eur. dir. uomo, 29 maggio 1986, *Feldbrugge c. Paesi Bassi*

Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1986, *Glaserapp c. Germania*

Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1986, *Kosiek c. Germania*

Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*

Corte eur. dir. uomo, 6 dicembre 1988, *Barberà, Masegué e Jabardo c. Spagna*

Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Bricmont c. Belgio*

Corte eur. dir. uomo, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*

Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*

Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 1990, *Moreira de Azevedo c. Portogallo*

Corte eur. dir. uomo, 19 Febbraio 1991, *Isgro' c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*

Corte eur. dir. uomo, 15 giugno 1992, *Lüdi c. Svizzera*

Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*

Corte eur. dir. uomo, 16 dicembre 1992, *Edwards c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 20 settembre 1993, *Saidi c. Francia*

Corte eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, *Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*

Corte eur. dir. uomo, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*

Corte eur. dir. uomo, 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*

Corte eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, *Twalib c. Grecia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 12 dicembre 2001, *Bankovic e altri c. Belgio e altri Stati Contraenti*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 20 dicembre 2001, *P.S. c. Germania*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 14 febbraio 2002, *Visser c. Paesi Bassi*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia e Germania*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 giugno 2002, *Borghi c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 4 marzo 2003, *Sofri e altri c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 13 maggio 2004, *Chifari c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 gennaio 2005, *Mayzit c. Russia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 17 novembre 2005, *Haas c. Germania*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 9 gennaio 2007, *Gossa c. Polonia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 25 gennaio 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 11 dicembre 2008, *Mirilashvili c. Russia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 27 gennaio 2009, *Mika c. Svezia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 13 ottobre 2009, *Dayanan c. Turchia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 23 marzo 2010, *Orhan Çağan c. Turchia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy c. Russia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 10 ottobre 2013, *Topic c. Croazia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2014, *Lučić c. Croazia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 23 giugno 2016, *Ben Moumen c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*



Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 6 dicembre 2016, *Skaro c. Croazia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 17 gennaio 2017, *Habran e Dalem c. Belgio*

Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 27 aprile 2017, *Zherdev c. Ucraina*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*

Corte eur. dir. uomo, Gr. Camera, 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 4 giugno 2019, *Farrugia c. Malta*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 novembre 2020, *Dan c. Repubblica di Moldova n. 2*