Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

CLAUDIO ORLANDO*

PRESENZA DELL'ACCUSATO, DIRITTO AL CONFRONTO E GIUDIZIO DI EQUITÀ PROCESSUALE NELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO

SOMMARIO: 1. Partecipazione processuale e diritto al confronto: un legame dalle molteplici sfumature. – 2. Il giudizio di equità processuale della Corte di Strasburgo: l'applicabilità dell'"*Al-Khawaja test*" nelle ipotesi di assenza dell'imputato o del suo difensore. – 3. L'espansione del "*counterbalance test*" e la mancanza di un criterio generale per affrontare il problema dell'assenza dell'imputato all'esame dibattimentale. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Partecipazione processuale e diritto al confronto: un legame dalle molteplici sfumature*

A livello europeo, il rapporto tra il diritto di partecipare personalmente al proprio processo e il diritto al confronto ha assunto dei tratti decisamente problematici nell'ambito delle dinamiche inerenti all'equità procedimentale in materia probatoria. Non si tratta certo di una questione nuova all'elaborazione della dottrina processualpenalistica; tuttavia, negli ultimi anni essa ha acquistato particolare attualità alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Già un anno prima della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo sul noto caso Colozza c. Italia[1] – che tradizionalmente riveste un ruolo essenziale nel riconoscimento alla persona accusata del diritto alla presenza nel processo –, il Prof. Mario Chiavario aveva sottolineato lo stretto legame sussistente tra giurisdizione penale, partecipazione processuale e contraddittorio, evidenziando che l'esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice implica che, «prima della decisione, le parti abbiano, sia pure in una veste ed in una funzione ben diverse e ben distinte da quelle del giudice, la possibilità di svolgere un ruolo di

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Messina.

[1] Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 febbraio 1985, ricorso n. 9024/80, *Colozza c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

protagonisti del processo»[2]. A ben vedere, tale possibilità non si estrinseca semplicemente nel diritto delle parti di essere presenti, ma si traduce in un più specifico diritto di partecipazione attiva all'accertamento processuale[3], che trova la sua massima espansione nel contraddittorio tra le parti[4]. Ciò non deve indurre, tuttavia, nell'erronea convinzione che la presenza dell'imputato in dibattimento costituisca una condizione necessaria per l'esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice. Si tratta, piuttosto, di un diritto fondamentale dell'individuo[5] che, se non trovasse una corretta manifestazione nel contraddittorio, determinerebbe la violazione del principio dell'*audiatur et altera pars*, in ragione del quale nessun provvedimento pregiudizievole può essere pronunciato nei confronti di chi non abbia potuto far valere le proprie ragioni in giudizio[6]. Questa massima, infatti, rappresenta un fondamentale valore di garanzia, che si apprezza non soltanto in riferimento alla sentenza di condanna ma anche ad altri provvedimenti giudiziali quali il decreto che dispone il giudizio – in quanto prodromico all'inizio del dibattimento ed espressione di un giudizio prognostico di colpevolezza[7] della persona accusata – e la sentenza di proscioglimento[8] – nell'ipotesi in

[2] Così M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*[3], Milano, 1984, p. 171; v. anche M. CHIAVARIO, sub *art. 6 Cedu*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 234 ss.

[3] Sul punto v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 dicembre 1988, ricorso n. 10590/83, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[4] Cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 172; S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in *La legislazione penale*, 19 ottobre 2020, p. 108; S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* In Absentia *Trials and* Inaudito Reo *Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law*, Cham, 2019, p. 579 ss.; S. RUGGERI, Audi Alteram Partem *in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham, 2017, p. 321 ss.

[5] Sul punto v. S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, cit., p. 109.

[6] In tema v. O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, p. 247 ss.; C. CONTI, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, p. 103 ss.; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, p. 99 ss.; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giu.*, VIII, Roma, 2001, p. 1; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*[4], Milano, 2017, p. 175 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, 1958, p. 212: l'Autore sottolinea che «contraddittorio, dubbio e decisione costituiscono fasi di un processo unitario: le proposte avanzate da una "contro" l'altra parte; la tensione fra la logica dei due o più ragionamenti; la scelta, infine, che taglia l'indugio e divide la ragione dal torto».

[7] È opportuno sottolineare che di recente il legislatore italiano, all'art. 1 della l. n. 134/2021 recante "*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*", ha inteso modificare la regola di giudizio per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere, prevedendo che questi provvedimenti siano pronunciati quando gli elementi acquisiti non consentano una "ragionevole previsione di condanna". L'ordinamento giuridico italiano, pertanto, ha scelto di rendere più selettivo il passaggio al giudizio dibattimentale, rafforzando la portata del giudizio prognostico di colpevolezza. Eppure, porre direttamente la "condanna" come oggetto di valutazione rischia di spostare irrimediabilmente l'asse del procedimento penale dal dibattimento alla fase delle indagini preliminari, determinando, peraltro, non pochi problemi sul versante della presunzione di innocenza della persona accusata. Infatti, «agli occhi dei giudizi dibattimentali, chi è rinviato a giudizio apparirà come persona a carico della quale sono già stati raccolti elementi tali da giustificare la condanna». Così P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *disCrimen*, 12 luglio 2021, p. 2; in tema v. anche M. DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *Cass. pen.*, 2021, X, p. 3069 ss.; M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sistema Penale*, 27 gennaio 2020, p. 131 ss.

[8] Questo spiega perché il proscioglimento prima del dibattimento presuppone la verifica della mancata opposizione dell'imputato (cfr. art. 469 c.p.p.). Ciononostante, si tratta pur sempre di una soluzione debole, in quanto non viene richiesto un "esplicito assenso" della persona accusata.

cui da essa derivino effetti non pienamente favorevoli nei confronti del prosciolto – i quali possono essere considerati delle pronunce dal carattere potenzialmente pregiudizievole[9].

Sulla scorta di queste prime riflessioni è ragionevole sostenere che i diritti e le garanzie contenute nell'art. 6 Cedu rischierebbero di costituire una mera scatola vuota nell'ipotesi in cui non fosse riconosciuto alla persona accusata il diritto di contribuire personalmente all'accertamento dei fatti a lui imputati[10].

Eppure, come è noto il diritto alla presenza dell'imputato non trova un'esplicita tutela nella formulazione dell'art. 6 della Convenzione, essendo, invece, previsto nell'art. 14, § 3, lett. *d* del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che pur ne condivide il processo genetico[11]. Ciò non significa, tuttavia, che tale garanzia non venga presa in considerazione dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo, per l'appunto, l'ha eretta a componente fondamentale del "processo equo"[12], precisando che «the object and purpose of the Article [6] taken as a whole show that a person "charged with a criminal offence" is entitled to take part in the hearing»[13]. A ben vedere, il modello di equità processuale scandito dall'art. 6 Cedu prevede una nutrita schiera di diritti e garanzie (il diritto a difendersi da sé, il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni, il diritto a farsi assistere da un interprete se non si comprende la lingua impiegata nell'udienza) che difficilmente potrebbero trovare concreta attuazione senza riconoscere all'imputato il diritto di essere presente[14]. Del resto, la Corte ritiene assolutamente indispensabile per la definizione di ogni giudizio il rispetto del principio di *fair hearing*[15], il quale postula l'esigenza che la contesa dialettica si svolga tra le parti in condizioni di parità. La *par condicio* tra le parti costituisce, infatti, uno dei valori fondamentali nell'ambito dei sistemi ad ispirazione accusatoria e riconoscere alla persona accusata il diritto di contribuire personalmente all'accertamento processuale – salvo che quest'ultima vi rinunci inequivocabilmente – rappresenta un elemento determinante per il soddisfacimento della stessa. Ciò ha portato i giudici europei

---

[9] Sul punto v. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 174.

[10] È doveroso sottolineare, tuttavia, che a livello eurounitario il diritto alla presenza non viene concepito in termini assoluti. L'art. 8, § 2, della Direttiva 2016/343/UE "*sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*", infatti, riconosce agli Stati membri la possibilità di prevedere che un processo possa svolgersi in assenza dell'indagato o imputato a condizione che quest'ultimo sia stato informato entro un termine adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione, ovvero che, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato.

[11] Sul punto v. S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, cit., pp. 108-109.

[12] Cfr. M. CHIAVARIO, sub *art. 6 Cedu*, cit., p. 234 ss.; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*[8], Milano, 2019, p. 209; S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* cit., p. 579 ss.

[13] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Colozza c. Italia*, cit., § 27.

[14] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Colozza c. Italia*, cit., § 27; in dottrina v. S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* cit., p. 581.

[15] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2015, ricorso n. 9154/10, *Schatschaschwili c. Germania*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 100: «The Court reiterates that the guarantees in paragraph 3 (d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of this provision».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2011, ricorsi n. 26766/05 e 22228/06, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 118; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 marzo 2005, ricorso n. 9808/02, *Stoichkov v. Bulgaria*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 55: «It is of capital importance that a criminal defendant should appear, both because of his or her right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his or her statements and compare them with those of the victim – whose interests need to be protected – and of the witnesses».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 febbraio 2001, ricorso n. 29731/96, *Krombach c. Francia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 84; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 1993, ricorso n. 14032/88, *Poitrimol c. Francia,* in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 35.

ad affermare che «the duty to guarantee the right of a criminal defendant to be present in the courtroom ranks as one of the essential requirements of Article 6»[16].

Sulla scorta di queste riflessioni, pare indubbio al giorno d'oggi che il diritto in questione rientri, ormai, nel novero delle garanzie tutelate dall'art. 6 Cedu[17]. Esso, infatti, viene valutato come un principio generale che informa pressoché l'intero arco del procedimento penale, sebbene la Corte abbia più volte rilevato che la partecipazione personale dell'imputato nel giudizio di appello e di legittimità non riveste lo stesso ruolo che assume in primo grado[18].

In questa prospettiva, l'imputato, in quanto parte necessaria dell'accertamento penale, è chiamato a svolgere un ruolo di assoluto protagonista all'interno del circuito dialettico. Ora, il principio del contraddittorio nella formazione della prova trova la sua massima espressione nel confronto tra le parti[19], «ossia [in] quel gioco di interventi alternativi o contestuali, [in] quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'*iter* del processo verso la fine»[20]. Nella sua versione europea, esso può dirsi rispettato nella misura in cui venga riconosciuta alla persona accusata un'occasione adeguata e sufficiente per contestare le argomentazioni d'accusa[21]. E la Corte precisa che, come regola generale, gli elementi di prova devono essere prodotti in presenza dell'imputato ed in pubblica udienza, ai fini di un dibattimento che si realizzi nel pieno contraddittorio[22]. Alla luce di ciò, va sicuramente valorizzato quell'approccio che vede nel principio del contraddittorio anche e soprattutto «un diritto delle parti e precipuamente una garanzia per la difesa»[23].

---

[16] Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° marzo 2006, ricorso n. 56581/00, *Sejdovic c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int* § 84; Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 ottobre 2006, ricorso n. 18114/02, *Hermi c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, §§ 58-59; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stoichkov v. Bulgaria*, cit., § 56.

[17] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sejdovic c. Italia*, cit., § 81-82; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 novembre 2004, ricorso n. 67972/01, *Somogyi c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 66; Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2004, ricorso n. 66460/01, *Novoselov c. Russia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 maggio 2004, ricorso n. 46549/99, *Yavuz c. Austria*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 45.

[18] Sul punto v. A. DE CARO, *Udienza pubblica e diritto alla partecipazione diretta al processo*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 443, il quale sottolinea che la necessità della partecipazione dell'accusato nel giudizio di appello deriva dall'eventualità che la Corte d'appello debba valutare profili inerenti al fatto cristallizzato nell'imputazione; nella giurisprudenza di Strasburgo v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 ottobre 2021, ricorsi n. 20903/15, 20973/15, 20980/15 e 24505/15, *Maestri e altri c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 2021, ricorsi n. 15931/15 e 16459/15, *Di Martino e Molinari c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 ottobre 2011, ricorso n. 8999/07, *Dan c. Moldavia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hermi c. Italia*, cit.

[19] In tema v. O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 247; Cfr. C. CONTI, voce *Contraddittorio*, cit., p. 103 ss.; C. CONTI, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 627 ss.

[20] Così P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., p. 100.

[21] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit., § 118: «The accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 ottobre 2012, ricorso n. 26171/07, *Hümmer c. Germania*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 38; in dottrina v. O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 247.

[22] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 maggio 2010, ricorso n. 231/07, *Ogaristi c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 57; v. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 maggio 2001, ricorso n. 33354/96, *Lucà c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 39: «The evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument».

[23] Così S. RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale. Un'analisi critica della disciplina italiana in prospettiva interdisciplinare e nell'ottica del diritto comparato*, in *La legislazione penale*, 9 febbraio 2017, p. 4.

Seguendo questo ragionamento, risulta opportuno ragionare sull'effettiva relazione che intercorre tra il diritto a partecipare personalmente al proprio processo e il diritto al confronto. A ben vedere, il problema relativo alla partecipazione processuale e alla tutela del contraddittorio assume dei connotati particolarmente delicati in merito alle attività tradizionalmente deputate alla formazione della prova in dibattimento[24]. Nello specifico, occorre comprendere cosa succeda se all'imputato non venga offerta una adeguata opportunità per contestare le dichiarazioni rese dal proprio accusatore e se la sola presenza del difensore in sede di controesame possa costituire un'idonea garanzia a soddisfare il diritto al confronto così come delineato dall'art. 6, § 3, lett. *d* della Cedu. Solo un'attenta disamina dei più recenti orientamenti di Strasburgo consentirà di valutare il legame esistente tra i due diritti fondamentali e di proporre una rilettura delle posizioni sinora assunte in materia.

2. *Il giudizio di equità processuale della Corte di Strasburgo: l'applicabilità dell'*"Al-Khawaja test*" nelle ipotesi di assenza dell'imputato o del suo difensore*

Un corretto approccio a così complesse questioni richiede preliminarmente una precisazione di carattere metodologico. Il compito della Corte europea dei diritti dell'uomo non è quello di verificare l'utilizzabilità o meno di una prova dichiarativa resa in assenza dell'imputato. I giudici di Strasburgo hanno più volte evidenziato che il potere di compiere un simile accertamento spetta esclusivamente alle corti nazionali[25]. Ciò che, invece, viene sottoposto al vaglio della Corte è l'equità del procedimento considerato nel suo complesso[26]. In effetti, la violazione di singole garanzie processuali riconosciute dall'art. 6 non determina automaticamente «an infringment of the fairness of the proceedings»[27]. Si tratta, pertanto, di una valutazione decisamente flessibile, che costituisce la diretta manifestazione della logica *floue* della Corte di Strasburgo, per cui la verifica della *fairness* globale del procedimento mal si concilia con l'affermazione di regole inderogabili[28].

---

[24] Cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 196.

[25] Sul punto v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lucà c. Italia*, cit., § 38: «The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° giugno 2010, ricorso n. 22978/05, *Gäfgen c. Germania*, in *www.hudoc.echr.coe.int* § 163; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 aprile 1997, ricorsi n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 50; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1996, ricorso n. 20524/92, *Doorson c. Paesi Bassi*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 67; Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 novembre 1989, ricorso n. 11454/85, *Kostovski c. Paesi Bassi*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 39.

[26] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lucà c. Italia*, cit., § 38: «The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair».; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gäfgen c. Germania*, cit., § 163; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 50; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 67; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit., § 39.

[27] Così S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*, Cham, 2020, p. 86.

[28] In tema v. M. VOGLIOTTI, *La logica* floue *della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianza anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, p. 851 ss.; G. CANESCHI, S. LONATI, *Il diritto*

Ora, l'eventualità che vengano impiegate *contra reum* delle dichiarazioni rilasciate in assenza di contraddittorio non ha determinato i giudici europei a predicare radicalmente l'esistenza di una violazione della Cedu. Nell'ultimo decennio, infatti, la Corte di Strasburgo ha ridisegnato «il perimetro dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore»[29], accontentandosi di un contraddittorio in qualche modo "riequilibrato" da fattori che possano adeguatamente compensare l'assunzione della prova senza un confronto diretto. A partire dalla nota sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, per accertare la compatibilità convenzionale di una condanna fondata sulla base di tali contributi dichiarativi, i giudici europei hanno sviluppato uno specifico *test of fairness* – poi ulteriormente definito in Schatschaschwili c. Germania – basato su tre *step* di controllo: dopo aver esaminato la sussistenza di una valida ragione che giustifichi la mancata comparizione del soggetto in dibattimento[30] e l'eventuale carattere decisivo della deposizione testimoniale[31], la Corte si riserva di verificare se l'ordinamento giuridico nazionale abbia offerto all'imputato dei *counterbalancing factors* idonei a bilanciare una situazione patologica occorsa in sede di controesame[32]. Pertanto, le "garanzie compensative" riconosciute dall'ordinamento domestico dovranno essere in grado di riequilibrare il livello di incisività ai fini decisori della prova dichiarativa[33].

Rispetto a quest'ultimo profilo, peraltro, i giudici di Strasburgo non hanno provveduto a definire un catalogo tassativo degli elementi in parola, limitandosi nella giurisprudenza

alla prova e il principio del contraddittorio, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021, p. 204.

[29] Così R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, III, p. 1363.

[30] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit., § 120: «The requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined».; è opportuno sottolineare che in *Schatschaschwili c. Germania* (§ 113) la Corte europea ha specificato che «the lack of good reason for the non-attendance of a witness could not, of itself, be conclusive of the lack of fairness of a trial, although it remained a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness, and one which might tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3(d)».

[31] Sul punto v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit., § 131: «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».; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 116.

[32] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 116: «Given that the Court's concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, it must review the existence of sufficient counterbalancing factors not only in cases in which the evidence given by an absent witness was the sole or decisive basis for the applicant's conviction but also in those cases where, following its assessment of the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence, it finds it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission may have handicapped the defence. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair will depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors will have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair».

[33] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 giugno 2016, ricorso n. 3977/13, *Ben Moumen c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

successiva al caso Al-Khawaja a fornire solo alcuni esempi[34]. Ciò ha portato parte della dottrina ad obiettare che la mancata precisazione di quali garanzie potessero effettivamente riequilibrare una violazione del diritto al confronto avrebbe attribuito alle autorità nazionali un eccessivo margine di discrezionalità[35]. Eppure, questa impostazione pare possa esser condivisa solo in parte, in quanto il potere di sindacare l'effettiva adeguatezza dei fattori compensativi spetta in ultima istanza alla Corte di Strasburgo. L'asse di tale momento valutativo, dunque, sembra irrimediabilmente spostarsi verso la stessa Corte, determinando un depotenziamento dei poteri di accertamento riconosciuti agli organi giurisdizionali nazionali, che finiscono per riflettere solo una parte dell'*overall fairness test* condotto dai giudici europei.

A ben vedere, con le sentenze Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito e Schatschaschwili c. Germania, i giudici europei hanno significativamente ridimensionato la portata assiologica del diritto al confronto in presenza di obiettivi ostacoli che si frappongano alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti. Ebbene, ai fini del presente studio, occorre comprendere in che modo l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo incida sul diritto della persona accusata a partecipare al proprio processo e ad offrire un contributo personale e consapevole al confronto con il proprio accusatore.

Ora, sebbene l'"*Al-Khawaja test*" sia stato sviluppato per scenari processuali in cui è assente il testimone d'accusa[36], la Corte europea di recente ha chiarito che un siffatto metodo di accertamento possa essere applicato anche in contesti in cui ad essere assente è l'imputato o il suo difensore[37]. Pertanto, anche l'evenienza che l'esame dibattimentale si sviluppi secondo queste modalità costituisce un rilevante fattore che deve essere necessariamente soppesato nel complessivo giudizio di equità processuale, con l'evidente corollario che dalla

---

[34] Si pensi al diritto riconosciuto all'imputato di fornire la propria versione dei fatti e mettere in dubbio la credibilità delle dichiarazioni rese da un testimone assente (Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 131), ovvero alla possibilità di riprodurre in dibattimento la videoregistrazione di una testimonianza resa nel corso della fase investigativa (Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 luglio 2012, ricorso n. 18475/05, *Chmura c. Polonia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 50).

[35] In tema v. P.S. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Dissenting opinion* a margine di Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 2018, ricorso n. 36658/05, *Murtazaliyeva c. Russia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 48.

[36] Sul punto v. *ex multis* A. TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Quest. gius.*, 2019, p. 328; R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, cit., p. 1363 ss.; A. BALSAMO, *The Content of Fundamental Rights*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Cham, 2018, p. 133; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*[2], vol. I, Torino, 2017, p 260 ss.; P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 396 ss.; A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.,* 2013, VII-VIII, p. 2837 ss.; S. MAFFEI, *The right to confrontation in Europe. Absent, anonymous and vulnerable witnesses*, Groningen, 2012, p. 49 ss.; F. ZACCHÈ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 17 gennaio 2012, p. 5.; A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano,* in A. BALSAMO, R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 340.

[37] In tema v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 luglio 2020, ricorso n. 53791/11, *Chernika c. Ucraina*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 46: «The *Al-Khawaja* and *Schatschaschwili* principles can also be applicable where the witnesses do appear before the trial court but procedural irregularities prevent the applicant from examining them. They can also serve as guidance where the relevant issue is not the non-appearance of witnesses at the trial but rather the modalities of their cross-examination which may limit the rights of the defence».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 dicembre 2019, ricorso n. 74845/12, *Ürek e Ürek c. Turchia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 49; Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 maggio 2017, ricorso n. 47158/11, *Cherpion c. Belgio*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, §§ 35-41.

mancata partecipazione dell'imputato o del difensore non discende automaticamente una violazione convenzionale.

In questa prospettiva, il problema di definire il grado di adeguatezza che le singole garanzie compensative devono soddisfare per giustificare tale bilanciamento assume dei connotati ancor più delicati. Si tratta di una sfida certamente ardua se si considera che, da una lettura congiunta dei §§ 1 e 3 dell'art. 6 Cedu, emerge il diritto della persona accusata a svolgere un ruolo cruciale non solo nella ricostruzione dei fatti oggetto di imputazione ma anche nell'attività decisoria, essendo il suo apporto idoneo ad incidere sul convincimento del giudice[38]. Quest'ultimo, infatti, non potrebbe risolvere alcuni aspetti relativi all'accertamento della responsabilità penale laddove non venga riconosciuta all'imputato la possibilità di contribuire personalmente al confronto con il proprio accusatore[39]. Pertanto, parametrare l'efficacia dei *counterbalancing factors* al peso rivestito dalla presenza dall'imputato in sede di assunzione della prova, senza definire un criterio certo che sorregga tale apprezzamento, rischia di rafforzare ulteriormente quella logica gradualistica e sfumata che caratterizza il giudizio della Corte di Strasburgo.

3. *L'espansione del "*counterbalance test*" e la mancanza di un criterio generale per affrontare il problema dell'assenza dell'imputato all'esame dibattimentale*

Se di recente l'eventualità che non venga concessa né all'imputato né al suo difensore la possibilità di controesaminare il teste chiave d'accusa ha determinato i giudici di Strasburgo a riconoscere la sussistenza di una violazione convenzionale[40], occorre adesso verificare se la sola partecipazione del difensore all'esame dibattimentale possa costituire un elemento che sappia adeguatamente compensare l'assenza dell'imputato.

Per cercare di dare una risposta a questo interrogativo è necessario, innanzitutto, comprendere come debba essere interpretata l'espressione «examine or have examined witnesses against him» di cui all'art. 6, § 3, lett. *d* Cedu. Ad una prima lettura, la soluzione adottata dal testo della Convenzione europea sembra riflettere l'alternativa tra "autodifesa" e "difesa tecnica", nel senso di richiedere che il confronto con il teste a carico possa svilupparsi tramite domande poste direttamente dall'imputato o dal suo difensore[41]. Sul piano probatorio pare indubbio che questo sia il metodo più idoneo ad esaltare quella concezione "forte" del contraddittorio che ispira i sistemi processuali di stampo marcatamente *adversarial*. Eppure, se si accogliesse acriticamente una simile impostazione non si riuscirebbe a spiegare la compatibilità convenzionale di quei modelli processuali che consentono anche al giudice di porre domande per conto delle parti. Si pensi alle deroghe alla *cross-examination* previste dal legislatore italiano in tema di esame testimoniale del minore: l'art. 498, comma 4, c.p.p.

---

[38] Cfr. S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, cit., pp. 109-110.

[39] In tema v. D. NEGRI, *Il processo* in absentia, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, p. 214.

[40] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chernika c. Ucraina,* cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ürek e Ürek c. Turchia,* cit.

[41] Cfr. D. NEGRI, *Il processo* in absentia, cit., p. 213; S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* cit., p. 597; G. CANESCHI, S. LONATI, *Il diritto alla prova e il principio del contraddittorio*, cit., p. 181.

prevede espressamente che l'esame in parola venga condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Ancora più problematiche risultano alcune soluzioni adottate da diversi sistemi stranieri, come il modello di esame testimoniale configurato dal legislatore tedesco, nel quale l'esame diretto è ammesso in via facoltativa previo accordo tra le parti[42]. Occorre, infatti, rimembrare che l'espressione «examine or have examined» è stata adottata per ricomprendere nel suo nucleo essenziale le due forme principali di confronto esistenti a livello europeo: l'esame incrociato affidato direttamente alle parti – tipico dei paesi di *common law* – e l'esame in cui è consentito anche al giudice di porre domande per conto delle stesse – tipico della maggior parte degli ordinamenti continentali –[43]. Pertanto, la formulazione della lett. *d* non rispecchia l'alternativa tra un confronto "immediato" e un confronto "mediato" dal difensore dell'accusato[44], poiché il riferimento alla *indirect examination* era in linea con il compromesso storico tra i sistemi continentali caratterizzati dalla presenza di un organo giudicante con funzioni investigativo-istruttorie[45].

Ora, ferme restando le intenzioni dei redattori della Convenzione, occorre comprendere quali spazi vi siano per un'interpretazione evolutiva dell'art. 6, § 3, lett. *d* Cedu. In particolare, bisogna verificare se sia opportuno rafforzare la portata della disposizione in parola, valorizzando il contributo offerto dalla difesa in sede di *cross-examination* ed evitando che l'esame venga demandato ad un organo diverso. La Convenzione, come abbiamo appena constatato, riconosce ambedue le forme di esame dibattimentale alla duplice condizione che il diritto di difesa dell'imputato sia rispettato e uno spazio adeguato di confronto venga garantito nell'interesse di quest'ultimo. Eppure, pare indubbio che un esame interamente affidato a un organo giudiziale – sebbene rappresenti la soluzione migliore per tutelare i diritti fondamentali degli altri soggetti convolti nel procedimento penale – non sia idoneo a garantire alla difesa le stesse opportunità difensive del confronto diretto[46]. Tuttavia, il riconoscimento dei limiti dell'esame giudiziale non determina necessariamente l'attribuzione del diritto al confronto esclusivamente in capo alla difesa. D'altro canto, l'idea di affidare direttamente a quest'ultima le redini della *cross-examination* non implica necessariamente la partecipazione attiva della persona accusata. Ciò porta a domandarsi se il diritto di difesa dell'accusato possa ritenersi soddisfatto nella misura in cui il confronto sia gestito esclusivamente dal suo difensore. Lo stretto legame intercorrente tra autodifesa e difesa tecnica era già stato sottolineato diversi anni fa dal Prof. Mario Chiavario, il quale aveva escluso con estrema nettezza che «il riconoscimento di un diritto all'autodifesa potesse essere sufficiente a soddisfare le esigenze difensive»[47]. Va sicuramente valorizzato, dunque, un

---

[42] In merito v. § 239 StPO.

[43] Sul punto v. S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* cit., p. 597; S. RUGGERI, Audi Alteram Partem *in Criminal Proceedings*, cit., p. 320 ss.; G. CANESCHI, S. LONATI, *Il diritto alla prova e il principio del contraddittorio*, cit., p. 182;

[44] In tema v. D. NEGRI, *Il processo* in absentia, cit., p. 213.

[45] Cfr. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, 2006, p. 310 ss.; S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* cit., p. 597; S. RUGGERI, Audi Alteram Partem *in Criminal Proceedings*, cit., p. 320 ss.; S. MAFFEI, *The right to confrontation in Europe*, cit., p. 17; S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a interrogare o fare interrogare le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale italiano)*, Torino, 2008, p. XIV ss.

[46] Sul punto v. S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings,* cit., p. 597.

[47] Così M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 138; v. anche E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sull'autodifesa esclusiva, a quarant'anni dalle sentenze n. 125 del 1979 e n. 188 del 1980 della Corte costituzionale*, in *La legislazione penale*, 19 ottobre 2020, p. 94; E. MARZADURI, *Inviolabilità della difesa e trasformazioni del processo*, in *La legislazione penale*, 6 luglio 2019, p. 1 ss.; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino,

approccio che guardi a tali modalità difensive come due componenti fondamentali di un concetto unitario di difesa[48]. Queste riflessioni dimostrano che un'interpretazione evolutiva della norma in esame può essere sostenuta nella misura in cui alla persona accusata venga riconosciuta la possibilità di essere effettivamente coinvolta in sede di assunzione della prova.

In questa prospettiva, la relazione tra il diritto di partecipare personalmente al proprio processo e il diritto al confronto non deve essere apprezzata semplicemente alla luce dell'esigenza di assicurare la presenza fisica dell'imputato, ma si pone sul piano della titolarità in capo all'imputato del diritto di offrire un contributo personale in sede di assunzione della prova[49].

A rigore, una simile argomentazione dovrebbe escludere in radice la compatibilità convenzionale di un controesame affidato al solo legale dell'imputato, fatta salva l'ipotesi che quest'ultimo rinunci inequivocabilmente a parteciparvi. Nondimeno, la giurisprudenza di Strasburgo non sempre è stata di questo avviso. Sul punto è opportuno osservare che i giudici europei non hanno provveduto a precisare chiaramente le ipotesi in cui la partecipazione del solo difensore sia in grado di compensare l'assenza della persona accusata all'esame dibattimentale, limitandosi a fornire un parametro dai contorni piuttosto vaghi, fondato sulla sussistenza di "*exceptional circumstances*"[50] che potessero giustificare l'assunzione della prova alla sola presenza del difensore[51]. Non si registra, pertanto, un orientamento sufficientemente chiaro che consenta di comprendere al ricorrere di quali circostanze possa ravvisarsi una violazione dell'art. 6 Cedu. Rispetto a questo profilo, in ogni caso, occorre rammentare che la valutazione di equità processuale realizzata dalla Corte – quand'anche porti all'individuazione di deficienze strutturali nell'ordinamento del Paese sottoposto al suo scrutinio – riguarda comunque il "caso concreto", sicché un tale metodo di accertamento rende fisiologicamente complessa quell'operazione volta ad individuare un criterio decisionale di carattere generale[52]. Tuttavia, la natura casistica della giurisprudenza di

2000, p. 25. Eppure, occorre osservare che in *Isgrò c. Italia* (19 febbraio 1991, ricorso n. 11339/85, in *www.hudoc.echr.coe.int*) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso la violazione dell'art. 6, § 3, lett. *d* Cedu nell'ipotesi in cui, nonostante l'assenza del difensore all'esame testimoniale, l'imputato abbia potuto confrontarsi direttamente con il proprio accusatore. Cfr. S. RUGGERI, Audi Alteram Partem *in Criminal Proceedings*, cit., p. 322, il quale sottolinea efficacemente che «this solution largely frustrates the humanitarian goal of the right to confrontation, while underestimating the importance of the lawyer's presence with a view to the effectiveness of the right to a defence».; S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 310.

48 Sul punto v. E. MARZADURI, *Sui contenuti del diritto di difesa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 1984, IV, p. 153 ss.; nella giurisprudenza di Strasburgo v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 aprile 1983, ricorso n. 8398/78, *Pakelli c. Germania*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

49 In tema v. M. CHIAVARIO, sub *art. 6 Cedu*, cit., p. 234 ss.; S. RUGGERI, Audi Alteram Partem *in Criminal Proceedings*, cit., p. 321.

50 Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 marzo 2017, ricorso n. 29187/10, *Šmajgl c. Slovenia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 63: «Moreover, the Court has accepted that in exceptional circumstances there may be reasons for hearing evidence from a witness in the absence of the person against whom the statement is to be made on the condition that his lawyer was present».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 settembre 1999, ricorso n. 32523/96, *Hilden c. Finlandia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

51 Eppure, già nel caso Colozza c. Italia la Corte insistette su un particolare molto importante: il diritto al "*retrial*" è da intendersi come riferito a un nuovo giudizio da parte di una Corte che "ascolti" l'accusato. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Colozza c. Italia*, cit., § 29; v. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 1991, ricorso n. 12151/86, *F.C.B. c. Italia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

52 Sul punto v. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 68; M. POLLERA, *Mutamenti*

Strasburgo non dovrebbe consentire, *ex adverso*, di ampliare eccessivamente la discrezionalità di cui la Corte gode nell'applicare il c.d. *counterbalance test*.

In Šmajgl c. Slovenia, ad esempio, la Corte, dopo aver applicato l'*overall fairness test*, ha rilevato che la possibilità riconosciuta al difensore di sentire e contestare le dichiarazioni del teste chiave d'accusa fosse di per sé sufficiente a salvaguardare gli interessi dell'imputato assente[53], richiamando, a supporto di questo orientamento, altrettante decisioni che suffragavano tale valutazione[54]. Nondimeno, i giudici europei hanno evidenziato che ben potrebbero esservi "circostanze" che non consentano al coinvolgimento del solo difensore di compensare l'assenza dell'imputato in sede di controesame e di garantire l'effettività del diritto di difesa. Ragionamento, a primo acchito, che si potrebbe condividere se non fosse che questi ultimi abbiano omesso di tracciare quantomeno una linea di confine tra le due ipotesi astrattamente considerate. Così, in Fikret Karahan c. Turchia[55] la Corte, pur applicando i medesimi criteri, ha raggiunto una conclusione di segno diametralmente opposto. Anch'esso rappresenta un caso decisamente pregnante ai fini del presente studio, in quanto la persona accusata – che all'epoca del giudizio era detenuta presso un carcere di massima sicurezza turco –, pur avendo espressamente richiesto alle autorità procedenti di presenziare all'esame del testimone chiave, non era stata tradotta in aula, vedendo così negato il proprio diritto a confrontarsi personalmente con il proprio accusatore. Richiamando nuovamente il parametro delle "*exceptional circumstances*"[56] e valutando l'adeguatezza dei fattori che avrebbero dovuto bilanciare, da un lato, il mancato rispetto del "*duty of diligence*"[57] degli organi inquirenti nell'assicurare la presenza dell'accusato e, dall'altro, l'assunzione della prova in assenza di quest'ultimo, la Corte di Strasburgo ha evidenziato che nel caso di specie la possibilità riconosciuta al difensore dell'imputato di controesaminare il dichiarante non fosse idonea a compensare le enormi difficoltà riscontrate dalla difesa nel giudizio dibattimentale, ravvisando così una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, Cedu.

La mancanza di un criterio generale che sorregga l'applicazione del terzo *step* di controllo dell'"*Al-Khawaja test*" determina così un pericolo non solo per la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu ma anche per la certezza del diritto, che pur la Corte annovera nell'alveo dei valori convenzionalmente tutelati[58]. Infatti, se si analizza la struttura

---

giurisprudenziali e defettibilità delle rationes decidendi *nella Corte di Strasburgo: il caso dei testimoni assenti*, in *Cass. pen.*, 2018, IV, p. 1372 ss.

[53] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Šmajgl c. Slovenia*, cit., § 63: «The present case therefore involves the impossibility for the applicant to personally cross-examine the key witness for the prosecution, who gave his statement outside of the public hearing. This restriction did not, however, apply to the applicant's counsel, who had the opportunity to question E.M.L. and challenge his credibility. In this connection, the Court reiterates that the statement of a witness does not always have to be made in court or in public if it is to be admitted as evidence; in particular, this may prove impossible in certain cases».

[54] Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 luglio 2008, ricorso n. 35450/04, *Melich e Beck c. Repubblica Ceca*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 53; Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 settembre 1999, *Hilden c. Finlandia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 aprile 1991, ricorso n. 12398/86, *Asch c. Austria*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 27.

[55] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 marzo 2021, ricorso n. 53848/07, *Fikret Karahan c. Turchia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[56] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Fikret Karahan c. Turchia*, cit., § 39.

[57] Sul punto v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sejdovic c. Italia*, cit., § 84.

[58] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 marzo 2008, ricorso n. 30658/05, *Beian c. Romania (n. 1)*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 39: «The practice which developed within the country's highest judicial authority is in itself contrary to the principle of legal certainty, a principle which is implicit in all the Articles of the Convention

delle "garanzie compensative", si evince con chiarezza che si tratta di elementi dai contorni decisamente sfuggenti e imprecisi. E ciò è avvalorato dall'evidenza che nelle due decisioni portate appena in esempio i giudici di Strasburgo hanno valutato il medesimo fattore con approcci decisamente disomogenei.

4. *Riflessioni conclusive*

Dalle riflessioni appena svolte emerge un'immagine assai precaria della relazione tra partecipazione processuale e diritto al confronto, segno della eccessiva flessibilità che sembra sempre più caratterizzare il giudizio di equità processuale della Corte europea. Se si volge lo sguardo alle componenti fondamentali dell'*overall fairness test* si ricava un quadro complessivo dai tratti poco rassicuranti. Quella logica gradualistica e sfumata che sostiene il metodo valutativo della Corte da «valvola respiratoria del sistema, capace di adattare le garanzie alle cangianti peculiarità dei fatti», rischia talvolta di trasformarsi in uno strumento di compressione di tutela, disegnando l'equità come un diritto dai contorni variabili e, per ciò solo, soggetto a diverse interpretazioni[59].

Simili argomentazioni ci portano a mettere in dubbio la validità stessa del criterio olistico delineato dai giudici europei in Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito e successivamente sviluppato in Schatschaschwili c. Germania, in quanto, più che verificare la violazione di uno o più diritti riconosciuti alla Convenzione, sembra preordinato a sanare una patologia già verificatasi nell'ottica di salvare la *fairness* globale del procedimento[60].

A ben vedere, il legame esistente tra il diritto di partecipare personalmente al proprio processo e il diritto al confronto costituisce un proficuo banco di prova per saggiare la validità di un simile approccio. A rigore, la tutela convenzionalmente riconosciuta a tali fondamentali garanzie presuppone *ab initio* una valutazione equitativa tra i poteri degli organi inquirenti e la posizione di debolezza in cui irrimediabilmente versa la persona accusata. Ed invocare il principio di equità processuale come elemento risolutivo per giustificare e, addirittura, legittimare una violazione dei diritti in parola sembra di per sé sconfessare la finalità stessa cui tende la Convenzione, ossia la tutela dei diritti dell'uomo.

Pertanto, sottoporre ad un successivo bilanciamento l'inosservanza di diritti individuati come "fondamentali" dalla Cedu significa, in buona sostanza, disconoscere il contenuto degli stessi. Nello sviluppo di questo complesso filone giurisprudenziale i giudici europei hanno assunto delle posizioni non del tutto lineari, considerando la partecipazione del solo difensore all'esame dibattimentale del teste chiave d'accusa talvolta come "compensativa" talora come non sufficiente a riequilibrare le difficoltà incontrate dalla difesa nel corso del giudizio dibattimentale. Orientamento che non ci sentiamo di poter condividere stante il

---

and constitutes one of the basic elements of the rule of law».; Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 marzo 2006, ricorso n. 63252/00, *Păduraru c. Romania*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 98; Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 novembre 2002, ricorso n. 48553/99, *Sovtransavto holding c. Ucraina*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 97; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 marzo 2000, ricorso n. 28358/95, *Baranowski c. Polonia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 56.

[59] Così efficacemente R.E. KOSTORIS, *Per una "grammatica" minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, IV, pp. 1676-1677; R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, p. 206 ss.

[60] Sul punto v. R.E. KOSTORIS, *Per una "grammatica" minima del giudizio di equità processuale*, cit., p. 1683.

ruolo fondamentale rivestito dalla presenza dell'imputato per garantire l'effettività del diritto di difesa.

Certamente la necessità che il giudizio della Corte non si allontani dal mondo dei fatti non aiuta alla definizione di un criterio generale che sorregga l'impianto di un accertamento dai contorni così discrezionali. Eppure, proseguendo per la via pocanzi tracciata, vi è il fondato timore che casi pressoché analoghi si concludano con decisioni di segno diametralmente opposto.

Alla luce di ciò, fermi restando i meriti e i limiti dell'*overall fairness test* così come delineato nella giurisprudenza europea dell'ultimo decennio, i giudici di Strasburgo dovrebbero quanto meno ridefinire il terzo *step* di controllo. Non è, infatti, ragionando per compensazione che si bilanciano interessi tra loro apparentemente configgenti. Una corretta amministrazione della giustizia non può e non deve prescindere dal rispetto di quei diritti fondamentali che permeano le dinamiche del giusto procedimento probatorio. Pertanto, perché il giudizio della Corte ritorni a costituire un reale paradigma di equità, la valutazione di equità processuale dei giudici europei dovrebbe arrestarsi al momento dell'individuazione della violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, senza verificare successivamente se quest'ultima possa essere eventualmente riequilibrata da non ben definite "garanzie procedurali". Riconoscere il valore di un simile approccio consentirebbe di raggiungere due risultati non trascurabili: da un lato, le garanzie riconosciute dall'art. 6 riacquisirebbero quel valore che nel tempo si è sempre più affievolito; dall'altro, si riuscirebbe a soddisfare maggiormente il principio di certezza del diritto, evitando, così, eccessi di discrezionalità in sede interpretativa e diminuendo drasticamente la possibilità che gli ordinamenti domestici incorrano in violazioni convenzionali dovute alla eccessiva vaghezza del *counterbalance test*.