

Università degli Studi di Milano – Bicocca



Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in Procedura penale e Diritto delle prove

**IL DIRITTO AL CONFRONTO NEL SISTEMA PROCESSUALE
STATUNITENSE E INFLUENZE SUL PROCESSO PENALE
ITALIANO**

Valentina Meroni

Matricola: 072005

XXIX ciclo – a. a. 2015/2016

Relatore: Chiar.mo Prof. Oliviero Mazza

INDICE SOMMARIO:

CAPITOLO I

IL DIRITTO AL CONFRONTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

1. Gli emendamenti alla Costituzione Statunitense ed il nucleo di garanzie processuali riconosciute all'imputato.
2. Il Quinto Emendamento ed il privilegio contro le autoincriminazioni.
3. Il Sesto Emendamento ed il diritto al confronto.
4. La costituzionalizzazione dei principi fondamentali della procedura penale come fattore di armonizzazione delle legislazioni statali.
5. *Due Process of Law* e differenti teorie dell'incorporazione.
6. *Due Process of Law*: norma di chiusura del sistema e strumento di salvaguardia dei diritti dell'imputato nel processo.
7. Il Sesto Emendamento ed il diritto dell'imputato al confronto “*with the witness against him*”, un antico principio di civiltà processuale.
8. *Pointer v. Texas*, la necessità per le giurisdizioni statali di garantire il diritto al confronto così come interpretato dalla Suprema Corte.
9. Il valore della *cross examination* in un processo di parti in cui il giudice non ha alcun potere istruttorio.
10. *Illinois v. Allen*, l'allontanamento dall'aula dell'imputato violento o pericoloso.
11. *Coy v. Iowa* e la preponderanza della componente fisica del confronto tra imputato e dichiarante.
12. *Olden v. Kentucky* ed il confronto con le presunte vittime di violenza sessuale ed i limiti al controesame.

13. Delaware v. Fensterer e l'occasione sufficiente al confronto.

14. Roberts v. Ohio e Crawford v. Washington, la nuova vita della *confrontation clause*, il ritrovato fascino per le radici storiche dell'istituto.

CAPITOLO II

IL *RIGHT TO CONFRONT WITNESS* NELLE IPOTESI IN CUI IL TESTIMONE SIA COIMPUTATO O IMPUTATO “IN PROCEDIMENTO CONNESSO”

1. *Hearsay rule* nelle *Federal Rules of Evidence*.

2. *Joinder and severance of trials and defendants* nel sistema statunitense.

3. Quando l'accusatore è un correo: il cortocircuito tra *hearsay rule*, *right to remain silent* e *confrontation clause*: sui confini incerti tra quinto e sesto emendamento.

4. Il caso Bruton v. U.S. e l'opposizione del privilegio garantito dal quinto emendamento.

5. La potenziale lesione del diritto al confronto può condurre alla separazione dei processi?

6. Il caso Zafiro v. U.S.

7. Prevenzione dell'invocazione del quinto emendamento e strumenti dell'accusa: *immunity grants*, *plea bargains* and *informal deals*.

CAPITOLO III

IL DIRITTO AL CONFRONTO COL COIMPUTATO O IMPUTATO IN PROCEDIMENTO CONNESSO O COLLEGATO “ESPORTATO” NEL SISTEMA ITALIANO.

1. Il dogma del *nemo tenetur se detegere* e il divieto di imposizione o volontaria assunzione di obblighi di verità sul fatto proprio in capo all'imputato nel sistema italiano.

2. Un sistema votato alla composizione della lite ed uno volto all'accertamento della verità processuale.
3. La sent. Corte cost. n. 381 del 2006, abbandono della dicotomia efficienza-garantismo, modulazione dei diritti riconosciuti alla fonte di prova dichiarativa in relazione alla distanza rispetto all'oggetto del processo.
4. La sent. Corte cost. n. 21 del 2017, il diritto all'onore ed il privilegio contro le autoincriminazioni cede ulteriormente di fronte al principio di non dispersione probatoria.
5. Inesistenza di un bilanciamento adeguato fra diritti costituzionalmente garantiti.

CAPITOLO IV

IMMUNITÀ E RIFLESSI SISTEMICI PROBLEMATICI: PARITÀ DELLE ARMI, E INUTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI AUTOINCRIMINANTI DELL'IMPUTATO IN PROCEDIMENTO COLLEGATO O CONNESSO NEL SISTEMA STATUNITENSE ED ITALIANO

1. Parità delle armi e *defense witnesses' immunity*.
- 2 Il caso Iran-Contra, Oliver North, la *probatio* diabolica della *independence of sources*.
3. Inutilizzabilità nel regime dei *grants of immunity* ed inutilizzabilità ex art. 197-bis c. 5, c.p.p.

Bibliografia.

Ringraziamenti.

CAPITOLO I

IL DIRITTO AL CONFRONTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

SOMMARIO 1. Gli emendamenti alla Costituzione Statunitense ed il nucleo di garanzie processuali riconosciute all'imputato. 2. Il Quinto Emendamento ed il privilegio contro le autoincriminazioni. 3. Il Sesto Emendamento ed il diritto al confronto. 4. La costituzionalizzazione dei principi fondamentali della procedura penale come fattore di armonizzazione delle legislazioni statali. 5. *Due Process of Law* e differenti teorie dell'incorporazione. 6. *Due Process of Law*: norma di chiusura del sistema e strumento di salvaguardia dei diritti dell'imputato nel processo. 7. Il Sesto Emendamento ed il diritto dell'imputato al confronto "*with the witness against him*", un antico principio di civiltà processuale. 8. *Pointer v. Texas*, la necessità per le giurisdizioni statali di garantire il diritto al confronto così come interpretato dalla Suprema Corte. 9. Il valore della *cross examination* in un processo di parti in cui il giudice non ha alcun potere istruttorio. 10. *Illinois v. Allen*, l'allontanamento dall'aula dell'imputato violento o pericoloso. 11. *Coy v. Iowa* e la preponderanza della componente fisica del confronto tra imputato e dichiarante. 12. *Olden v. Kentucky* ed il confronto con le presunte vittime di violenza sessuale ed i limiti al controesame. 13. *Delaware v. Fensterer* e l'occasione sufficiente al confronto. 14. *Roberts v. Ohio* e *Crawford v. Washington*, la nuova vita della *confrontation clause*, il ritrovato fascino per le radici storiche dell'istituto.

1. Gli emendamenti alla Costituzione Statunitense ed il nucleo di garanzie processuali riconosciute all'imputato.

Il compendio dei diritti e delle garanzie fondamentali riconosciuti all'imputato nel processo penale statunitense discende dalla approvazione di un nucleo di emendamenti alla Costituzione federale: il c.d. *Bill of Rights*. Il compimento del procedimento di ratificazione della legge fondamentale licenziata dalla Convenzione di Philadelphia il 17 settembre 1787 fu tutt'altro che scontato. Verso la chiusura dei lavori, George Mason, principale autore della *Virginia Declaration of Rights* propose di anteporre anche all'articolato costituzionale federale un preambolo contenente l'enunciazione dei diritti fondamentali dei cittadini americani. La proposta di insediare un comitato per l'elaborazione del *Bill of Rights* non raccolse, tuttavia, il consenso sperato e, al contrario, venne duramente avversata

da ogni delegazione statale partecipante alla Convenzione. L'enunciazione del corpo dei diritti e delle libertà individuali nella legge fondamentale dello stato divenne il terreno di battaglia su cui si affrontarono correnti politiche federaliste ed anti-federaliste¹. Le prime guardavano con favore alla creazione di una struttura federale estremamente essenziale, in linea con quanto già enunciato dagli *Articles of Confederation* del 1777², primo testo di carattere costituzionale in cui confluì la volontà delle colonie indipendenti alla creazione di un organismo sovrastatale. Questo primigenio modello federale, alla cui fondazione le colonie avevano manifestato il proprio consenso nell'immediatezza dell'indipendenza non faceva alcun accenno ai diritti fondamentali del cittadino. Tanto la loro proclamazione, quanto la loro garanzia sarebbero dovute rimanere competenza eventuale³ ed esclusiva di ciascuno stato, entro il limite dei propri confini territoriali⁴. In linea con tale ideologia, secondo la corrente federalista⁵ anche al sistema federale nascente dalla costituzione del

¹ Per una trattazione diffusa delle tematiche connesse all'approvazione del *Bill of Rights*, si rinvia, *ex multis*, a R. D. ROTUNDA – J. E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, 5th ed., vol. 1, *Chapters 1 – 8*, pp. 3-43. Per il confronto dei differenti testi preparatori all'emanazione del *Bill of Rights*; N. H. COGAN, *The Complete Bill of Rights, the Drafts, Debates, Sources and Origins*, 2nd ed., 2015, *passim*; L. W. LEVY, *Origins of the Bill of Rights*, 1999, *passim*.

² La forma di governo nascente dagli *Articles of Confederation* è così descrivibile: «[t]he thirteen colonies had ratified the Articles after the Revolutionary War concluded in 1781. The Articles created a weak national government. States retained their sovereignty and all powers not 'expressly delegated' to the United States. The national government consisted of Congress; there was no executive or judiciary. Congress had limited power. It could not tax or regulate interstate commerce». Così J. B. ATTANASIO – J. K. GOLDSTEIN, *Understanding Constitutional Law*, 4th ed., 2012, p. 2.

³ All'epoca del dibattito sull'introduzione del *Bill of Rights*, non tutti gli stati fondatori erano dotati di una carta costituzionale che sancisse i diritti fondamentali. Questa circostanza fondava una delle argomentazioni a sostegno delle tesi federaliste. Sul punto, cfr. J. H. ISRAEL, *The Constitutionalization of Criminal Procedure*, in W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, 4th ed., p. 691, n. 20.

⁴ Appare evocativa l'osservazione di L. W. LEVY, cit., p. 16: «[b]ecause the adoption of the state constitutions ended the state of nature, there was no need to enumerate the rights reserved to the people – or so the framers of the Constitution reasoned. And yet, they recognized that the existence of organized society required the affirmation of certain rights that did not exist in the state of nature but that served to protect natural rights».

⁵ In tono fortemente critico in merito alla fondatezza delle argomentazioni addotte dalle forze federaliste per opporsi all'enunciazione dei diritti e delle libertà fondamentali in costituzione, cfr. L. W. LEVY, cit., p. 23 - 25. L'A. dubita che gli stessi partecipanti alla Convenzione potessero esser persuasi della bontà

1787 avrebbe costituito un mero patto per il coordinamento di interessi essenziali tra i governi dei diversi stati, devoluti ad un apparato centralizzato. La chiusura dei lavori della Assemblea costituente fu caratterizzata da un acceso dibattito politico che vedeva fronteggiarsi le sopracitate forze antagoniste. Da un lato, il movimento federalista si riteneva soddisfatto dalla struttura essenziale e molto agile dei poteri istituiti dal testo fondamentale. Sul fronte opposto, le correnti antifederaliste reputavano estremamente pericolosa per i cittadini l'istituzione di un governo e di un parlamento sciolti dal vincolo del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. Per questo motivo, diversi stati condizionarono la ratificazione del testo all'immediata modifica della carta costituzionale. L'intero sforzo costituente rischiava di essere vanificato dallo scontro sulla protezione delle libertà civili e politiche dal potere del nascente stato federale. Tale minaccia fece convergere molti fautori delle tesi federaliste verso una posizione di compromesso, poiché consapevoli del fatto che solo l'approvazione del *Bill of Rights* avrebbe garantito, da parte dei cittadini, quella fiducia nelle nascenti istituzioni, indispensabile per il successo dell'intero progetto federale⁶. L'articolato predisposto da Madison, sulla falsariga del compendio di diritti e garanzie affermati dalla *Virginia Declaration of Rights* e dalla *New York proposal on Jury trials*, venne presentato e approvato dal Congresso nel 1789. Il processo di ratificazione da parte degli stati poté così finalmente concludersi nel 1791. Dei

delle proprie argomentazioni e osserva: «*That supporters of the Constitution could ask 'what have we to do with the bill of rights?' suggests that they had made a colossal error of judgment, which they compounded by refusing to admit it. Their single-minded purpose of creating an effective government had exhausted their energies and good sense, and when they found themselves on the defensive, accused of threatening the liberties of the people, their frayed nerves led them into indefensible positions*».

⁶ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights 1776-1791*, Revised ed., 1983, p. 159 s., parla espressamente della approvazione dei primi dieci emendamenti nei termini di '*great compromise*'.

dieci articoli di cui si compone il *Bill of Rights*, il quarto⁷, quinto⁸, sesto⁹ e ottavo¹⁰ attengono specificamente ai diritti dell'imputato e, più genericamente, all'amministrazione della giustizia penale. I primi otto emendamenti introducono 27 garanzie, 16 delle quali riguardano esplicitamente la procedura penale. Non si tratta, però, di disposizioni di dettaglio, in cui si abbandona la tecnica legislativa delle enunciazioni di mero principio. Nonostante ciò, la dottrina ha sostenuto che, con la sola eccezione delle disposizioni concernenti l'esproprio, gli emendamenti dal quinto all'ottavo debbono considerarsi un vero e proprio sottosistema incastonato nella Costituzione e contengono la disciplina essenziale del processo penale federale¹¹. Nella ricostruzione delle origini del *Bill of Rights* effettuata dal Professor Amar¹², il complesso degli emendamenti ante-Guerra civile si ritengono caratterizzati dalla tendenza a definire i diritti del cittadino nella sua sfera di attività politica. Solo con la riforma costituzionale post-bellica, l'originaria prospettiva repubblicana-liberale dei diritti costituzionali incentrata sul rapporto tra cittadino ed istituzioni politiche, si aprì ad una prospettiva più individualizzante, volta a cristallizzare i diritti fondamentali dell'uomo, e si andava affermando l'idea che la tutela della sfera

⁷ «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*».

⁸ «*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*».

⁹ «*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*».

¹⁰ «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

¹¹ Cfr. A. R. AMAR, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 Yale L.J. 1131 (1991).

¹² IDEM, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, 1998, New Haven, *passim*.

politica dell'individuo debba passare necessariamente dalla previa affermazione dell'inviolabilità della sua sfera privata¹³. L'attrazione dei principi fondamentali del processo penale all'interno del testo costituzionale non deve sorprendere. Del resto, è proprio su questo tavolo che si gioca la più importante partita tra potere dello stato e libertà dei cittadini. Nello specifico caso del costituzionalismo americano, le disposizioni concernenti il processo penale si pongono come reazione alle patologie degenerative della applicazione delle regole di *common law* in epoca coloniale.

2. Il Quinto Emendamento ed il privilegio contro le autoincriminazioni.

Il quinto emendamento alla Costituzione americana, generalmente identificato con il privilegio dell'imputato contro l'autoincriminazione, enuncia, in realtà, tre principi cardine che reggono il processo penale dalla fase delle indagini alla formazione del giudicato. Innanzitutto, afferma che, nel caso in cui si proceda per reati gravi, puniti con la pena capitale o con la reclusione, a carico di soggetti non sottoposti alla giurisdizione militare, l'indagato abbia il diritto di essere rinviato a giudizio soltanto¹⁴ dopo che un *grand jury*¹⁵ di 23 suoi pari abbia ravvisato la sostenibilità dell'accusa in giudizio¹⁶. L'idea nobile, in

¹³ Cfr. C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, 2011, Torino, p. 28.

¹⁴ Facendo un raffronto con le categorie tipiche del processo penale italiano, il diritto all'*indictment* per opera del *grand jury* costituisce un diritto personale, cui, ove garantito, solo l'indagato può rinunciare, con atto scritto, sottoposto al vaglio del giudice.

¹⁵ Sulle differenze concernenti le funzioni investigative, di vaglio delle accuse azzardate nonché sulla competenza del *grand jury* nei diversi stati federati, si rinvia all'analisi proposta da W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth Edition*, 2017, p. 523 s. A. GARCIA, *The fifth amendment: a comprehensive approach*, 2002, p.133, identifica lo scopo dell'istituto nei seguenti termini: «[h]erein lies the duality underlying the grand jury; it is simultaneously vested with the responsibilities of protecting the community from the scourge of crime and safeguarding citizens of accusations that lack a reasonable foundation».

¹⁶ Per una sintesi sull'acceso dibattito dottrinale concernente la conservazione, ovvero l'abolizione dell'istituto "vestigiale" del *grand jury* nel Sistema processuale federale Americano, si rinvia a: A. D. LEIPOLD, *Why Grand Juries do not (and Cannot) Protect the Accused*, 80 *Cornell L. Rev.* 260 (1995), *passim*.

linea di principio, della possibilità che un cittadino possa essere processato soltanto previa udienza volta a saggiare la plausibilità della tesi accusatoria, si rivela, in concreto, una garanzia effimera per le ragioni che verranno successivamente enunciate. Con una metafora particolarmente evocativa, si sostiene che il *grand jury* incarni tanto lo scudo quanto la spada nelle mani della giustizia. Sebbene si tratti di un caposaldo della giustizia statunitense, l'emissione dell'*indictment* da parte del *grand jury* non integra un diritto inviolabile. Tra i diritti processuali che formano il minimo comune denominatore della disciplina processuale negli stati federati per opera della *due process of law clause*, infatti, non compare quello all'udienza innanzi al collegio di propri pari. Nell'intento dei costituenti, il quinto emendamento avrebbe vincolato solamente i poteri federali e costituisce soltanto una coincidenza il fatto che tutti gli stati fondatori fossero dotati di un sistema di procedura penale interno che consentiva all'indagato di ottenere la celebrazione dell'udienza innanzi al *grand jury*. Fu da principio lo stato del Michigan nel 1859 ed altri, tra cui la California¹⁷, ne seguirono l'esempio negli anni immediatamente successivi, ad adottare delle procedure più snelle per la disposizione del rinvio a giudizio. Tra queste si annovera la disposizione del rinvio a giudizio semplicemente a seguito di *information* da parte del *prosecutor* a conclusione delle indagini¹⁸. Solo all'indomani della guerra civile e all'adozione del quattordicesimo emendamento contenente la *due process of law clause*, emerse il dubbio circa il rango costituzionale della garanzia rappresentata dalla celebrazione dell'udienza innanzi al *grand jury*¹⁹. La questione raggiunse l'attenzione dei giudici della Corte Suprema nel 1884 e venne definita nella decisione sul caso *Hurtado v.*

¹⁷ Per una trattazione diffusa sulle patologie applicative e sulle proposte di riforma dell'istituto del *grand jury* nello stato della California cfr. M. VITIELLO - J. C. KELSO, *Reform of California's Grand Jury System*, 35 LOY. L.A. L. REV. 513 (2002), *passim*.

¹⁸ Sul punto, si rinvia a W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth Edition*, cit., p. 927.

¹⁹ Sulle origini della riposta fiducia nel *grand jury* come strumento in grado di contrastare l'oppressione del potere statale, cfr. M. KADISH, *Behind the Locked Door of an American Grand Jury: Its History, Its Secrecy, and Its Process*, 24 FLA. ST. U. L. REV. 1, 6 (1996), *passim*.

California²⁰. La Corte adottando per la prima volta il criterio di giudizio dell'equità complessiva del procedimento o, utilizzando le stesse parole del supremo collegio: "*fundamental fairness*", ritenne che l'udienza innanzi al *grand jury* non costituisse un requisito essenziale del processo penale. Sostenne altresì che la modalità di determinazione dell'esistenza della *probable cause* a seguito della sola *information* da parte dell'avvocato della pubblica accusa ben potesse soddisfare i canoni di equità del procedimento imposti dal quattordicesimo emendamento e che, rientrasse tra le prerogative dei legislatori statali introdurre modalità di determinazione della sostenibilità dell'accusa in giudizio alternative²¹ alla selezione e all'incardinamento del *grand jury* purchè rispettosi di quei canoni di libertà e giustizia alla base del funzionamento delle istituzioni degne di un paese civile²². Nel processo federale, nel decidere sull'opportunità del rinvio a giudizio dopo aver valutato le prove raccolte dall'accusa nel corso delle indagini, il *grand jury* funge idealmente da scudo, ponendosi tra il cittadino e il potere dello stato, vigilando sull'elevazione accuse pretestuose o non fondate. Di contro, il medesimo istituto assume il ruolo di spada. In questa seconda ipotesi, attraverso i notevoli poteri di indagine azionabili per sua iniziativa, il *grand jury* non assiste passivamente all'esposizione della tesi accusatoria sostenuta dalla procura, bensì può assumere la funzione di direzione e coordinamento delle indagini che nel nostro sistema sono demandate in via esclusiva al

²⁰ Hurtado v. California 110 U.S. 516, 4 S. Ct. 111, 28 L.Ed. 232 (1884).

²¹ Gli studiosi di procedura penale statunitense sogliono suddividere le legislazioni processuali degli stati federati in "*information jurisdictions*" ed in "*indictment jurisdictions*". La distinzione si fonda sul diverso percorso che conduce all'esercizio dell'azione penale con la formulazione dell'imputazione. Nel primo caso, l'accusa procede alla stesura di un documento contenente i capi d'accusa e l'enunciazione essenziale dei fatti per cui si intende procedere detto "*information*", destinato al giudice del dibattimento. Nei sistemi che richiedono la sussistenza dell'*indictment*, l'accusa formula il capo di imputazione dopo la determinazione del *grand jury* in ordine alla sostenibilità dell'accusa in giudizio. Per ulteriori approfondimenti sulla diffusione dell'istituto del *grand jury* nei sistemi di procedura penale dei 50 stati e sulle modalità di determinazione della sussistenza della *probable cause*, si rinvia a W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth Edition*, cit., p. 928 s. e J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, 4th ed., v. 2, *Adjudication*, 2014, p. 9 s.

²² Hurtado v. California 110 U.S. 516, 4 S. Ct. 111, 28 L.Ed. 232 (1884).

magistrato del pubblico ministero²³. Tale prerogativa viene esercitata ordinando la ricerca di prove²⁴ per poter meglio decidere sulla sussistenza della *probable cause*²⁵ necessaria per sostenere l'instaurazione del processo penale. Il potere di impulso rispetto ad investigazioni ulteriori rappresenta una pervasiva partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, fungendo altresì da importante strumento di controllo sull'eventuale lassismo degli inquirenti. Un simile meccanismo assume preminente importanza in un sistema processuale come quello statunitense, caratterizzato dalla discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale. Si pone come schermo, almeno in linea di principio, tra il potere federale e il cittadino²⁶ e permette, grazie alla funzione investigativa, di far luce anche su eventuali ipotesi di reato connesse o collegate. Sull'efficacia dell'istituto del *grand jury* si consuma da anni un acceso dibattito²⁷. La segretezza dei lavori congiunta al divieto di

²³ Cfr. art. 326 c.p.p.

²⁴ La ricerca e l'assunzione delle medesime, non è tuttavia sottoposta alle regole e garanzie di esclusione disposte dalle *Federal Rules of Evidence*. All'udienza innanzi al *grand jury* è per esempio consentito ampiamente il ricorso alla testimonianza indiretta.

²⁵ La determinazione in ordine alla sostenibilità dell'accusa in giudizio si fonda, a livello federale, su uno standard probatorio molto più basso da quello che caratterizza la celebrazione del dibattimento. Si ritiene sussistente la *probable cause* quando sia raggiunto il livello di certezza idoneo a persuadere colui che nel nostro ordinamento verrebbe qualificato come il buon padre di famiglia. In *Illinois v. Gates* 462, U.S. 213, 232 (1983), la Corte Supreme ha definito in modo atecnico il livello di persuasione idoneo a ritenere sussistente la *probable cause* come lo " *standard that calls upon the «factual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men [...] act»*.".

²⁶ Esprime apertamente questo concetto la sentenza *Wood v. Georgia* 370 US 375, 82 S. Ct. 1364, 8 L.Ed.2d 569 (1962), nel sostenere che «[h]istorically, this body has been regarded as a primary security to the innocent against hasty, malicious and oppressive persecution; it serves the invaluable function in our society of standing between the accused and the accuser, whether the latter be an individual, minority group, or other, to determine whether a charge is founded upon reason or was dictated by an intimidating power or by malice and personal ill will».

²⁷ Per una ricognizione delle argomentazioni delle principali differenti correnti dottrinali che si sono espresse in chiave critica rispetto al funzionamento del *grand jury* si rinvia a W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth Edition*, p. 940 s. Gli autori, con metafora particolarmente evocativa, osservano: «[c]ritics ... share the view that the *grand jury* screening, as currently practiced, is essentially worthless. *Grand juries*, they argue, are no more than a "rubber stamp" for the prosecutor».

accesso all'aula ai difensori degli indagati; il mancato rispetto delle regole probatorie²⁸ previste per il dibattimento e l'assenza di contraddittorio rendono la garanzia assai più formale che effettiva. L'esito delle indagini e la valutazione della sussistenza della *probable cause* si traducono sistematicamente nella ratifica della tesi accusatoria. Tale effetto patologico è ancor più evidente in quegli stati ove il *grand jury* non è dotato dei poteri investigativi. Il quinto emendamento prosegue poi con l'enunciazione della *double jeopardy clause*²⁹. Quest'ultima costituisce una pietra miliare della procedura penale statunitense, una garanzia contro l'esercizio reiterato della potestà punitiva da parte dell'autorità statale e federale. Nonostante l'importanza della garanzia, la sua applicazione ha seguito percorsi poco lineari. Proprio per questo, lo studio dei confini della *double jeopardy rule* ha guadagnato la fama di "abisso giuridico"³⁰. Il quinto emendamento alla Costituzione statunitense afferma che nessun individuo possa trovarsi esposto per la seconda volta al pericolo di vita o di lesioni all'integrità fisica in ragione della commissione della medesima offesa. Non v'è dubbio che si tratti di «[u]na disposizione lapidaria, quasi asfittica, tanto semplice, quanto criptica ove si tenti di passare dal piano delle affermazioni di principio a quello della quotidiana amministrazione della giustizia»³¹. La *double jeopardy clause* trova pacifica applicazione in ogni processo penale, finanche quelli per reati puniti con la sola sanzione pecuniaria, nonostante il riferimento testuale sia ai delitti

²⁸ Tra cui spicca il venir meno del divieto di testimonianza indiretta. Sul punto, cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, p. 98; A.A.V.V., *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, a cura di R. GAMBINI MUSSO, Torino, 1994, pp. 82 ss.

²⁹ La Costituzione Italiana repubblicana, seppur molto più recente di quella Americana, sorprendentemente, non contiene una disposizione omologa. In proposito, cfr. P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, 2005, Padova, p. 54, n. 11.

³⁰ «*A veritable Sargasso Sea which could not fail to challenge the most intrepid judicial navigator*». Sono queste le parole usate dal giudice della Corte Suprema Rehnquist nella motivazione della sentenza *Albernaz v. United States*, 450.U.S. 333 (1981).

³¹ Cfr. V. MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, in *Arch. Pen.*, 2016, ed. online, pp.7-12. Si rinvia altresì alle fonti dottrinali e giurisprudenziali ivi citate.

comportanti il pericolo di vita e di lesioni dell'integrità fisica³². Il primo riferimento per la ricostruzione dei contenuti della *double jeopardy clause* è costituito dalla sentenza della Corte Suprema *United States v. Di Francesco*³³. In quest'ultima, il sommo collegio ha affermato che il nucleo fondamentale della garanzia protegge dalla sottoposizione a un secondo procedimento in seguito di assoluzione, di condanna e da multiple punizioni per lo stesso fatto. L'idea radicata nei principi del diritto statunitense è piuttosto semplice: allo Stato non deve esser permesso usare potere e risorse per compiere ripetuti tentativi volti alla condanna di un individuo per il medesimo fatto, offendendone la reputazione, esponendolo alle spese del processo, generando un prolungato stato di ansia ed insicurezza e aumentando, al contempo la probabilità che il presunto innocente venga dichiarato colpevole. Il novero dei principi processuali a tutela dell'imputato racchiusi nel quinto emendamento comprende anche il privilegio contro le autoincriminazioni³⁴, o meglio, il *privilege against compelled self incrimination*. Si tratta di una garanzia che anche tutte le legislazioni statali sono tenute a garantire ai propri cittadini in virtù della sua incorporazione alla *due process of law clause* del quattordicesimo emendamento. Nonostante il dato letterale faccia specifico riferimento al processo e all'imputato, il privilegio contro l'autoincriminazione ha una latitudine ben più estesa³⁵. Sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, l'interpretazione di questa disposizione data dalla giurisprudenza della Corte Suprema è davvero molto ampia³⁶. Il principio trova, infatti,

³² «[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb».

³³ *United States v. Di Francesco*, 449 U.S. 101 S. Ct. 426, 66 L. Ed. 2d. 328 (1980).

³⁴ «[N]or shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself».

³⁵ La dottrina concorda nel ritenere che «[i]l primo momento dell'iter procedimentale nel quale attecchisce con certezza la garanzia difensiva è quello dell'interrogatorio di polizia». Così, R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, 1994, Torino, p. 219.

³⁶ Sul punto, si veda W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth Edition*, pp. 435 – 442 con riferimento agli interrogatori di polizia nel corso delle indagini; pp. 573 – 597 rispetto alla testimonianza innanzi al *grand jury* in assenza del difensore, al rapporto tra concessione delle varie forme di immunità e testimonianza dibattimentale, nonché ai rapporti tra obbligatorio conferimento di prove di natura documentale dal contenuto autoincriminatorio.

applicazione ben oltre i confini del processo in senso tecnico e si estende alla fase delle indagini e, più precisamente, alle interazioni tra indagato e forze di polizia, alla testimonianza sotto giuramento ed in assenza del difensore innanzi al *grand jury*, nonché all'obbligo di esibizione e consegna all'accusa di prove documentali dai contenuti potenzialmente compromettenti. L'ampiezza della garanzia viene efficacemente descritta dalla sentenza *Hoffman v. United States*³⁷, il privilegio autorizza il testimone comparso innanzi al *grand jury*³⁸ a non rispondere a specifiche domande, qualora le sue risposte vadano ad integrare un contributo al compendio probatorio necessario ad elevare accuse a suo carico. Una volta accettata la possibilità di offrire il proprio contributo conoscitivo al processo, anche l'imputato assume la qualità di testimone e con essa l'obbligo di riferire secondo verità qualora intenda rispondere alle domande poste e non decida invocare la garanzia di cui al quinto emendamento.

³⁷ *Hoffman v. United States*, 341 U.S. 479, 486, 71 S.Ct. 814, 818, 95 L.Ed. 1118 (1951), «*This guarantee against testimonial compulsion, like other provisions of the Bill of Rights, 'was added to the original Constitution in the conviction that too high a price may be paid even for the unhampered enforcement of the criminal law and that, in its attainment, other social objects of a free society should not be sacrificed.'* *Feldman v. United States*, 1944, 322 U.S. 487, 489, 64 S.Ct. 1082, 1083, 88 L.Ed. 1408. *This provision of the Amendment must be accorded liberal construction in favor of the right it was intended to secure.* *Counselman v. Hitchcock*, 1892, 142 U.S. 547, 562, 12 S.Ct. 195, 197, 35 L.Ed. 1110; *Arndstein v. McCarthy*, 1920, 254 U.S. 71, 72 73, 41 S.Ct. 26, 65 L.Ed. 138. *The privilege afforded not only extends to answers that would in themselves support a conviction under a federal criminal statute but likewise embraces those which would furnish a link in the chain of evidence needed to prosecute the claimant for a federal crime*».

³⁸ L'ordinamento statunitense ammette che l'imputato assuma la qualità di testimone con obbligo di verità ogniquale volta accetti di rispondere alle domande postegli. Vista la portata dell'obbligo, e considerato il fatto che, contrariamente a quanto avviene all'interno dell'ordinamento italiano, una volta che l'imputato decida di sottoporsi all'esame testimoniale, non gli è consentito mentire per difendersi, senza incorrere nella commissione del reato di *perjury*; il privilegio contro l'autoincriminazione, permette di rifiutare la risposta a specifiche domande, al fine di non aggravare la propria posizione.

3. Il Sesto Emendamento ed il diritto al confronto.

Anche il sesto emendamento³⁹ alla Costituzione statunitense è sede di importanti garanzie per l'imputato nel processo penale ed i suoi contenuti rappresentano il manifesto del modello processuale *adversarial*. Innanzitutto, vi si trova enunciato il diritto ad un processo di durata ragionevole, temporalmente vicino ai fatti oggetto di imputazione - c.d. *speedy trial* - celebrato innanzi ad una giuria imparziale e nella giurisdizione della comunità offesa dal reato⁴⁰. Il testo prosegue statuendo la necessità della tempestiva comunicazione della natura e delle ragioni dell'accusa elevata a carico dell'individuo sottoposto a procedimento. Segue l'enunciazione del diritto al confronto con il teste che renda dichiarazioni a carico dell'imputato e la possibilità di ottenere, anche coattivamente, la convocazione di testi che depongano su circostanze a lui favorevoli. L'ultima disposizione concerne, invece, il diritto all'assistenza del difensore tecnico. Non può sfuggire l'assonanza, almeno parziale, di questa disposizione con i contenuti dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, trasfusi attraverso la modifica costituzionale operata dalla l. cost. n. 2 del 23 novembre 1999⁴¹ nell'art. 111 della Costituzione italiana. Come osservato dalla dottrina, il sesto emendamento «anticipando di oltre due secoli le scelte del legislatore italiano del 1999, eleva a livello costituzionale la normativa in materia, a differenza di molti altri ordinamenti di *common law*, in *primis* quello inglese, e configura la *confrontation* in termini di diritto soggettivo; infine offre attualmente una nitida messa a fuoco giurisprudenziale della materia suscettibile di preziose indicazioni per un'analisi della

³⁹ «*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*».

⁴⁰ Si noti l'affinità della c.d. *vicinage clause* con i principi fondamentali del giudice naturale e della partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, propri anche del Sistema di procedura penale italiano, così come stabiliti dagli artt. 25, c. 1 e 102, c. 3 cost.

⁴¹ "Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione".

situazione nostrana»⁴². Contrariamente ad altre disposizioni contenute nel *Bill of Rights*, la *confrontation clause* non fu al centro di un acceso dibattito prima della sua introduzione nella legge fondamentale e scarsa attenzione ricevette inizialmente anche in sede applicativa, da parte della Corte Suprema⁴³. La prima occasione in cui la Corte si occupò di tale garanzia, fu nel contesto della decisione sul caso *Mattox v. United States*⁴⁴ del 1895. Precedentemente all'incorporazione attraverso la *due process of law clause* presente nel quattordicesimo emendamento, generatrice dell'obbligo per gli stati di rispettare tale garanzia nei processi penali celebrati a livello interno, il principio del diritto al confronto venne applicato dalla Corte Suprema soltanto in una sparuta minoranza di casi⁴⁵. Fino al 1965 e alla sentenza *Pointer v. Texas*, ove si sostenne che l'imputato debba esser processato, anche da parte degli Stati, nel rispetto delle protezioni offerte dalla garanzia del sesto emendamento⁴⁶, il sommo collegio si era per lo più espresso sullo scopo della *confrontation clause*, ma non aveva mai fatto riferimento all'esistenza di una teoria organica del diritto al confronto. A far data dalla decisione sul caso *California v. Green*⁴⁷

⁴² V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in A.A. V.V., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, p. 42.

⁴³ A descrizione della scarsa attenzione dedicata alla *confrontation clause* durante il processo di emendamento della costituzione e da parte della Corte Suprema nei primi anni della sua attività, si veda C. A. CHASE, *The five faces of the confrontation clause*, 40 Hous. L. Rev. 1003 (2003).

⁴⁴ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 240-44 (1895).

⁴⁵ Cfr. *Motes v. United States*, 178 U.S. 458, 467 (1900); *Kirby v. United States*, 174 U.S. 47, 55 (1899); *Mattox*, 156 U.S. at 240; *Reynolds*, 98 U.S. at 158. In dottrina, la questione è stata affrontata da R. W. KIRST, *Does Crawford Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?*, 71 Brook L. Rev. 35, 40 (2005). Si veda anche J. DRESSLER - A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure, fourth edition*, vol. 2, *Adjudication*, cit., p. 237.

⁴⁶ Sono queste le esatte parole con cui si esprime la Corte: «*to be tried in accordance with the protections of the confrontation guarantee of the Sixth Amendment*».

⁴⁷ *California v. Green* 399 U.S. 149 (1970). Sul carattere innovativo della decisione sul caso *Green* e sulla tensione interpretativa del sesto emendamento tra Corte Suprema della California e Corte Suprema degli Stati Uniti, R. W. KIRST, *Does Crawford Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?*, cit., osserva: «*Green differed in two ways from every prior confrontation decision of the Supreme Court. It*

nel 1970, e in particolare, per effetto della *concurring opinion* redatta in tale occasione dal giudice Harlan, si prese atto della necessità improrogabile di fornire alle corti inferiori una delimitazione sicura del perimetro del diritto al confronto. La giurisprudenza precedente aveva dato al *right to confront witness* due interpretazioni estremamente polari. In una prima tipologia di pronunce, si potevano collocare quelle che ponevano il *focus* della garanzia sulla presenza fisica nell'aula di giustizia ed innanzi all'imputato del teste che riferisse su circostanze a supporto della tesi accusatoria e, all'altro estremo, invece, si collocavano le sentenze che concepivano la disposizione costituzionale come ancella della *hearsay rule*, impedendo l'ingresso di *ex parte affidavit*, cioè di documenti contenenti dichiarazioni sottoscritte che privassero l'imputato della possibilità di sottoporre il teste al controesame innanzi alla giuria o al giudice. Ma la giurisprudenza sviluppatasi a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, tradizionalmente riconosciuto come un momento storico di grande espansione dei diritti civili, ha consegnato agli studiosi contemporanei una garanzia articolata e scindibile in almeno cinque corollari. Innanzitutto, la *confrontation clause* garantisce all'imputato il diritto di essere presente alle udienze in cui si articola il processo cui è soggetto. In secondo luogo, permette all'imputato di richiedere che la prova testimoniale si formi alla sua presenza. Il diritto al confronto con l'accusatore gli garantisce altresì la possibilità di controesaminare i testi a carico. Ed ancora, pone limiti stringenti alla testimonianza indiretta, c.d. *hearsay*, e condiziona e limita l'uso delle dichiarazioni eteroaccusatorie tra coindagati (*spillover confessions*) e coimputati o individui soggetti a quelli che nel nostro sistema definiremmo imputati e indagati in procedimenti connessi o collegati⁴⁸.

was the first time the Court reviewed a case in which another court had found a confrontation violation, and it was the first time the Court concluded that another court had read the Clause too broadly».

⁴⁸ Cfr. C. A. CHASE, *The five faces of the confrontation clause*, cit., *passim*; P. C. GIANNELLI, *Understanding Evidence*, 2013, pp. 563 ss.

4. La costituzionalizzazione dei principi fondamentali della procedura penale come fattore di armonizzazione delle legislazioni statali.

Una risalente decisione della Corte Suprema ritenne che i primi dieci emendamenti contenuti nel *Bill of Rights*, e con essi il corpo di garanzie minime che presiedono la celebrazione del processo penale, non potessero trovare applicazione nei confronti degli stati⁴⁹. Per quanto politicamente discutibile, una simile interpretazione doveva ritenersi coerente, tuttavia, rispetto alla *ratio* che condusse alla approvazione del nucleo di emendamenti⁵⁰. Questi ultimi, nella volontà del Congresso e degli stati ratificatori, avrebbero dovuto costituire un contrappeso, un limite al potere del governo federale. Una volta stabilita la necessità di emanare il *Bill of Rights*, apparve evidente che precipitato immediato di questa interpretazione consistesse nell'applicabilità della disciplina costituzionale del processo penale esclusivamente tra le mura delle corti federali. Ma i reati di competenza investigativa e giurisdizionale federale erano, e sono tutt'oggi una sparuta minoranza⁵¹. Le garanzie fondamentali dell'imputato, salva l'ipotesi di presenza di clausole omologhe nelle costituzioni statali, restavano, perciò fuori dalle porte delle corti locali e statali⁵². Il quattordicesimo emendamento adottato nel 1868, all'indomani della Guerra Civile, modificò radicalmente il rapporto tra diritto costituzionale federale e

⁴⁹ Cfr. *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U. S. 243, 8 L.Ed 672 (1833).

⁵⁰ Sulla correttezza della interpretazione offerta dalla citata sentenza, E. CHEMERINSKY, in *Constitutional Law, Fifth Edition*, 2017, p. 540. «*Barron, from a late-twentieth-century perspective, it is troubling that state and local governments were free to violate basic constitutional rights. Yet, at the time of decision, Barron made sense because of faith in state constitution and because the shared understanding that the Bill of Rights was meant to apply only to the federal government*».

⁵¹ Riguardo la proporzione tra procedimenti di competenza della giurisdizione statale e federale, W. R. LAFAYE, J.H. ISRAEL, N. J. KING, O.S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth Edition*, 2017, p. 60, osservano: «*roughly 98% of the criminal prosecutions annually initiated in the United States are brought in the state systems*».

⁵² Si rinvia a J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure, vol. 1, Investigations*, 6th ed., 2013, p. 41.

statale⁵³. Si tratta di un complesso articolato di disposizioni eterogenee che incarna la sintesi del compromesso tra costituzionalismo liberale e repubblicano⁵⁴. La c.d. incorporazione del *Bill of Rights* alle costituzioni e, di conseguenza, alla giurisdizione penale statale, non incide soltanto sull'assiologia del processo penale, ma sottende un complesso e diverso bilanciamento tra poteri. I diritti e le libertà civili scolpiti negli emendamenti alla Costituzione federale, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte Suprema, costituiscono oggi un livello di protezione indefettibile. Il processo di legislazione interno ai diversi stati non è perciò libero, ma deve rispettare lo *standard* minimo imposto dalla carta costituzionale e dalle decisioni della somma giurisdizione. Si può pertanto affermare che l'incorporazione rappresenta un fattore di armonizzazione delle legislazioni⁵⁵ statali. Per questo motivo, il dibattito scaturito dalle teorie sull'incorporazione cela, in realtà uno scontro sull'ampiezza del potere delle istituzioni federali⁵⁶. Si noti, sotto questo punto di vista, la similitudine tra l'influenza della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America considerata vincolante per le giurisdizioni statali ed il rapporto che intercorre tra sistema di protezione dei diritti dell'uomo offerto dalla CEDU, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e le giurisdizioni degli Stati sovrani aderenti alla Convenzione. La giurisprudenza di queste due corti superiori conduce ad una continua evoluzione dei sistemi di procedura penale, soprattutto ove si consideri l'interpretazione dei contenuti di clausole elastiche quali la *due process of law* del quattordicesimo emendamento, oppure il concetto di equo processo presente nell'art. 6 CEDU. Come osservato dalla dottrina riguardo all'ordinamento italiano e alla sua soggezione agli

⁵³ Per comprendere la portata dirompente del quattordicesimo emendamento sui sistemi giuridici statali si rimanda alle parole del giudice della Corte Suprema W. J. BRENNAN JR, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, 90 Harv. L. Rev. 489 (1977).

⁵⁴ Cfr. C. VALENTINI, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁵ In questi termini, O. MAZZA, *La Procedura Penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 37.

⁵⁶ J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, vol. 1, *Investigations*, 6th ed., 2013, p. 42.

interventi creatori di diritto della Corte EDU, «[n]on bisogna infatti dimenticare che l'integrazione del testo della Convenzione operata dalla Corte di Strasburgo è profonda e vasta, basti pensare, ad esempio, al diritto dell'imputato di partecipare al suo processo e di rimanere in silenzio a fronte delle domande rivoltegli dall'autorità procedente, diritti non espressamente enunciati nell'art. 6 CEDU, ma ritenuti dalla giurisprudenza europea al cuore della nozione stessa di equo processo. Considerata la portata del diritto giurisprudenziale, pari se non addirittura superiore a quanto formalizzato nel testo della CEDU, si potrebbe addirittura giungere alla conclusione che la doverosa apertura alla fonte internazionale comprometta il principio di legalità processuale postulato dall'art. 111, comma 1 Cost. nell'affermare che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Quanto all'ordinamento statunitense, le disposizioni che compongono il quattordicesimo emendamento seguono tre direttrici principali. Innanzitutto, vincola i governi federati al rispetto dei privilegi e delle immunità⁵⁷ riconosciuti ai cittadini degli Stati Uniti d'America⁵⁸. In secondo luogo, dispone che gli stati, nell'esercizio del proprio potere, possano elidere i diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà privata soltanto all'esito di un processo condotto secondo le regole di equità processuale evocate dal sintagma "*due process of law*". Infine, viene proclamato il diritto di accesso alla giurisdizione secondo condizioni di eguaglianza⁵⁹.

⁵⁷ Per una puntuale analisi dell'evoluzione dei contenuti della clausola di 'privilegi e immunità' dei cittadini americani dalla fondazione dello stato federale all'era post guerra civile cui risale l'approvazione del quattordicesimo emendamento, si rinvia a K. T. LASH, *The Fourteenth Amendment and the Privileges and Immunities of American Citizenship*, 2014, *passim*.

⁵⁸ «*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

⁵⁹ Sul punto, J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, vol. 1, *Investigations*, cit., p. 42.

5. *Due Process of Law* e differenti teorie dell'incorporazione⁶⁰.

La prima sezione del quattordicesimo emendamento alla Costituzione americana, come si andrà meglio specificando nel corso della presente trattazione, ha un carattere altamente distonico rispetto al progetto iniziale dei costituenti di demandare alle istituzioni federali pochi poteri enumerati, preservando la forte autonomia dei singoli governi federati. La portata dirompente delle disposizioni esso contenute, e la conseguente origine di un diverso bilanciamento tra poteri è evidente già dal dato letterale della disposizione che la giurisprudenza della Corte Suprema ha dotato, nel corso degli anni, di una straordinaria forza maieutica nella creazione dei diritti civili e politici, nonché utilizzato come potente strumento di armonizzazione legislativa. Il testo prevede che: «[a]ll persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

Il dibattito politico e dottrinale sull'incorporazione del *Bill of Rights* al quattordicesimo emendamento rivolto agli Stati, ossia il dibattito sull'obbligo anche per i sistemi giuridici dei cinquanta Stati federati di rispettare il catalogo di diritti e garanzie fondamentali dei cittadini americani, ha dato origine allo sviluppo di quattro differenti teorie costituzionali.

⁶⁰ Il dibattito sull'incorporazione del *Bill of Rights* alle leggi fondamentali degli stati federati ha acceso e alimentato il dibattito dottrinale per lungo tempo. Una analitica ricostruzione della tematica eccede i fini del presente studio. Si rinvia, pertanto, alle seguenti fonti per un approfondimento della questione: A. R. AMAR, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, 101 *Yale L.J.* 1193, 1992; B. LATZER, *Toward the Decentralization of Criminal Procedure: State Constitutional Law and selective Disincorporation*, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 63 1996; G. L. McDOWELL – J. A. BAER, *The Fourteenth Amendment: Should the Bill of Rights Apply to the States? The Disincorporation Debate*, 1987 *Utah L. Rev.* 951.; G. C. THOMAS III, *When Constitutional Worlds Collide: Resurrecting the Framers' Bill of Rights and Criminal Procedure*, 100 *Mich. L. Rev.* 145 (2001).

Durante gli anni '60 del novecento, definiti come gli anni della Warren Court⁶¹, si andava affermando un'interpretazione estensiva delle disposizioni costituzionali. Secondo la tesi della c.d. “*full incorporation*”, la cui formulazione si deve al giudice della Corte Suprema Hugo Black⁶², il quattordicesimo emendamento e, soprattutto, la *Due Process Clause* in esso contenuta incorporerebbero l'intero *Bill of Rights*. La tesi si ispira principalmente al rispetto della volontà storica del legislatore, desumibile dallo studio dei carteggi e degli atti preparatori al testo definitivo della modifica costituzionale. La c.d. “teoria dei diritti fondamentali”, tra i cui sostenitori si annoverano i giudici della Corte Suprema Cardozo e Frankfurter, riconosce, invece, al quattordicesimo la qualità di forza adeguatrice inesauribile della Costituzione ai principi di civiltà giuridica. Lungi dal vincolare le istituzioni federali e statali al rispetto della volontà originaria del legislatore costituente, questa dottrina riconosce alla *Due Process Clause* una forza espansiva indipendente dai

⁶¹ Si tratta del periodo in cui fu presidente della Corte Suprema il giudice Earl Warren. Tale periodo viene ricordato per la forte tendenza progressista della giurisprudenza, specialmente nell'affermazione ed espansione dei diritti civili, nonché per l'incorporazione del *Bill of Rights* attraverso la porta costituita dal quattordicesimo emendamento approvato circa un secolo prima e rimasto lettera morta per lungo tempo. Come osservato da R. A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana*, 2001 – 2003, Bari – Roma, p. 21, «il quattordicesimo emendamento fu interpretato ad un certo punto come base costituzionale per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne e di certe minoranze che subivano pratiche discriminatorie».

⁶² L'affermazione della tesi della completa incorporazione si fonda sullo studio dei lavori preparatori all'approvazione del quattordicesimo emendamento e venne affermata con forza dal Justice Black, in almeno due occasioni. Innanzitutto, nell'opinione dissenziente alla sentenza *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 71-72 (1947), in cui il giudice afferma: «[m]y study of the historical events that culminated in the Fourteenth Amendment, and the expressions of those who sponsored and favored, as well as those who opposed its submission and passage, persuades me that one of the chief objects that the provisions of the Amendment's first section, separately, and as a whole, were intended to accomplish was to make the Bill of Rights, applicable to the states». A distanza di pochi anni, nell'opinione concorrente nel caso *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174-77 (1952), criticando le teorie selettive dell'incorporazione, si espresse affermando: «[o]f even graver concern, however, is the use of the philosophy to nullify the Bill of Rights. I long ago concluded that the accordion-like qualities of this philosophy must inevitably imperil all the individual liberty safeguards specifically enumerated in the Bill of Rights. Reflection and recent decisions of this Court sanctioning abridgment of the freedom of speech and press have strengthened this conclusion». In dottrina, si rinvia alla copiosa analisi di fonti storiche, lavori preparatori e decisioni della Corte Suprema operata da C. FAIRMAN, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?, The Original Understanding*, in 2, *Stan. L. Rev.* 5 (1949), *passim*.

valori scolpiti in costituzione. Con terminologia familiare al costituzionalismo italiano, si può affermare che il giusto processo governato dalla legge sia una clausola che permette alla Corte Suprema interpretazioni che si adattino alla sensibilità giuridica contingente. Permette, in buona sostanza alla carta costituzionale di rimanere vitale espandendo i valori e principi voluti dai costituenti, impedendo, così, la cristallizzazione del diritto. Sempre secondo questa interpretazione, la *Due Process Clause* non incorporerebbe alcuno dei primi dieci emendamenti⁶³, bensì, con portata molto più dirompente, obbligherebbe gli stati a onorare quei principi e valori di giustizia così radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano, da esser ritenuti fondamentali⁶⁴. Risulta però irrilevante che i diritti che delineano giusto processo coincidano in tutto o in parte con quanto enunciato nel *Bill of Rights*, poiché non si esauriscono in esso e ben possono eccederlo⁶⁵. La dottrina ha fortemente criticato questa interpretazione ravvisando un potenziale pericolo per il principio di separazione dei poteri dello stato. Sarebbe, infatti, troppo accentuata la forza creatrice di nuovi diritti affidata al potere giudiziario ed al potere legislativo, investito della legittimazione del voto popolare non resterebbe altro che prendere atto delle decisioni ed adeguarsi a quanto stabilito dal formante giurisprudenziale⁶⁶. Altra teoria è quella definita

⁶³ «[T]his means that a right may be included in the Bill of Rights (and thus being protected against encroachment by the federal government) and yet not be deemed fundamental) and, therefore, not be protected against state overreaching). By the same token, a right might be fundamental, and yet not expressly protected by the Bill of Rights. Thus, the Fourteenth Amendment potentially provides both more and less than the Bill of Rights». Così, J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, cit., p. 44.

⁶⁴ Cfr. J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, vol. 1, *Investigations*, cit., p. 42; Nonché la decisione nel caso *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319 (1937) e *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934).

⁶⁵ A proposito della posizione Assunta dal Justice Frankfurter, J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, 4th ed., v. 2, *Adjudication*, 2014, p. 38, osservano: «*Frankfurter doubted that state legislators, by ratifying the Fourteenth Amendment, believed that they were agreeing to dismantle their own systems of justice and replace them with the federal system*».

⁶⁶ *Idem*, sui potenziali pericoli della teoria dei diritti fondamentali, gli A. osservano: «*[f]undamental rights doctrine, however, is subject to criticism on separation-of-powers-grounds*», ciò specificamente in quanto tende ad ammettere una forte ingerenza del potere giudiziario nell'esercizio prerogative tipiche del legislatore. Significa attribuire unicamente al formante giurisprudenziale federale di definire quali diritti debbano assurgere al rango di garanzie indefettibili in tutti gli stati escludendo completamente da tale

full incorporation-plus. Quest'ultima, combinando le idee delle due tesi precedentemente esposte, afferma che la *Due Process Clause* permetterebbe di incorporare tanto l'intero contenuto del *Bill of Rights*, quanto i principi di civiltà giuridica e di giustizia radicati nella cultura giuridica statunitense⁶⁷ e anglo-americana più in generale. Esiste, infine, la c.d. teoria dell'incorporazione selettiva, sviluppatasi per ultima in ordine cronologico. Sebbene parrebbe collocarsi a metà strada tra la dottrina dei diritti fondamentali e la tesi dell'incorporazione completa, presenta la singolare peculiarità di non seguire la logica di alcuna delle precedenti. I fautori dell'approccio selettivo, da un lato concordano con i fautori della teoria dell'incorporazione dei diritti fondamentali sul punto della non necessaria inclusione dell'intero *Bill of Rights*, ben potendo parti di esso esser ritenute non fondamentali, ma sono anche in perfetto accordo con la dottrina della piena incorporazione nel ritenere che, una volta che un diritto sia ritenuto fondamentale, quest'ultimo sia applicabile agli stati e che questi ultimi siano obbligati a rispettarlo così come modellato dalla stratificazione ed evoluzione delle decisioni scaturenti dalla giurisdizione federale. Delle teorie esposte, la prediletta dalla maggioranza dei giudici della Corte Suprema e applicata alle decisioni della medesima sembra essere la teoria dell'incorporazione selettiva. Ad ogni modo, deve darsi atto del fatto che, ad eccezion fatta del diritto previsto dal quinto emendamento a che un individuo possa essere chiamato a rispondere di un reato grave, soltanto previo *indictment* o *presentment* da parte di un *grand jury*, l'intero corpo dei diritti inerenti il processo penale risulta, *de facto*, esser stato esteso agli Stati dalla giurisprudenza della Corte. Per questo motivo, può ritenersi che, almeno nel settore dei

procedimento tanto il legislatore federale, quanto i cinquanta legislatori nazionali. Come osservato dal justice Black nella *dissenting opinion* formulata nel caso *Adamson v. California*, questa dottrina consente ai giudici «*to roam at large in the broad expanses of policy and morals and to trespass, all too freely, on the legislative domain of the States, as well as the Federal Government*».

⁶⁷ Principali fautori di quest'ultima tesi furono i giudici Frank Murphy, Wiley Rutledge e William Douglas. Il loro pensiero si trova scolpito, in particolare, in due decisioni: *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 132-135 (1947) e *Poe v. Ullman* 367 U.S. 497, 516 (1961).

diritti e delle garanzie concernenti la procedura penale, la teoria della piena incorporazione sostenuta dal giudice Black abbia finito per prevalere⁶⁸.

6. *Due Process of Law*: norma di chiusura del sistema e strumento di salvaguardia dei diritti dell'imputato nel processo.

Come osservato in dottrina, la locuzione *Due Process of Law* presente nel quattordicesimo emendamento, non costituisce una assoluta novità per i sistemi di *common law*, bensì ha origini assai risalenti, databili addirittura alla adozione della *Magna Charta Libertatum* inglese emanata da Giovanni Senza Terra nel lontano 1215. Il trentanovesimo ed il quarantesimo paragrafo, successivamente riuniti e trasfusi nella ventinovesima clausola, introducevano importanti garanzie processuali e stabilivano, rispettivamente :« [n]ullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre » e «[n]ulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam ». Il concetto di *legale iudicium* costituisce la radice storica del concetto di *Due Process of Law* nella sua doppia accezione processuale e sostanziale⁶⁹. Il sintagma *Procedural Due Process*, per quanto evocativo di un'idea generica di equità e correttezza dello svolgimento del processo, poco lascia intravedere dei suoi effettivi contenuti. Questi ultimi, intesi come diritti dell'imputato e dell'indagato nel rapporto con l'autorità procedente, sono stati puntualmente individuati dalla sentenza *Goldberg v. Kelly*

⁶⁸ È questa la tesi sostenuta da J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, 4th ed., v. 2, *Adjudication*, 2014, p. 40.

⁶⁹ Per una ricostruzione analitica della storia e dello sviluppo dei corollari del principio in parola si rinvia a P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011, pp. 152 e ss. ed alla dottrina *ivi* citata. Per un approfondimento degli aspetti sostanziali e processuali della *Due Process of Law Clause*, come delineati dalla giurisprudenza della Corte Suprema, si rinvia a W. R. LAFAYE - J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, Sixth Edition*, 2017 pp. 82 – 132; ed a E. CHEMERINSKY, *Constitutiona Law, Fifth Edition*, New York, 2017, pp. 949 – 1233.

del 1970⁷⁰. Nell'opinione licenziata dalla maggioranza della Corte possono ravvisarsi dieci caratteristiche ritenute essenziali per la celebrazione di un giusto processo⁷¹. La *Due Process of Law Clause* si pone, al pari della teoria dell'incorporazione selettiva come strumento di apertura dell'ordinamento all'inclusione principi di civiltà giuridica derivanti dalla tradizione di *common law* e del moderno garantismo processuale. Il riferimento al giusto processo funge da elemento facilitatore dell'espansione delle garanzie processuali. La sua capacità espansiva è molto accentuata e attribuisce alla giurisprudenza della Corte Suprema una forza maieutica ben superiore alla semplice interpretazione estensiva dei diritti e delle garanzie scolpiti nel *Bill of Rights*. Consente, infatti, di attrarre principi della tradizione processualpenalistica del tutto estranei al catalogo costituzionale, fungendo da adeguatore permanente dell'ordinamento. Il concetto di giusto processo nell'ordinamento americano dà luogo a due differenti tendenze espansive del diritto costituzionale. Da un lato, attraverso la teoria dell'incorporazione, attrae il catalogo dei primi otto emendamenti ed i diritti e le garanzie ivi enunciati e ne ha permesso tanto l'applicazione agli stati federati, quanto ne ha favorito l'interpretazione estensiva. Questi diritti e garanzie vengono definiti dalla dottrina “*enumerated rights*”⁷². Dall'altro lato, la *Due Process of Law Clause* si configura come un *quid pluris* rispetto alla mera attrazione e fagocitazione del *Bill of Rights*. Presenta, comunque, una vita autonoma ed indipendente, che prescinde dall'esistenza dei primi dieci emendamenti. Gli studiosi parlano in proposito di “*free standing due process*”. Questa tesi ha permesso alla Corte Suprema di porre ulteriori limitazioni all'iniziativa legislativa in ambito penale. La definizione di quelli che vengono,

⁷⁰ Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

⁷¹ 1. Adequate notice of charges; 2. The opportunity to be heard; 3. The right to present evidence; 4. Confrontation of opposing witnesses; 5. Right to cross-examine witnesses; 6. Disclosure of all adverse evidence; 7. Right to counsel; 8. Decision based exclusively on the evidence presented at the hearing; 9. Statement of the reasons for the decision; 10. An impartial decision maker.

⁷² Sulla duplice anima della *Due Process of Law Clause* e sui suoi contenuti indipendenti dalle tradizionali garanzie del *Bill of Rights*, si rinvia a W. R. LAFAVE - J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, Sixth Edition*, 2017, pp. 82 ss.

perciò, definiti “*unenumerated rights*” scaturenti dal concetto di *Due Process of Law* ha permesso la creazione di importanti vincoli al potere federale e statale⁷³. Ciò significa, innanzitutto, che alcune previsioni della legislazione statale o federale ben possono collocarsi in perfetta adesione con le garanzie previste dal *Bill of Rights* e, allo stesso tempo, esser ritenute incostituzionali dalla corte per violazione dei principi di un giusto processo. La declaratoria di incostituzionalità per violazione del quattordicesimo emendamento permette altresì alla Corte di pronunciarsi su questioni non nitidamente riconducibili alle tradizionali garanzie enumerate e ai loro corollari fermamente radicati. In questo modo, attraverso il richiamo alla violazione dei criteri di un giusto processo, alla Corte è permesso pronunciarsi comunque, evitando di doversi trincerare dietro il rigetto di questioni non sussumibili all’interno di espliciti parametri di costituzionalità. Proprio in questa prospettiva, la vaghezza e l’elasticità della clausola di cui si va discutendo, permettono al supremo collegio un ampio margine di manovra. Ogniquale volta la Corte si ritenga mossa da particolari ragioni di giustizia sostanziale, anziché trincerarsi in un atteggiamento di *self restraint*, interverrà comunque, con buona pace della tensione col principio della separazione dei poteri, già espresse rispetto alla teoria dei diritti fondamentali. Nell’espandere e specificare il catalogo delle garanzie processuali assumendo come parametro i concetti di *fundamental fairness* e *due process of law*, la Corte si discosta da un atteggiamento di mera interpretazione del testo costituzionale e si fa paladina di un approccio che reputa la carta fondamentale la fonte primaria di un ordinamento e di una società in continua evoluzione⁷⁴. Un esempio paradigmatico di

⁷³Per una ricostruzione delle principali teorie interpretative della costituzione americana da parte della Corte Suprema, si rinvia a C. VALENTINI, cit., pp.183 e ss.

⁷⁴ All’indomani della straordinaria opera espansiva del catalogo dei diritti civili e delle libertà fondamentali che ha contraddistinto l’attività della *Warren Court*, affronta in modo diffuso le tensioni dottrinali tra fautori della mera interpretazione del dato costituzionale e sostenitori della c.d. teoria della costituzione vivente T. C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 Stan. L. Rev 703 (1975), *passim*. Sulle tensioni ideologiche che hanno contraddistinto lo sviluppo del concetto di *due process of law* nella sua duplice accezione sostanziale e processuale, cfr. H. H. WELLINGTON, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 Yale L. J. 221 (1973), *passim*.

garanzia costituzionale imposta dalla Corte tanto agli organi del sistema giudiziario federale che a quelli statali non facente parte dei c.d. *numerated rights* è il coefficiente probatorio BARD⁷⁵. La possibilità di pervenire a condanna dell'imputato esclusivamente ove la prova della colpevolezza sia raggiunta oltre ogni ragionevole dubbio, costituisce ormai un principio cardine del processo penale accusatorio, ma è del tutto estraneo al catalogo dei primi dieci emendamenti. La sua elevazione a garanzia avente rango costituzionale, si deve alla forza espansiva della *Due Process of Law Clause*. In particolare, nella storica sentenza *In Re Winship* del 1970, la Corte definì contrario alle regole del giusto processo la possibilità di condanna nel processo minorile, che nel sistema statunitense afferisce alla giurisdizione civile, secondo il criterio della preponderanza tipico del processo civile, anziché secondo il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio⁷⁶. Una Corte Suprema dotata di particolare capacità maieutica nel dare forma ai contenuti dei diritti civili e politici può tuttavia ingenerare forti attriti istituzionali, specie laddove le corti supreme dei singoli stati, nell'interpretarne le relative costituzioni, si collochino su posizioni divergenti.

⁷⁵ In dottrina, per un approfondimento sul delicato intreccio tra criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e *inference to the best explanation*, si rinvia a L. LAUDAN, *Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof*, 11 Int'l Evidence & Proof 292 (2007), *passim*.

⁷⁶ Cfr. in re *Winship*, 90 S. Ct. 1068 25 L.Ed. 368 (1970). Sul carattere assiomatico della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio quale precipitato della presunzione di innocenza, Il giudice Brennan, nell'estendere la motivazione veicolante l'opinione della maggioranza della Corte rinvia alla ben più risalente sentenza *Coffin v. United States*, 156 U.S., at 453, 15 S. Ct., at 403. In dottrina, si rinvia a F. STELLA, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, seconda ed., 2002, Milano, pp. 102 ss.

7. Il Sesto Emendamento ed il diritto dell'imputato al confronto “*with the witness against him*”, un antico principio di civiltà processuale.

Il diritto al confronto col testimone a carico rappresenta uno dei tratti distintivi del processo di tipo accusatorio di *common law*. Affonda le sue radici nel diritto inglese, primo sistema processuale applicato alle colonie oltre Atlantico. Nella giurisprudenza inglese, l'affermazione del right to *confront witness* come diritto fondamentale dell'imputato ha origine assai risalente. Nel corso del sedicesimo secolo, nei procedimenti ad alta esposizione politica, come quelli per il reato di altro tradimento alla corona, il confronto con i delatori veniva frequentemente negato⁷⁷. A seguito di ripetute pressioni, non solo sul sistema giudiziario, ma anche sul parlamento, per l'introduzione di una garanzia fondamentale per l'equità del processo, come il diritto alla presenza del proprio accusatore in udienza; il diritto al confronto divenne una garanzia radicata nell'ordinamento inglese già nella metà del diciassettesimo secolo. Paradigmatico esempio degli effetti *contra reo* della negazione del confronto è il processo per *treason*⁷⁸ a carico di Sir Raleigh e altri coimputati nel 1603⁷⁹. In quel contesto, a fondamento della sentenza di condanna alla pena capitale vennero ammesse e valutate le dichiarazioni precedentemente rese all'autorità procedente, ignorando la richiesta dell'imputato di poter ottenere il confronto diretto con il teste a carico.

⁷⁷ Si vedano, a titolo esemplificativo il processo a carico del Duca di Buckingham nel 1521, cu fa cenno anche William Shakespeare nell'Enrico VIII, II:1; oppure il caso Seymour (1549) 1 How.St.Tr. 483, 492; il processo a carico del Duca di Somerset (1551) 1 How.St.Tr. 515, 517, 520; ed ancora, il famoso caso di Sir Raleigh, (1603) 2 How.St.Tr. at 15, 18, 19, 23. In dottrina, si rinvia a R. D. FRIEDMAN, *Thoughts from Across the Water on Hearsay and Confrontation*, Crim. L.R. 697 (1998); E. L. LEE, *Confronting the Ongoing Emergency: A Pragmatic Approach to Hearsay Evidence in the Context of the Sixth Amendment*, 35 Fla. St. U. L. Rev. 729 (2008).

⁷⁸ Alto tradimento.

⁷⁹ Nel contesto di una riflessione sulle radici storiche del diritto al confronto con il teste a carico, una ricostruzione piuttosto dettagliata della vicenda processuale a carico di Sir Raleigh viene effettuata dalla suprema Corte degli Stati Uniti d'America nella sentenza sul caso Crawford v. Washington 541 U. S. 36 (2004).

La medesima garanzia alla conduzione del teste a carico in udienza per rendere o confermare la propria testimonianza in un contesto caratterizzato dalla presenza fisica dell'imputato e sotto giuramento⁸⁰, venne poi trasfusa nel corpo di diritti e libertà civili fondamentali presenti negli emendamenti alla costituzione a stelle e strisce. Il sistema statunitense vanta perciò, rispetto a quello inglese, il primato di aver fatto assurgere il diritto al confronto al rango di garanzia costituzionale, di averlo, cioè, espressamente posto a fondamento del sistema di accertamento penale.

8. Pointer v. Texas, la necessità per le giurisdizioni statali di garantire il diritto al confronto così come interpretato dalla Suprema Corte.

L'applicabilità ai sistemi di procedura penale degli stati federati del diritto dell'imputato al confronto col teste d'accusa, così come stabilito dal sesto emendamento, divenne realtà con la sentenza Pointer v. Texas del 1965⁸¹. L'opzione prescelta dalla Suprema Corte fu quella dell'incorporazione della garanzia al quattordicesimo emendamento e, per conseguenza, la sua applicabilità agli stati. Il sillogismo formulato dai giudici potrebbe essere così ricostruito. Il sesto emendamento, stabilendo il diritto al confronto con l'accusatore, individua un diritto processuale fondamentale ed essenziale per la celebrazione di un giusto processo⁸². Il quattordicesimo emendamento impedisce agli stati di privare un cittadino della vita, della libertà o del diritto di proprietà senza previa

⁸⁰ Sui pericoli della trasposizione delle dichiarazioni rese in contesti deformatizzati, quondanche sussumibili tra le eccezioni fermamente radicate al divieto di testimonianza indiretta, cfr. J. A. MORENO, *Finding Nino: Justice Scalia's Confrontation Clause Legacy From Its (Glorious) Beginning to (Bitter) End*, 44 Akron L. Rev. 1211(2011).

⁸¹ Pointer v. Texas 85 S.Ct. 1065 (1965).

⁸² «We hold today that the Sixth Amendment's right of an accused to confront the witness against him is likewise a fundamental right and is made obligatory on the States by the Fourteenth Amendment». Sono queste le parole del Justice Black che estese l'opinione della maggioranza della Corte nella già citata sentenza Pointer v. Texas. Il primo diritto enunciato nel sesto emendamento ritenuto essenziale per la fondamentale per la celebrazione di un giusto processo fu il diritto all'assistenza del difensore tecnico. In proposito, cfr. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 83 S. Ct. 792, 9 L.Ed.2d 799 (1963).

celebrazione di un giusto processo. Il sesto emendamento deve, dunque, essere applicato agli stati. Nel caso di specie, il sig. Pointer e un coimputato vennero arrestati e accusati di rapina. Nel corso dell'udienza preliminare, caratterizzata dall'assenza del difensore tecnico, il pubblico ministero aveva avuto modo di interrogare il testimone a carico. Nel corso del dibattimento, constatato il fatto che il teste chiave si era trasferito in altro stato, anziché assicurarne la presenza in aula e ri-assumerne la testimonianza nel contraddittorio tra le parti, vennero acquisiti i verbali delle dichiarazioni rese in udienza preliminare. Risultava così completamente negato il diritto al confronto col teste a carico in violazione tanto del sesto, quanto del quattordicesimo emendamento alla costituzione. La Suprema Corte si trovò decidere della costituzionalità della prassi di fondare il giudizio sulla base dei verbali delle dichiarazioni ripetibili in dibattimento e rese in assenza di contraddittorio nel corso dell'udienza preliminare, rispetto alla sussistenza di un diritto costituzionale al confronto col teste a carico. Nel dichiarare il dovere di tutti gli stati federati di tutelare il diritto dell'imputato al confronto e all'esame incrociato del testimone d'accusa, le parole del Justice Black furono particolarmente eloquenti. Sul carattere fondamentale del diritto al confronto e dell'esame incrociato per l'accertamento della verità processuale, afferma, infatti, che: «[i]t cannot be doubted at this late date that the right of cross-examination is included in the right of an accused in a criminal case to confront the witness against him. And probably no one, certainly no one with experience in the trial of lawsuits, would deny the value of cross-examination in exposing falsehood and bringing out the truth in the trial of a criminal case»⁸³. Il Justice Black aveva proseguito ritenendo non casuale l'espressa enunciazione del diritto al confronto nel *Bill of Rights*, bensì l'aveva ricondotta alla precisa volontà dei costituenti di affermare che il contraddittorio ed il confronto sono caratteri fondamentali di un processo penale accusatorio. Ampio respiro è stato dedicato a giustificare come questa decisione segni un punto di rottura e determini il superamento di

⁸³ Cfr. *Pointer v. Texas*, cit.

decisioni precedenti con cui la Suprema. Per giustificare l'*overruling* dei precedenti, la Corte pone grande attenzione ad enfatizzare la differenza delle circostanze del caso Pointer, rispetto a tutti i precedenti in cui si era negata l'applicabilità del sesto emendamento agli stati, anche attraverso il quattordicesimo emendamento.

9. Il valore della *cross examination* in un processo di parti in cui il giudice non ha alcun potere istruttorio.

Il processo penale americano si configura come un processo accusatorio di parti.

La ricerca delle prove e la loro produzione o formazione in dibattimento dipende esclusivamente dall'iniziativa di parte. Né la giuria, responsabili di giudicare in fatto, né il giudice, arbitro del regolare svolgimento del dibattimento e soggetto investito del compito di applicare le disposizioni di legge rilevanti, dopo che i giurati si siano espressi in ordine all'innocenza o alla colpevolezza dell'imputato, sono dotati di poteri officiosi di richiesta o di ammissione di prove. Tra le disposizioni che regolano il processo innanzi alle corti federali non è possibile rinvenire istituti omologhi all'art. 507 c.p.p., che sarebbe radicalmente inconcepibile nel sistema americano, perché comprometterebbe gravemente la concezione del giudice come arbitro imparziale della regolarità del confronto tra tesi avverse. Come osservato in dottrina a proposito dei poteri probatori officiosi del giudice italiano, con argomentazioni trasponibili ad ogni sistema che si predichi accusatorio: «[s]embra difficile negare che la scelta del giudice di sopperire alla negligenza dimostrata dal pubblico ministero nel coltivare, sotto l'aspetto probatorio, l'ipotesi accusatoria faccia venir meno, se non altro, l'apparenza esteriore dell'imparzialità. Quale fiducia potrebbe ispirare nell'imputato e nell'opinione pubblica un simile comportamento? Per fugare i dubbi al riguardo non sembra utilmente invocabile la circostanza che il giudice si limiterebbe a operare la verifica di temi di prova comunque posti dalle parti e non autonomamente determinati»⁸⁴.

⁸⁴ Così O. MAZZA, v. *Contraddittorio*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, Milano, p. 250.

La completezza del quadro probatorio da consegnare alla giuria o al giudice monocratico nel caso in cui si opti per il *bench trial*, dipende solo ed esclusivamente dalla abilità delle parti di suffragare la propria tesi in modo esauriente. Per l'accusa, il prezzo del fallimento nel raggiungere questo obiettivo, si traduce nella assoluzione dell'imputato poiché il *prosecutor* non ha saputo dimostrarne la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Sopperiscono parzialmente a questo problema regole come quella che consente la citazione dei c.d. testi a sorpresa. Ove prima del ritiro in camera di consiglio alcune circostanze oggetto di prova apparissero nebulose, poco chiare, nessun soccorso può giungere all'avvocato dello Stato dalla sollecitazione all'esercizio dei poteri di acquisizione probatoria *ex officio* da parte del giudice. Allo stesso modo, il difensore che si avvedesse di non aver affrontato il dibattimento adducendo tutte le prove necessarie non potrà in alcun modo porre rimedio alla inefficacia della propria attività difensiva confidando in un intervento da parte del giudice. Al più, ove la negligenza difensiva sia stata grave, il rappresentato potrà dolersi in grado di appello della ineffettività dell'attività svolta dal difensore e richiedere il rinvio del caso ad altra corte inferiore. Date queste premesse, non serve specificare ulteriormente quanto la garanzia data dalla possibilità di poter esercitare l'esame incrociato assuma rilevanza cruciale nel processo made in USA. Come osservato in dottrina: «*In a system based on a contest between partisan warriors, fairness demands a certain balance that each side be able to test the opponent's evidence – which is not possible with respect to statements of declarants shielded from cross-examination ... Evidence which has been created or manipulated by advocates comes to court tainted with partisan poison which must be purified by the fire of cross examination*»⁸⁵. La disposizione costituzionale inerente il contraddittorio contenuta nel sesto emendamento appare, tuttavia, laconica. A fronte di una statuizione lapidaria, il compito di definizione e specificazione

⁸⁵ G. V. KESSEL, *Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach*, 49 Hastings L.J. 477 (1998), p. 502.

dei corollari di tale garanzia affidato alla Corte Suprema si è rivelato di importanza dirimente.

10. Illinois v. Allen, l'allontanamento dall'aula dell'imputato violento o pericoloso.

Come già ricordato, il confronto con l'accusatore assume riguardo, innanzitutto, la presenza fisica di colui che è esposto al rischio dell'irrogazione della sanzione penale nella medesima aula in cui il teste d'accusa rende le proprie dichiarazioni. Va ricordato che il sistema di procedura penale statunitense non ammette la possibilità del processo contumaciale, ma soltanto l'assenza volontaria⁸⁶. Si ritiene che, il contatto visivo con colui che è chiamato, con il proprio contributo conoscitivo, a suffragare in tutto o limitatamente ad alcune circostanze, la tesi accusatoria, rappresenti il più elementare corollario della garanzia costituzionale⁸⁷. Porre in atto lo scontro dialettico di cui vive e si nutre la ricerca della verità⁸⁸ non è che il passo successivo. Che il teste venga a trovarsi in uno stato psicologico⁸⁹ differente alla presenza dell'imputato lo confermano, se vogliamo, in negativo tutte quelle disposizioni codicistiche, tese a contenere al minimo gli episodi di vittimizzazione secondaria e descriventi modalità di audizione protetta delle c.d. presunte vittime vulnerabili o deboli. La presenza fisica del soggetto nei cui confronti si procede nell'aula di giustizia non garantisce soltanto il diritto ad avere cognizione delle attività di udienza e del modo in cui il potere giudiziario sta agendo. Non lenisce soltanto lo stato di angoscia generato dall'idea che il più temibile dei poteri dello stato stia accertando una eventuale responsabilità penale, punita con la privazione dei più sacri dei diritti: quello alla vita o alla libertà personale. Ed ancora, la presenza in aula non permette soltanto la possibilità di esercitare in prima persona quella congerie di diritti passivi ed attivi in cui si

⁸⁶ Il riferimento normativo è alla Fed. R. Crim. P. 43.

⁸⁷ In dottrina, P. GIANNELLI, op. cit., p. 563: «[a]t the very least, the right of confrontation guarantees an accused the right to be present during trial».

⁸⁸ Cfr., *infra*, n. 115.

⁸⁹ Si tratta di una circostanza confermata anche dalla giurisprudenza della Corte Suprema.

articola il diritto di difesa, autorappresentandosi e conferendo in tempo reale col difensore tecnico per concordare le strategie difensive. La sola circostanza di esser fisicamente nel luogo di giustizia innanzi al testimone sottoposto a giuramento ha potenti ripercussioni epistemologiche⁹⁰. Accantonando per un momento i profili patologici che la vista e l'interazione dell'imputato possono avere su alcune particolari categorie di soggetti, non vi può esser dubbio alcuno in ordine al fatto che altro è render dichiarazioni alla sola autorità procedente e altro sia narrare della responsabilità di un uomo al suo cospetto⁹¹. Se il più elementare corollario del diritto al confronto viene dunque identificato nei sistemi di *common law* con il diritto dell'imputato a partecipare alle udienze del procedimento a proprio carico, è pur vero che questa regola basilare patisce delle eccezioni.

⁹⁰ Questo aspetto viene sottolineato dal Justice Scalia nella motivazione sul caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988), di cui si dirà *infra*, par. 11 «[t]he State can hardly gainsay the profound effect upon a witness of standing in the presence of the person the witness accuses, since that is the very phenomenon it relies upon to establish the potential “trauma” that allegedly justified the extraordinary procedure in the present case. That face-to-face presence may, unfortunately, upset the truthful rape victim or abused child; but by the same token it may confound and undo the false accuser, or reveal the child coached by a malevolent adult. It is a truism that constitutional protections have costs».

Su tale profilo, in dottrina, cfr., C. CONTI, v. *Giusto processo (dir. proc. pen.)* in *EdD*, Agg. V, 2001, Milano, L. A. sostiene: «[i]l principio del contraddittorio inteso in senso soggettivo non è che il «diritto a confrontarsi con l'accusatore». La storia insegna che tale diritto può ritenersi effettivamente attuato soltanto se l'accusato ha la facoltà di costringere il proprio accusatore a formulare i suoi addebiti dinanzi a lui ed al giudice, con l'obbligo di rispondere secondo verità. Ove ciò non fosse, non potrebbe correttamente parlarsi di “diritto a confrontarsi con l'accusatore”, ma si tratterebbe di un ingannevole simulacro».

⁹¹ Come ricordato in tempi più recenti dal Justice Scalia nella sentenza *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988): «The perception that confrontation is essential to fairness has persisted over the centuries because there is much truth to it. A witness “may feel quite differently when he has to repeat his story looking at the man whom he will harm greatly by distorting or mistaking the facts. He can now understand what sort of human being that man is.” Z. Chafee, *The Blessings of Liberty* 35 (1956), quoted in *Jay v. Boyd*, 351 U.S. 345, 375–376, 76 S.Ct. 919, 935–936, 100 L.Ed. 1242 (1956) (Douglas, J., dissenting). It is always more difficult to tell a lie about a person “to his face” than “behind his back.” In the former context, even if the lie is told, it will often be told less convincingly». F. R. FRIEDMAN in *The Confrontation Clause Re-Rooted and Transformed*, 2004 *Cato Sup. Ct. Rev* 439, afferma espressamente che il confronto scoraggia la falsità e, contemporaneamente ne facilita la rilevazione. La prospettiva di rendere testimonianza sotto giuramento, alla presenza dell'imputato e in contraddittorio rende più difficile elevare false accuse.

Il riferimento è tanto all'allontanamento dell'imputato pericoloso o violento, il cui comportamento ostacola l'amministrazione della giustizia, quanto alle modalità di audizione protetta come eccezione al confronto viso a viso con l'accusatore⁹². La Corte Suprema, in pronunce molto risalenti, ha più volte sottolineato l'importanza del contatto visivo tra teste ed imputato ed ha affermato: «[a] *fact which can be primarily established only by witnesses cannot be proved against an accused ... except by witnesses who confront him at trial, upon whom he can look while being tried, who he is entitled to cross examine*»⁹³.

La sentenza Illinois v. Allen assume particolare rilievo nella definizione dei confini del diritto al confronto. Nel formulare l'opinione della corte, il giudice Black, infatti, pur ribadendo che il diritto dell'imputato ad essere presente in aula in ogni stato del processo⁹⁴ costituisce il nucleo essenziale del *right to confront witness*, stabilisce altresì che questa garanzia incontra un limite nel suo comportamento minaccioso e violento⁹⁵. Nel

⁹² Su una posizione di rifiuto di ogni compressione del diritto al confronto come faccia a faccia con il teste d'accusa, si collocava il giudice Scalia. J. A. BLUMENTHAL, in *Reading the Text of the Confrontation Clause: To Be or Not To Be?*, 3 U. Pa. J. Const. L. 722 (2001), afferma: «*Scalia in his dissent in Maryland v. Craig, the 1990 case that set the constitutional standard for such rulings, Justice Scalia argued that permitting a child witness to testify via closed-circuit television in order to avoid retrauma of being in the immediate presence of the defendant violated what he saw as the defendant's absolute right to the face-to-face confrontation guaranteed by the Sixth Amendment*». La Corte Suprema esplicita chiaramente il primigenio senso della *Confrontation Clause* nella sentenza Mattox v. United States, 156 U.S. 237, 250 (1895), affermando che l'obiettivo primario della garanzia sancita dal sesto emendamento: «*was to prevent depositions or ex parte affidavits, such as were sometimes admitted in civil cases, being used against the prisoner in lieu of a personal examination and cross examination of the witness in which the accused has an opportunity, not only of testing the recollection of sifting the conscience of the witness, but of compelling him to stand face to face with the jury in order that they may look at him, and judge by his demeanor upon the stand and the manner in which he gives his testimony whether he is worthy of belief*».

⁹³ Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39, 51 (1987) in cui la Suprema Corte ha affermato: «*the confrontation clause provides two types of protections for a criminal defendant: the right physically to face those who testify against him, and the right to conduct cross examination*».

⁹⁴ Il giudice estensore richiama il caso Lewis v. United States, 146 U.S. 370, 13 (1892).

⁹⁵ Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

caso di specie, il sig. Allen, dopo aver rifiutato di avvalersi dell'ausilio di un difensore tecnico, era stato più volte espulso e riammesso in aula a condizione della promessa di mantenere un comportamento decoroso. L'imputato aveva manifestato atteggiamenti ostativi al regolare svolgimento dell'udienza, dando in escandescenza, lanciando i faldoni. Allen aveva altresì ingiuriato e minacciato di morte il giudice. Per questo, dopo l'espulsione venne ricondotto in aula soltanto per permettere ai testimoni di adempiere alle attività di investigazione. La Corte di appello aveva censurato la decisione del giudice di prime cure di espellere l'imputato dall'aula a fronte dell'impossibilità di proseguire nelle attività d'udienza. Il giudice di seconda istanza aveva altresì precisato che il diritto alla presenza fisica al proprio processo è così assoluto da dover esser garantito al costo di ammanettare ed imbavagliare l'imputato⁹⁶. Non desta stupore il fatto che la Suprema Corte abbia deciso di occuparsi del ricorso. Nella decisione resa da quest'ultima, è stato innanzitutto posto l'accento sulla irrimediabile compromissione della presunzione di non colpevolezza agli occhi di una giuria ove l'imputato sia presentato in udienza ammanettato ed imbavagliato, per non parlare della impossibilità di conferire con l'eventuale difensore tecnico per definire la strategia difensiva. Questa pratica viene identificata come offensiva di quel decoro e dignità della celebrazione del processo che la misura stessa avrebbe voluto tutelare, e per questo l'allontanamento è stato ritenuto la soluzione migliore nel caso di specie.

11. Coy v. Iowa e preponderanza della componente fisica del confronto tra imputato e dichiarante.

Il caso Coy v. Iowa riguarda il diritto al confronto dell'imputato con un particolare tipo di testimone vulnerabile. Nello specifico, la Corte Suprema si trovò a giudicare della

⁹⁶La Suprema Corte nella decisione in commento ricostruisce in questi termini la decisione inaccettabile del giudice d'appello: «[t]he Court of Appeals concluded that a trial judge could never expel a defendant from his own trial and that the judge's ultimate remedy when faced with an obstreperous defendant like Allen who determines to make his trial impossible is to bind and gag him».

legittimità costituzionale delle previsioni speciali presenti nel codice di procedura penale dello stato dell'Iowa, concernenti l'audizione di minori vittima di violenza sessuale. Il sig. Coy era stato rinviato a giudizio per aver abusato di due ragazze tredicenni, la cui testimonianza era stata assunta in dibattimento attraverso la predisposizione di uno schermo che impedisse il contatto visivo tra l'imputato e le *alleged victims*. L'opinione della Corte, redatta dal giudice Scalia, si contraddistingue per una interpretazione particolarmente rigida e conservatrice, in aperto rifiuto di quelle istanze di modifica delle disposizioni dei codici di procedura penale aventi lo scopo di prevenire fenomeni di vittimizzazione secondaria e di ritrosia del soggetto vulnerabile a rivivere attraverso il racconto gli eventi traumatizzanti all'origine dell'imputazione. La Corte Suprema dello stato dell'Iowa, investita della questione, aveva confermato la sentenza di condanna ritenendo la presenza dello schermo un presidio non in grado di inficiare l'efficace svolgimento dell'esame incrociato e per mezzo di esso l'effettivo esercizio diritto di difesa da parte dell'imputato.

La difesa del sig. Coy obiettò che la presenza dello schermo avesse gravemente compromesso il diritto garantito dal sesto emendamento ad un confronto a viso aperto con l'accusatore, nonché fosse stato violato il diritto ad un processo equo secondo i canoni stabiliti dal quattordicesimo emendamento poiché la mera presenza di una barriera per tutelare le presunte vittime avrebbe gravemente inciso la presunzione di non colpevolezza agli occhi della giuria. Nella motivazione, il giudice estensore osserva come le precedenti decisioni della Corte Suprema in tema di sesto emendamento avessero prevalentemente affrontato il tema del rapporto tra esame incrociato innanzi al *trier of fact* ed eccezioni alla *hearsay rule*. Quest'ultima si colloca, infatti, come principale ostacolo ad una applicazione puntuale del diritto scolpito nel sesto emendamento, poiché, nonostante il perentorio divieto di testimonianza indiretta, le eccezioni alla regola saldamente radicate nella tradizione processuale penale statunitense sono numerose e di vasta applicazione. Di qui le ragioni dei ripetuti interventi del supremo collegio a definizione dei limiti consentiti alla

applicazione delle eccezioni in frizione con la garanzia costituzionale. Nel caso Coy, invece, non si trattò di acquisire i verbali di dichiarazioni extradibattimentali rese in particolari circostanze, né ci si trovò di fronte all'impossibilità di sentire il teste irreperibile, bensì si trattò di definire la tipologia di confronto fisico garantito dalla Costituzione tra teste d'accusa ed imputato. Il diritto a fronteggiare il proprio accusatore guardandolo in viso è stato considerato dalla sentenza in parola una garanzia inviolabile riservata all'imputato, parificandone l'importanza a quella dell'esame incrociato. Una componente del diritto al confronto tanto importante da indurre la Corte ad affermare che: «*[t]he Confrontation Clause does not, of course, compel the witness to fix his eyes upon the defendant; he may studiously look elsewhere, but the trier of fact will draw its own conclusions. Thus the right to face-to-face confrontation serves much the same purpose as a less explicit component of the Confrontation Clause that we have had more frequent occasion to discuss the right to cross-examine the accuser*»⁹⁷.

12. Olden v. Kentucky ed il confronto con le presunte vittime di violenza sessuale ed i limiti alla conduzione del controesame.

Il sig. Olden venne processato, insieme ad altri coimputati, per sequestro di persona e violenza sessuale ai danni di Starla Matthews.

Il procedimento con giuria era caratterizzato dalla presenza di una forte tensione razziale, essendo il presunto perpetratore afroamericano e la vittima, invece, caucasica. La tesi difensiva si era sviluppata attorno all'idea che la sig.ra Matthews avesse preferito riferire di esser stata sequestrata e stuprata, anziché ammettere la consumazione di rapporti sessuali consensuali con l'imputato e rivelare, in questo modo, la propria infedeltà al compagno. L'accusa, di contro, aveva costruito il proprio caso sullo stereotipo del crimine violento commesso da un uomo di colore ai danni di una donna bianca. Al fine di provare la

⁹⁷ Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012 (1988).

volontarietà dell'allontanamento della presunta vittima con gli imputati ed il consenso agli atti sessuali con quest'ultimo, la difesa avrebbe voluto porle domande sulle sue abitudini sessuali e sulla sua relazione extraconiugale e convivenza con un afroamericano. Nell'opinione della difesa, tali domande avrebbero potuto ingenerare nei giurati il dubbio sulla consensualità dei rapporti con l'imputato. L'intera linea di domande sulla moralità e sfera sessuale della donna venne però ritenuta inammissibile da parte della corte sulla basa delle modifiche al codice di procedura penale del Kentucky, poste a tutela della dignità della presunta vittima. La difesa obiettò che tali disposizioni limitassero intrinsecamente il diritto costituzionalmente garantito dell'imputato al confronto col teste d'accusa e che tali limitazioni al controesame impedissero la celebrazione di un giusto processo secondo i criteri di equità imposti dal quattordicesimo emendamento e dalla *Due Process of Law clause*. Nel corso del dibattimento del processo che ha dato origine al ricorso alla Corte Suprema, infatti, la legislazione dello Stato del Kentucky aveva fortemente compresso la possibilità della difesa di rivolgere domande atte a dimostrare l'incoerenza del racconto della vittima, contestandone la non credibilità. La Corte Suprema, tuttavia, pur riconoscendo le ragioni poste alla base di una legislazione che protegga la persona offesa da domande aggressive, dal potenziale effetto traumatico, ha ritenuto che nel caso di specie, dopo aver saggiato la complessiva equità del procedimento e il grado di incidenza della

violazione⁹⁸ del sesto emendamento sulla *fairness* del processo a quo⁹⁹, lo scrupolo per la protezione abbia ingiustamente sacrificato il diritto al confronto ed al controesame¹⁰⁰.

13. Delaware v. Fensterer e il concetto di occasione sufficiente al confronto.

Altro corollario del diritto dell'imputato al confronto ed al controesame del teste d'accusa consiste nel diritto a godere nel corso del procedimento di almeno una occasione adeguata per escutere il teste in contraddittorio¹⁰¹. Tale principio discende dalla decisione della Corte Suprema sul caso Delaware v. Fensterer. L'imputato, William Fensterer fu condannato per l'omicidio della fidanzata sulla base di prove indiziarie. La tesi dell'accusa aveva individuato in un guinzaglio l'arma del delitto con cui l'imputato avrebbe strangolato la donna. Al fine di identificare con certezza l'arma del delitto la procura aveva disposto l'analisi di due capelli trovati sulla medesima, uno dei quali appariva esser stato strappato

⁹⁸ Per l'elencazione puntuale dei criteri di valutazione dell'incidenza della violazione del sesto emendamento sulla complessiva equità del processo, la Corte rimanda alla decisione sul caso o Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967) così come richiamati e specificati dalla sentenza Delaware v. Van Arsdall, 475 U.S. 673 (1986).

⁹⁹ Secondo la Corte, «[t]he correct inquiry is whether, assuming that the damaging potential of the cross-examination were fully realized, a reviewing court might nonetheless say that the error was harmless beyond a reasonable doubt. Whether such an error is harmless in a particular case depends upon a host of factors, all readily accessible to reviewing courts. These factors include the importance of the witness' testimony in the prosecution's case, whether the testimony was cumulative, the presence or absence of evidence corroborating or contradicting the testimony of the witness on material points, the extent of cross examination otherwise permitted, and, of course, the overall strength of the prosecution's case».

¹⁰⁰ Le parole della Corte Suprema sono eloquenti: «[t]he Kentucky Court of Appeals did not dispute, and indeed acknowledged, the relevance of the impeachment evidence. Nonetheless, without acknowledging the significance of, or even advert to, petitioner's constitutional right to confrontation, the court held that petitioner's right to effective cross-examination was outweighed by the danger that revealing Matthews' interracial relationship would prejudice the jury against her. While a trial court may, of course, impose reasonable limits on defense counsel's inquiry into the potential bias of a prosecution witness, to take account of such factors as "harassment, prejudice, confusion of the issues, the witness' safety, or interrogation that [would be] repetitive or only marginally relevant," Delaware v. Van Arsdall, supra, at 679, 106 S.Ct., at 1435, the limitation here was beyond reason. Speculation as to the effect of jurors' racial biases cannot justify exclusion of cross-examination with such strong potential to demonstrate the falsity of Matthews' testimony».

¹⁰¹ Delaware v. Fensterer, 474 U.S. 15 (1985).

con violenza dalla cute della vittima. A corroborazione di tale circostanza, l'accusa aveva richiesto la *expert testimony* di un agente dell'FBI. Questi affermò di esser giunto alla conclusione che il capello fosse stato estirpato, sulla base di tre elementi: la presenza del follicolo, l'allungamento e la deformazione della radice, la presenza di cute. Sottoposto al controesame da parte della difesa, tuttavia, l'agente si era detto incapace di stabilire sulla base di quale tesi scientifica i tre elementi indicati potessero condurre alla conclusione che il capello fosse stato estirpato con l'uso della forza. Secondo la difesa l'impossibilità di confutare le basi scientifiche su cui era basata l'opinione dell'esperto d'accusa avrebbe privato l'imputato del proprio diritto al confronto, compromettendone gravemente le possibilità di difesa. Su questa premessa, la Corte Suprema del Delaware aveva accordato la riforma del giudizio di condanna. La Corte Suprema degli Stati Uniti, tuttavia, ritenne illegittima la riforma accordata dalla Corte Suprema del Delaware. Il ragionamento seguito dal *Justice* Scalia nel rendere l'opinione della maggioranza appare piuttosto semplice. Innanzitutto, il giudice ha raggruppato le decisioni sul diritto al confronto, inteso come possibilità di procedere al controesame, in due macrocategorie fondamentali: quelle che concernono l'introduzione di prove formatesi al di fuori del dibattimento che si collocano al di fuori delle eccezioni alla *hearsay rule* e le decisioni in cui, seppur il controesame sia stato condotto, quest'ultimo non sia stato efficace perché non sia stata data alla difesa la possibilità di fornire alla giuria degli elementi da cui inferire una spiegazione alternativa alla tesi corroborata dal teste d'accusa¹⁰². La Corte ha determinato che la questione sollevata nel giudizio a quo non potesse ricondursi a nessuna delle due categorie richiamate. La Corte ha, altresì, ribadito che il diritto al confronto garantisce all'imputato la possibilità una adeguata occasione per la difesa di controesaminare il teste d'accusa, ma

¹⁰² Come sintetizzato dal justice Stevens nella sua *concurring opinion* alla sentenza Delaware v. Fensterer, 474 U.S. 15 (1985) in commento: «[t]he question decided by the Court today concerns the admissibility of an earlier out-of-court conclusion reached by a witness who disclaims any present recollection of the basis for that conclusion».

che la *cross examination* controesame produca il risultato auspicato dalla difesa è da ritenersi una circostanza estranea alla garanzia costituzionale¹⁰³.

1.14. Roberts v. Ohio e Crawford v. Washington, la nuova vita della *confrontation clause*, il ritrovato fascino per le radici storiche dell'istituto.

La sentenza Crawford v. Washington è ritenuta una pietra miliare della giurisprudenza della Corte Suprema americana sul diritto al confronto¹⁰⁴. Nel testo della medesima, la Corte ha ripercorso a ritroso l'evoluzione della propria giurisprudenza e ha compiuto un'opera di chiarificazione e di *overruling* delle precedenti decisioni.

Nel procedimento a carico di Michael Crawford per aggressione e tentato omicidio dell'uomo che avrebbe tentato di violentare sua moglie, Sylvia Crawford, vennero acquisite le dichiarazioni della donna verbalizzate dalla polizia nell'immediatezza del fatto. In tale contesto la Crawford fu poco coerente nell'affermare che l'aggressione e le pugnalate rivolte alla vittima fossero il frutto di legittima difesa. Successivamente, nel corso del dibattimento, invocando il c.d. *spouse privilege*, la signora Crawford rifiutò di rendere

¹⁰³Nella motivazione della sentenza Delaware v. Fensterer, 474 U.S. 15 (1985), la Corte Suprema ha specificato che: «[g]enerally speaking, the Confrontation Clause guarantees an opportunity for effective cross-examination, not cross-examination that is effective in whatever way, and to whatever extent, the defense might wish».

¹⁰⁴ Per un panorama dell'acceso dibattito dottrinale scaturito dalla decisione in comment, si rinia, *ex multis*, a: T. Y. DAVIES, *Not the Framers Design: How the Framing – Era Ban Against Hearsay Evidence Refutes the Crawford – Davis “Testimonial” Formulation of the Scope of the Original Confrontation Clause*, 15 J. L. & Pol'y 349, (2007); R.D. FRIEDMAN, *The Confrontation Clause Re-rooted and Transformed*, cit.; J. R. KNOEBBER, *Say That to My Face: Applying an Objective Approach to Determine the Meaning of testimony in Light of Crawford v. Wasington*, 51 Loy. L. Rev. 497 (2005); E. LIANG YEE, *Confronting the Ongoing Emergency: A Pragmatic Approach to Hearsay Evidence in the Context of The Sixth Amendment*, 35 Fla. St. U. L. Rev. 729, (2008); J. A. MORENO, *Finding Nino: Justice Scalia's Confrontation Clause Legacy From its (Glorious) Beginning to (Bitter) End*, 44 Akron L. Rev. 1211(2011).; R. P. MOSTELLER, *Crawford v. Washington: Encouraging and Ensuring the Confrontation of Witness*, 39 U. Rich. L. Rev. 511 (2005); J. C. O'BRIEN, *The Hearsay Within Confrontation*, 29 St. Louis U. Pub. L. Rev. 501(2010); R. SIMS TALBOTT, *What Remains of the “Forfeited” Right to Confrontation? Restoring Sixth Amendment Values to the Forfeiture-by-Wrongdoing Rule in Light of Crawford v. Washington and Giles v. California*, 85 N.Y.U. L. Rev. 1291, (2010); A. J. TORCHIN, *A Multidimensional Framework for the Analysis of Testimonial Hearsay Under Crawford v. Washington*, 94 Geo. L. J. 581 (2006).

testimonianza a carico del marito. Per questo motivo, la difesa obiettò che l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali proposta dalla procura avrebbe obliterato il diritto dell'imputato al confronto col teste a carico garantito dal sesto emendamento, privandolo della possibilità di difendersi procedendo al controesame del teste d'accusa. Veniva contestata la prassi di acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali, invalsa nella pratica ed avallata dalla giurisprudenza della Corte Suprema. Come ricordato dal giudice Scalia, estensore della decisione per la maggioranza della Corte, la motivazione della decisione *Ohio v. Roberts*¹⁰⁵, inferendo una ferita mortale alla tenuta della garanzia del diritto al confronto, aveva stabilito che *«that right [to confront witness] does not bar admission of an unavailable witness's statement against a criminal defendant if the statement bears “adequate ‘indicia of reliability,’ ” a test met when the evidence either falls within a “firmly rooted hearsay exception” or bears “particularized guarantees of trustworthiness”»*¹⁰⁶. Per effetto di questo precedente, dunque, da decenni si ammetteva la trasmigrazione in dibattimento delle dichiarazioni rese da un teste non disponibile, ogniquale volta le dichiarazioni precedentemente rese presentassero adeguati indici di affidabilità e, alternativamente, ricadessero in una delle radicate eccezioni al divieto di testimonianza indiretta, oppure fossero caratterizzate da particolari garanzie di affidabilità. La corte di merito, sulla base di tale autorevole precedente, aveva ammesso le dichiarazioni della donna giudicandole perfettamente coerenti con le dichiarazioni rese dall'imputato nell'immediatezza del fatto e osservando che entrambe le dichiarazioni si caratterizzavano per ambiguità sulla circostanza che la vittima avesse brandito un'arma contro l'imputato, innescando una legittima reazione violenta all'aggressione. La difesa si era opposta all'acquisizione, ritenendola gravemente incisiva del diritto al confronto. Per risolvere il quesito sulla legittimità costituzionale della acquisizione delle dichiarazioni extradibattimentali della donna, la Corte ha deciso di ripercorre la storia delle origini della

¹⁰⁵ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 100 (1980).

¹⁰⁶ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

confrontation clause, dall'applicazione fattane dalle corti inglesi alle intenzioni dei costituenti, per poi riepilogarne l'evoluzione nella giurisprudenza della Corte Suprema stessa. Una vera e propria opera chiarificatrice, una motivazione in reazione alla degenerazione dell'istituto scaturente, soprattutto, dal caso *Roberts v. Ohio*. Nella *pars motiva*, il giudice Scalia ha individuato tra le ragioni principali che condussero alla nascita della garanzia l'eradicazione del "male" costituito dalla acquisizione *de plano* dalle dichiarazioni di parte extraprocessuali¹⁰⁷. La Corte, preso atto del fatto che con la sentenza sul caso *Roberts*, la torsione interpretativa¹⁰⁸ della *confrontation clause* fosse giunta al punto tale da condurre all'antitesi delle ragioni storiche che indussero i padri costituenti ad introdurla nel *Bill of Rights*¹⁰⁹ ha osservato: «*Roberts conditions the admissibility of all hearsay evidence on whether it falls under a "firmly rooted hearsay exception" or bears "particularized guarantees of trustworthiness."* 448 U.S., at 66, 100 S.Ct. 2531. *This test departs from the historical principles identified above in two respects. First, it is too broad: It applies the same mode of analysis whether or not the hearsay consists of ex parte testimony. This often results in close constitutional scrutiny in cases that are far removed from the core concerns of the Clause. At the same time, however, the test is too narrow: It admits statements that do consist of ex parte testimony upon a mere finding of reliability. This malleable standard often fails to protect against paradigmatic confrontation violations*». Con queste parole, il sommo collegio ha tentato di porre definitivamente fine

¹⁰⁷ Sono queste le esatte parole utilizzate della Corte nella sentenza *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004): «[f]irst, the principal evil at which the Clause was directed was the civil-law mode of criminal procedure, particularly the use of ex parte examinations as evidence against the accused».

¹⁰⁸ In argomento cfr.: J. BELLIN, *The Incredible Shrinking of Confrontation Clause*, 98 B. U. L. Rev. 1865 (2012), *passim.*; G. VAN KESSEL, *Hearsay Hazards in The American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach*, 49 Hastings L. J. 477 (1998), L'A. si chiede esplicitamente: «why, then, should hearsay generally be treated differently from other forms of evidence which are weakened by elements of untrustworthiness?»; E. LIANG YEE, *Confronting the Ongoing Emergency: A Pragmatic Approach to Hearsay Evidence in the Context of The Sixth Amendment*, 35 Fla. St. U. L. Rev. 729, (2008), *passim.*

¹⁰⁹ R. D. FRIEDMAN, *The Confrontation Clause Re-Rooted and Transformed*, 2004 Cato Sup. Ct. Rev 439.

a decenni di prassi acquisitive delle dichiarazioni rese alle autorità procedenti al di fuori del contraddittorio con l'imputato. Il che significa che, ogni tentativo da parte dell'accusa di aggiungere alla piattaforma probatoria a disposizione del *trier of fact* delle dichiarazioni extradibattimentali del teste d'accusa, verrebbe colpito da inammissibilità. E non importa se, ai sensi del *test* imposto dalla giurisprudenza antecedente queste possano presentare particolari caratteristiche di affidabilità per coerenza intrinseca o per le modalità di assunzione. Ogniqualvolta la difesa, sia essa tecnica oppure esercitata autonomamente dall'accusato che decida di rappresentarsi da sé nel processo, non abbia avuto adeguata occasione di controesaminare il teste a carico, le dichiarazioni dovranno ritenersi inammissibili. Esempio paradigmatico e di grande rilievo di atti colpiti dal divieto è costituito dai verbali dalle dichiarazioni rese innanzi al *grand jury*, ove non è ammesso il controesame del testimone. Similarmente dovranno considerarsi escluse da automatica acquisizione i c.d. *station-house statements*, ossia i verbali delle dichiarazioni rese nel contesto di interrogatori unilaterali di polizia nel corso delle investigazioni. Permarranno tuttavia quelle eccezioni caratterizzate dalla assoluta impossibilità di escutere il teste in dibattimento perché defunto, minacciato, oppure del tutto irreperibile.

CAPITOLO II

IL RIGHT TO CONFRONT WITNESS NELLE IPOTESI IN CUI IL TESTIMONE SIA COIMPUTATO O IMPUTATO “IN PROCEDIMENTO CONNESSO”.

SOMMARIO. 2. Hearsay rule nelle Federal Rules of Evidence. - 2. Joinder and severance of trials and defendants nel sistema statunitense. - 3. Quando l'accusatore è un correo: il cortocircuito tra hearsay rule, right to remain silent e confrontation clause: sui confini incerti tra quinto e sesto emendamento. - 4. Il caso Bruton v. U.S. e l'opposizione del privilegio garantito dal quinto emendamento - 5. La potenziale lesione del diritto al confronto può condurre alla separazione dei processi? Il caso Zafiro v. U.S. - 6. Prevenzione dell'invocazione del quinto emendamento e strumenti dell'accusa: immunity grants, plea bargains and informal deals.

1. Hearsay rule nelle Federal Rules of Evidence.

Il divieto di testimonianza indiretta nel sistema di procedura penale statunitense prende il nome di *hearsay rule*. Quest'ultima costituisce una regola di esclusione probatoria, un fondamentale principio di civiltà giuridica, un carattere distintivo del processo penale di tipo accusatorio ed un essenziale presidio a tutela del contraddittorio come più efficace metodo epistemologico di accertamento della verità processuale. La *ratio* di tale regola è efficacemente descritta dalla dottrina: «[t]he theory of the hearsay rule is that the many possible deficiencies, suppressions, sources of error and untrustworthiness, which lie underneath the bare untested assertion of a witness, may be best brought to light and exposed by the test of cross examination...The hearsay rule, as accepted in our law, signifies a rule rejecting assertions, offered testimonially, which have not been in some way subjected to the test of cross-examination»¹¹⁰. Nonostante la sua indiscutibile importanza in linea di principio, la regola patisce, tuttavia, ampie ed importanti eccezioni. Il portato letterale delle *Federal Rules of Evidence* rende di immediata comprensione le

¹¹⁰ J. H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, v.5, 1974, Boston-Toronto, p. 3.

dimensioni del fenomeno¹¹¹. La chiave di lettura per spiegare lo sviluppo di ipotesi derogatorie al divieto di testimonianza indiretta si ritiene sia già inscritta nella sua stessa *ratio*¹¹². Esistono, infatti, circostanze in cui l'alternanza dell'esame al controesame come metodo principe del procedere per ipotesi e confutazioni¹¹³, per evidenziare incoerenza, non credibilità ed inaffidabilità viene considerata superflua. Ciò accade laddove l'originaria acquisizione delle dichiarazioni sia avvenuta in circostanze fattuali tali da far ritenere il *test* di affidabilità e credibilità operabile attraverso l'esame incrociato già superato, oppure obiettivamente impossibile, come, ad esempio, nel caso di morte dichiarante¹¹⁴. La deroga al metodo dialettico discende, allora ipotesi di necessità, oppure

¹¹¹ Il riferimento è al compendio di disposizioni comprese nelle *Federal Rules of Evidence*, dalla n. 801 alla n. 807, che definiscono il concetto di testimonianza indiretta e ne elencano le relative eccezioni. Tali disposizioni debbono sempre leggersi in raccordo con la regola di esclusione probatoria discrezionale n. 403, la quale prevede: «[t]he court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence».

¹¹² Cfr. J. H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, cit., p. 251.

¹¹³ Dal punto di vista dell'epistemologia, l'estensione della conoscenza e lo sviluppo del pensiero umano, in generale, seguono un'andatura dialettica fatta di ipotesi e confutazioni che è fondamentalmente descrivibile nei seguenti termini: «*the method employed in the development of human thought, and especially of philosophy, as a particular variant of the trial and error method. Men seem inclined to react to a problem either by putting forward some theory and clinging to it as long as they can ... or by fighting against such a theory, once they have seen its weakness. This struggle of ideologies, which is obviously explicable in terms of the method of trial and error, seems to be characteristic of anything that may be called a development in human thought*». Più sinteticamente, la definizione di dialettica, sarebbe la seguente: «*[d]ialectic ... is a theory which maintains that something more especially, human thought develops in a way characterized by what is called the dialectic triad: thesis, antithesis, and synthesis. First there is some idea or theory or movement which may be called a 'thesis'. Such thesis will often produce opposition, because, like most things in this world, it will probably be of limited value and will have its weak spots. The opposing idea or movement is called the 'antithesis', because it is directed against the first, the thesis. The struggle between the thesis and the antithesis goes on until some solution is reached which, in a certain sense, goes beyond both thesis and antithesis by recognizing their respective values and by trying to preserve the merits and to avoid the limitations of both. This solution, which is the third step, is called the synthesis. Once attained, the synthesis in its turn may become the first step of a new dialectic triad*». Così K. R. POPPER, *Conjectures and refutations. The growth of scientific knowledge*, second ed., New York, (1963) 1965, 312-335.

¹¹⁴ Cfr. J. H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, cit., p. 252. Per una eloquente sintesi di come le molteplici eccezioni trovino applicazione nella realtà dell'amministrazione della giustizia, le parole di un giudice, ossia del soggetto che quotidianamente è chiamato a decidere sull'ammissibilità delle

da particolari circostanze che assicurino l'affidabilità del contesto in cui le dichiarazioni siano state acquisite e fungano, in buona sostanza, da surrogati dell'esercizio del contraddittorio¹¹⁵. Ai fini del presente studio assumono particolare rilevanza il complesso di disposizioni positive e le statuizioni giurisprudenziali che regolano i c.d. *out of court statements*, ossia le dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento. La *Federal Rule of Evidence* n. 807, conferisce al divieto di testimonianza indiretta un carattere altamente poroso, stabilendo che, quand'anche non riconducibili alle eccezioni tipizzate alla *hearsay rule*, le dichiarazioni extradibattimentali che presentino «*equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness*» siano ugualmente acquisibili. Nella giurisprudenza della Corte Suprema, la sentenza sul caso *Ohio v. Roberts* ha contribuito a specificare e ribadire che la prova formata al di fuori dell'esame incrociato condotto in dibattimento debba ritenersi ammissibile quando le circostanze in cui l'assunzione sia avvenuta sono di portata tale da indurre il giudice a ritenere che quandanche fosse stata formata in giudizio, non avrebbe presentato superiori caratteri di affidabilità¹¹⁶. Altra importante area di esclusione

dichiarazioni *de relato* che le parti vogliano acquisire agli atti del processo, risultano particolarmente eloquenti: «[t]here are thus a total of thirty-one exceptions to the exclusion of hearsay evidence. The first thirty are quite specific, and there is value to such a list of exceptions, otherwise a judge would in each case have to decide whether proffered hearsay evidence satisfied the balancing test in Rule 403. The problem comes with Rule 807, quoted above. It is essentially openended and, stripped of what amounts to ornamental verbiage, allows the admission of hearsay evidence whenever it is reliable and important to the case. So the federal hearsay rule taken as a whole amounts to declaring that reliable hearsay evidence is admissible when necessary to a full adjudication of a case, and in addition thirty specific forms of hearsay evidence are routinely admissible. The bar to hearsay evidence is thus full of holes. In practice, maybe the bar is limited to unreliable or superfluous hearsay evidence. And maybe that's the best we can do». Così l'Hon. R. A. POSNER, in *On Hearsay*, 84 *Fordham L. Rev.* 1465 2015-2016, p. 1469.

¹¹⁵ Formulando I caratteri essenziali di queste particolari circostanze ritenute idonee a surrogare il contraddittorio per la prova, J. H. WIGMORE, in *Evidence in Trials at Common Law*, cit., p. 254, individua i seguenti tratti essenziali: «a) where the circumstances are such that a sincere and accurate statement would naturally be uttered, and no plan of falsification be formed. b) Where even though a desire to falsify might present itself, other considerations, such as the danger of easy detection or fear of punishment would probably counteract its force. c) Where the statement was made under such conditions of publicity that an error, if it had occurred, would probably have been detected and corrected».

¹¹⁶ Cfr. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980). Sul punto, in dottrina, si veda, D. NEGRI, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, 2009, Torino, pp. 41 ss.

del divieto di testimonianza indiretta è costituita dalle dichiarazioni rese contro il proprio interesse in causa penale da parte dell'accusato o dell'imputato, su cui è altresì ammessa la testimonianza degli agenti di polizia. Nonostante si tratti, apparentemente, di una regola riguardante il solo accusato, va da sé che il rischio che i contenuti acquisiti attraverso la prova di secondo grado (sia essa costituita da videoregistrazioni degli interrogatori condotti dagli inquirenti, dalla deposizione in aula di appartenenti alle forze dell'ordine o da prova di tipo documentale) convogliano elementi indizianti anche a carico del concorrente è elevatissimo. Ulteriore fattore di forte incisione del contraddittorio per la prova si verifica laddove la fonte diretta, ossia il coimputato, scelga di non testimoniare in dibattimento, compromettendo il diritto al confronto del correo. Quest'ultima ipotesi ha costituito ed ancora costituisce una problematica di non facile soluzione nel sistema statunitense. Le *Federal Rules of Evidence* permettono altresì l'acquisizione delle dichiarazioni del coimputato *unavailable* al momento del dibattimento¹¹⁷, aprendo un'importante crisi del *right to confront witness*. La dottrina ha fortemente criticato la laconicità della disciplina emergente dalla sentenza *Roberts v. Ohio* con cui la Corte Suprema avrebbe voluto ricondurre a maggior chiarezza il regime di acquisibilità e utilizzabilità degli *out of court statements*, ponendo l'accento sulle criticità applicative da essa generate. Si è infatti osservato come: «*in Ohio v. Roberts, the Court elaborated on the Dutton approach, holding that the confrontation clause demands two showings before hearsay evidence is admissible: the challenged statement must bear signs of reliability, and the declarant must be unavailable to testify at the trial. The Roberts Court, however, generated confusion by declaring that reliability would be presumed in cases involving evidence falling within a "firmly rooted hearsay exception" without describing those exceptions that are "firmly rooted."* Moreover, *Roberts* was concerned with preliminary hearing testimony, thus

¹¹⁷ Cfr. Fed. R. Evid. 801(d)(2)(E).

*failing to delineate the applicability of its test to coconspirators' statements»*¹¹⁸. Posto che la soluzione più garantista al problema risiederebbe nell'inammissibilità di quanto dichiarato da chi sia irreperibile¹¹⁹ o rifiuti di rendere il proprio contributo conoscitivo in dibattimento, addossando, così, sull'accusa il rischio per la mancata testimonianza in udienza; l'acquisizione di tali elementi conoscitivi in assenza di contraddittorio genetico crea un cortocircuito tra divieto di testimonianza indiretta, diritto al contraddittorio per la formazione della prova e diritto di difesa. Degli strumenti processuali invocati a palliativo per il superamento dell'attrito tra privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al confronto col teste a carico si darà atto nei successivi paragrafi.

2. Joinder and severance of trials and defendants nel sistema statunitense.

La riunione di processi¹²⁰ nel sistema federale si basa tanto su criteri oggettivi, quanto soggettivi. Possono essere oggetto di accertamento nel contesto del medesimo processo più reati commessi in esecuzione di una stessa azione o in esecuzione di un medesimo disegno criminoso¹²¹, oppure, aventi la medesima natura, che si ipotizza siano stati commessi da un solo individuo. Si parla, in quest'ultimo caso, di *joinder of offences of the*

¹¹⁸ Così, S. DOUGLAS BROISKY, in *Reconciling the Conflict Between the Coconspirator Exemption From the Hearsay Rule and The Confrontation Clause of the Sixth Amendment*, 85 Colum. L. Rev. 1294 (1985).

¹¹⁹ Si tratta di una considerazione svolta anche dalla dottrina italiana all'indomani delle modifiche legislative al codice di procedura penale introdotte con la l. n. 63 del 2000 in attuazione dei principi del giusto processo. Oggetto di forte perplessità è costituito dalla acquisizione dello *status* di testimone assistito ai sensi dell'art. 197-bis, da parte di categorie di soggetti che, nella prassi giudiziaria antecedente la novella legislativa, sovente, rifiutassero di sottoporsi all'esame in dibattimento. Secondo la dottrina: «l'errore di impostazione della riforma è rintracciabile proprio nella fissazione degli obiettivi da raggiungere, essendosi confuse, più o meno volutamente, la garanzia del diritto dell'imputato a interrogare il suo accusatore o, più in generale, alla formazione in contraddittorio della prova, con l'esigenza di evitare la dispersione dibattimentale delle dichiarazioni sul fatto altrui». In questi termini: O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, 2004, Milano, pp. 323-324.

¹²⁰ «*The court may order that separate cases be tried together as though brought in a single indictment or information if all offenses and all defendants could have been joined in a single indictment or information*». Fed. R. Crim. P. 13.

¹²¹ *Joinder of offences*.

same character. Possono ricondursi a questo paradigma, per esempio più rapine, anche se non connesse dalla presenza di un medesimo disegno criminoso. La *ratio* che giustifica la riunione risiede nell'economia processuale, poiché in assenza di patteggiamento sulle diverse imputazioni, si evita l'incombenza di dover selezionare una pluralità di giurie per sottoporre a giudizio la medesima persona, con notevole beneficio in termini di "smaltimento dei ruoli" e di efficienza degli uffici della procura nel condurre a definizione il maggior numero di controversie. Allo stesso tempo, si ritiene che l'imputato risparmi i costi discendenti dalla celebrazione di una molteplicità di giudizi. Nonostante sotto un profilo strettamente economico si può convenire che questa soluzione appaia apprezzabile, resta da considerare l'impatto altamente pregiudizievole della grande quantità di prove offerte alla giuria per l'emissione del verdetto su diverse imputazioni¹²². Il rischio di confusione tra gli elementi da ricondurre a ciascun *thema probandum* comporta la possibilità, non remota, che l'esito del processo si traduca in una condanna su ogni capo d'accusa. In simili circostanze, il giudice professionale appare meglio attrezzato culturalmente per rendere una decisione imparziale su una molteplicità di fatti distinti¹²³. Ed ancora, a fronte della riunione di accertamenti per fatti semplicemente della stessa natura, è ben possibile che l'imputato abbia l'astratto interesse a sostenere strategie difensive confliggenti: ragione per cui più processi distinti potrebbero, talvolta, agevolare l'esercizio del diritto di difesa. Sotto il profilo soggettivo, invece, il c.d. *joinder of defendants*, rappresenta un istituto simile alla connessione plurisoggettiva di cui all'art. 12 c. 1 lett. a), c.p.p. Le *Federal Rules of Criminal Procedure* prevedono che l'«*indictment*

¹²² Il rischio risiede specialmente nel fatto che «*a jury may cumulate the evidence of the various crimes charged and find guilt when, if considered separately it would not*». In questi termini W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, sixth edition*, 2017, p. 1025.

¹²³ Questa tipologia di richieste di separazione dei processi, spesso ove il condannato richieda la disposizione di un *retrial* alla corte di appello viene, tuttavia, tendenzialmente rigettata. Sul punto, Cfr., *Opper v. United States*, 348 U. S. 84. In costanza di tale decisione la Suprema Corte ha affermato che: «*say that the jury might have been confused amounts to nothing more than an unfounded speculation that the jurors disregarded clear instructions of the court in arriving at that verdict*».

*or information may charge two or more defendants if they are alleged to have participated in the same act or transaction, or in the same series of acts or transactions, constituting an offense or offenses. The defendants may be charged in one or more counts together or separately. All defendants need not be charged in each count»*¹²⁴. Il tenore letterale della disposizione, ricalcata da quasi tutti i codici statali, è piuttosto vago e si presta a torsioni interpretative, permettendo l'applicazione dell'istituto della riunione a una quantità considerevole di casi. La capacità catalizzante della clausola si scontra, tuttavia, con la garanzia dei diritti costituzionalmente garantiti di difesa e al confronto. Difatti, il principale motivo di presentazione di *pre-trial motions of severance*, ossia di separazione dei processi, è costituita proprio dall'esistenza di strategie difensive confliggenti tra i diversi coimputati. La necessità di difendersi, enfatizzando il ruolo dei presunti correi o affermando la propria estraneità ai fatti e sostenendo la piena responsabilità altrui, introduce un grave squilibrio nelle dinamiche tra parti processuali.

3. Quando l'accusatore è un correo: il cortocircuito tra *hearsay rule*, *right to remain silent* e *confrontation clause*: sui confini incerti tra quinto e sesto emendamento.

Anche nel sistema processuale federale statunitense, il diritto al confronto e alla *cross-examination*¹²⁵ del testimone d'accusa trova il proprio naturale antagonista nel privilegio contro l'autoincriminazione. Al pari di quanto avviene nel sistema di procedura penale italiano, il divieto di *compelled testimony against interest* non è una protezione rivolta soltanto all'imputato che rifiuti il dialogo con l'autorità procedente, ma costituisce un diritto generalmente garantito anche al testimone¹²⁶. Spetta al legislatore, in qualità di

¹²⁴ Fed R. Crim. P. 8(b).

¹²⁵ *Il right to confront witness* emergente dal sesto emendamento alla costituzione americana è ritenuto assimilabile al c.d. contraddittorio in senso forte secondo le categorie della dogmatica italiana. Sul punto cfr. V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, 2009, Torino, p. 47.

¹²⁶ Cfr. art. 198, c. 2 c.p.p.

agone politico, operare un bilanciamento tra diritto al confronto, privilegio contro l'autoincriminazione e necessità di repressione degli illeciti penali e rifletterne la sintesi nelle disposizioni che regolano il processo penale. Secondo quanto prescritto dalle *Federal Rules of Evidence*, anche i testimoni diversi dall'imputato non possono rifiutare l'instaurazione dell'atto testimoniale nel suo complesso, ma sono ugualmente obbligati a specificarne la motivazione. La facoltà di invocare il privilegio sancito dal quinto emendamento, diviene operativa qualora la risposta alla domanda rivolta comporti il rischio dell'instaurazione di un successivo processo penale. Ai fini del valido esercizio della facoltà costituzionalmente garantita, non è sufficiente opporre silenzio a fronte della domanda posta. Ciò in quanto l'opposizione del privilegio non è ritenuta implicita nel rifiuto di dialogo. Quest'ultimo deve, invece, essere esplicitamente invocato. A fronte di tale situazione, a colui che conduce l'esame testimoniale si prospettano due alternative: rinunciare alla formazione della prova dichiarativa, oppure, chiedere al giudice di verificare che l'opposizione del privilegio non sia abusiva o pretestuosa, ma si fondi sul legittimo e fondato timore di patire conseguenze sotto il profilo della responsabilità penale¹²⁷. Nel sistema federale esistono categorie di protagonisti del processo omologhe a quelle previste dal primo comma dell'art. 197-*bis* c.p.p. Costoro non sono autorizzati ad invocare il privilegio contro le autoincriminazioni sui fatti oggetto di accertamento. Sul punto, la dottrina osserva: «*a witness who has been pardoned, acquitted, or granted immunity no longer may invoke the privilege as to questions concerning the given act*»¹²⁸. Ove il

¹²⁷ J. DRESSLER – A.C. MICHAELS, in *Understanding Criminal Procedure, Fourth Edition*, v.2: *Adjudication*, p. 273, descrivono l'invocazione del privilegio in sede di esame testimoniale nei seguenti termini: «*if a person subpoenaed or otherwise compelled to testify in any formal proceeding asserts his privilege against self-incrimination, the interrogator must honor the privilege or “seek a judicial determination as to the bona fides of the witness Fifth Amendment claim”, i.e. that the threat of incrimination is real. If the judge determines that the privilege has been legitimately asserted, the government must permit the witness to stand on the privilege or it must apply for an immunity order*»

¹²⁸ R. R. INGRAM, *A Clash of Fundamental Rights: Conflicts between the Fifth and Sixth Amendments in Criminal Trials*, 5 Wm. & Mary Bill Rts. J. 299 (1996).

testimone non invochi il privilegio e nel contesto della deposizione riveli circostanze autoincriminanti, dovrà desumersi che, rispondendo, abbia inteso rinunciare al diritto e, di conseguenza, secondo quanto affermato dalla Corte Suprema, non potrà avvalersi della facoltà di non rispondere durante il controesame sugli elementi indizianti¹²⁹. Come anticipato, l'opposizione del privilegio contro le autoincriminazioni può entrare in conflitto con il diritto del coimputato al confronto ove venga applicata la *coconspirator exemption*. Quest'ultima permette l'acquisizione delle dichiarazioni auto ed eteroindizianti formulate *in furtherance of the conspiracy*¹³⁰. La regola contenuta nella Federal Rule 801 (d) (2) (e) appare una disposizione dotata di intrinseca incoerenza. La dottrina, infatti, dubita che l'oggetto delle dichiarazioni di un correo in danno di altro concorrente possano caratterizzarsi per quella affidabilità intrinseca che contraddistingue le eccezioni ammesse alla *hearsay rule*¹³¹ e che possa superare il *test* di affidabilità imposto dalla giurisprudenza Roberts. Al più si dovrebbe sostenere l'esatto contrario¹³². Si è difatti osservato come: «*in terms of theory, the rule is an embarrassment. It seems to have been created by accident, and the one traditional explanation which survives does not convince*»¹³³. Sebbene dal dato letterale della *confrontation clause* si potrebbe derivare, con una lettura particolarmente rigida, il divieto di introduzione di ogni testimonianza indiretta e secondo la dottrina, la

¹²⁹ Cfr. *Rogers v. United States*, 340 U.S. 367 (1951).

¹³⁰ Nel diritto penale americano il riferimento è alla c.d. “*conspiracy*”: «*an agreement between two or more persons to do an unlawful act by unlawful means*». In dottrina si è rilevato come questa definizione laconica costituisca: «“assopigliatutto”: utilizzata dagli organi dell'accusa per colpire forme di criminalità, specie organizzata, di difficile perseguimento attraverso l'armamentario fornito dalle normali figure di reato». In questi termini V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo “adversary”*, 1988, Genova, p. 19.

¹³¹ Sulla *ratio* che governa le eccezioni alla *hearsay rule* si è osservato: «*the Hearsay Rule is a study in pragmatism. Like most rules of evidence, it exists to further the adversarial search for truth at trial by admitting reliable evidence and excluding unreliable evidence*». Così B. TRACHTENBERG, *Coconspirators, “Coventurers,” and the Exception Swallowing the Hearsay Rule*, 61 Hastings L.J. 581 (2009-2010).

¹³² Sull'argomento cfr. P. GIANNELLI, *Understanding Evidence*, cit. p. 485, e la dottrina *ivi* richiamata.

¹³³ Così, C. B. MUELLER, *The Federal Co-conspirator exception: Action, Assertion and Hearsay*, 12 Hofstra L. Rev. 323 (1983-1984).

c.d. *hearsay rule* ne costituirebbe l'altra faccia della medaglia¹³⁴, la completa rinuncia all'introduzione della prova indiretta assesterrebbe un duro colpo alla repressione dei fenomeni di criminalità organizzata. Prima di considerare i correttivi apportati alle ipotesi di frizione tra diritto al confronto e *privilege against self incrimination* occorre svolgere alcune considerazioni generali sul sistema processuale statunitense, le cui caratteristiche consentono il ricorso ad istituti come le diverse forme di *immunity*, che nell'ordinamento italiano dovrebbero necessariamente considerarsi costituzionalmente illegittimi. Il processo made in USA si contraddistingue per la straordinaria discrezionalità dell'organo d'accusa nell'esercizio dell'azione penale, tanto sotto il profilo della valutazione sull'opportunità dell'esercizio dell'azione, quanto alla costruzione vera e propria dei capi di imputazione contestati. Va inoltre osservato che, la celebrazione del dibattimento, ipotesi tutt'altro che remota nel processo italiano ove rappresenta la regola in virtù dello scarso ricorso ai procedimenti speciali, costituisce, di contro, un evento piuttosto raro oltreoceano¹³⁵. Oltre il 90 per cento dei processi trova definizione con forme di giustizia

¹³⁴ «*Because hearsay declarant is, in effect, a witness, a literal application of the Confrontation Clause would preclude the prosecution from introducing any hearsay statement, notwithstanding the applicability of a recognized hearsay exception. The Supreme Court has never adopted such an extreme view*». In questi termini, P. GIANNELLI, *Understanding Evidence*, cit. Quanto alla posizione Assunta dalla Corte Suprema, cfr. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 63 (1980), in cui la Corte sostenne che una simile interpretazione della garanzia costituzionale al confronto «*would abrogate virtually every hearsay exception, a result long rejected as unintended and too extreme*».

¹³⁵ I costi della celebrazione di un dibattimento negli Stati Uniti sono per gli imputati oltremodo onerosi e l'accesso al gratuito patrocinio risulta particolarmente difficoltoso. Sono elevatissime le percentuali di imputati che si riconoscono colpevoli *pleading guilty*, pur di ottenere una sentenza in tempi rapidi e non incorrere in automatismi sanzionatori draconiani, che possono condurre sino all'ergastolo o alla pena di morte. La funzione cognitiva del processo risulta radicalmente annichilita da ragioni di ordine economico e dal timore di pene assolutamente sproporzionate rispetto all'offesa. In questo senso, si potrebbe affermare, adeguando la celebre affermazione di Francesco Carnelutti al contesto, che il processo è una pena superiore al riconoscimento della propria colpevolezza. Solo in tempi recenti, grazie all' incisiva azione di organizzazioni *no profit*, che si occupano di promuovere un ripensamento della politica processualpenalistica, sono state recentemente avviate indagini per monitorare la quantità di imputati che abbiano optato per una condanna pur di prevenire la bancarotta personale e detenzioni di lungo corso. Per un approfondimento di queste tematiche, si rinvia alla nutrita documentazione reperibile sul sito internet dell'organizzazione *The Innocence Project*: <http://guiltypleaproblem.org/>

negoziata¹³⁶, con un vero e proprio accordo tra accusa e difesa sul reato contestato e sul *quantum* di pena. Uno strumento di forte pressione sulla libertà di autodeterminazione in ordine alle scelte difensive degli imputati è costituito dalla concessione di effetti premiali consistenti nella richiesta di una condanna particolarmente mite, nella promessa di impunità nel giudizio *a quo* o in ogni possibile procedimento connesso o probatoriamente collegato, come contropartita per la testimonianza a processo nei confronti dei coimputati. Nell'ipotesi specifica in cui questo genere di accordi, aventi ad oggetto la facilitazione dell'assolvimento dell'onere probatorio per l'accusa, avvenga già nel contesto di indagine o in seguito ad arresto, forti dubbi sulla credibilità ed affidabilità dovrebbero circondare le dichiarazioni del del *co-felon*. Il contributo alla corroborazione della tesi accusatoria dovrebbe, perciò, esser circondato da particolari cautele in sede di valutazione¹³⁷, il che, smentisce la sua dignità di eccezione alla *hearsay rule*, secondo il parametro della affidabilità delle dichiarazioni¹³⁸ e, maggior ragione, dovrebbe incentivare, anziché reprimere, l'esercizio del contraddittorio. Ragionando seguendo i cardini assiologici del processo accusatorio, il *right to confront witness* dovrebbe conoscere in simili ipotesi la sua massima espansione anziché annientarsi. Dovrebbe, a rigor di logica, presentare quella ampiezza predicata dalla Corte Suprema nel richiamare il processo per alto tradimento di a carico di Sir Raleigh di cui si è andato discorrendo nel capitolo precedente. La più recente

¹³⁶ La percentuale di dibattimenti celebrati innanzi alle corti federali statunitensi, intorno alla metà degli anni '80, si attestava attorno al 20% e ha mantenuto un *trend* di costante calo. Nel primo quinquennio del nuovo millennio, la percentuale dei dibattimenti è precipitata sino al 3%.

¹³⁷ Lo confermano le istruzioni rivolte alla giuria sulla valutazione degli elementi di prova inferibili.

¹³⁸ Sulla vera natura agevolatrice dell'attività dell'accusa, sono particolarmente eloquenti le parole di B. TRACHTENBERG, *Coconspirators, "Coventurers," and the Exception Swallowing the Hearsay Rule*, cit. L'A. sostiene, infatti: «[t]he Exception represents a compromise between judges' desire on one hand to subject testimony to cross-examination (lest falsehoods reach the jury) and on the other to admit evidence that seems useful (or where admission seems otherwise justified) despite falling under the straightforward definition of the Rule. Like the exceptions allowing admission of a party's own statements and those of her agents, the Exception embodies the presumption that a certain class of utterances, despite being out-of-court statements admitted to prove the truth of the matter asserted, may properly be treated as evidence regardless of the reliability problems inherent to hearsay».

giurisprudenza Crawford esaminata nel capitolo precedente, seppure paia aver dato nuova linfa alla *confrontation clause* richiamandosi alle sue radici storiche, proprio nel contesto dei procedimenti a carico di una molteplicità di imputati, viene *de facto* radicalmente disattesa per quanto concerne le dichiarazioni rese in costanza della *conspiracy*, ossia nel momento in cui il sodalizio criminoso sia ancora operativo¹³⁹. Come specificato dalla dottrina: «[i]n particular, courts evaluating whether the Exception was "firmly rooted" for purposes of Roberts ought to have struggled with the question of whether "joint venturer hearsay" had deep roots in American constitutional soil, if any litigant had been bold enough to introduce such evidence. Instead, some judges noted explicitly that coconspirator hearsay was not inherently reliable but was admissible instead "because of the legal fiction that each conspirator is an agent of the other and that the statements of one can therefore be attributable to all. In effect, the Rules have adopted the agency rationale, although the framers recognized that this theory is at best a fiction»¹⁴⁰. Questo pericoloso ravvicinamento tra processo penale e giurisdizione civile, si rende possibile soltanto tenendo presente che nel sistema americano, le regole che governano la materia probatoria sono condivise tra i plessi giurisdizionali civile e penale. Sebbene la vicinanza culturale tra i mondi dei due processi rende comprensibile l'emersione di assonanze nella mente degli interpreti, ma non può certamente obliterarsi che il processo penale risulta

¹³⁹ C. B. MUELLER, in *The Federal Co-conspirator exception: Action, Assertion and Hearsay*, cit., suggerisce la riforma della federal exemption riguardante le dichiarazioni dei coconspirators e si esprime in questi termini: « Rule 801(d)(2)(E) should be amended to include a trustworthiness requirement, added to the existing conditions. ' The language change would be minor, and would make express what some courts have already come to regard as implicit in the present wording. Under the changed language, the proponent should carry the burden of satisfying the trustworthiness requirement, just as he now carries that burden with respect to the coventurer, pendency, and furtherance requirements. The new language would not necessarily impose a heavier burden, as the factors which satisfy the existing requirements often make coconspirator statements trustworthy. In such cases the new language would simply focus the preliminary inquiry upon the trustworthiness issue. It would, and ought to, increase the burden only where the present factors do not by themselves show trustworthiness».

¹⁴⁰ Così, B. TRACHTENBERG, *Coconspirators, "Coventurers," and the Exception Swallowing the Hearsay Rule* cit.

governato da valori assiologici che non possono essere cancellati o disattesi, semplicemente per favorire l'acquisizione di prove che secondo la logica della *confrontation clause* scolpita nella costituzione, dovrebbero risultare del tutto bandite dall'accertamento. Ragionando sul principio della parità delle armi, parte della dottrina è giunta ad interrogarsi sulla necessità, da parte delle corti, di garantire alla difesa la testimonianza del teste a discarico sfruttando quegli strumenti di immunità che costituiscono mezzi strategici fondamentali per l'accusa. Secondo l'opinione dei fautori dell'introduzione di questo rimedio, l'apertura a tale concessione, dovrebbe garantire una più simmetrica parità tra le parti.

4. Il caso Bruton v. U.S. e l'opposizione del privilegio garantito dal quinto emendamento.

In tema di testimonianza del coimputato, il più importante riferimento nella giurisprudenza della Corte Suprema è rappresentato dalla sentenza sul caso Bruton v. United States¹⁴¹. Nel caso di specie, i signori Bruton e Evans vennero processati congiuntamente per una rapina a mano armata ai danni di un ufficio postale. L'accusa decise di richiedere il rinvio a giudizio congiunto per i due imputati, optando per il c.d. *joinder of trials*. Venne acquisito al dibattimento il verbale contenente la confessione resa ad un ufficiale del corpo della polizia postale da parte di Evans. Si trattava di una ammissione di colpevolezza extradibattimente formulata successivamente alla *furtherance of conspiracy*¹⁴² e, per questo, la corte Suprema ritenne che il suo contenuto dovesse essere ammissibile nei confronti di Evans, perché riconducibile alla categoria "dichiarazioni contro il proprio interesse", ritenuta una radicata eccezione alla *hearsay rule*. Considerato, invece, il rifiuto di Evans a rendere testimonianza nel corso del processo, il contenuto della confessione facente riferimento alla partecipazione di un

¹⁴¹ Bruton v. United States, 391 U.S. 123 (1968).

¹⁴² Quando i coimputati facevano parte dell'associazione delittuosa.

complice, avrebbe semplicemente costituito *hearsay* nei confronti di quest'ultimo e dunque, la giuria, non avrebbe dovuto tenerne conto¹⁴³. Dopo la conferma della condanna in appello, il ricorso di Bruton alla Corte Suprema si era incentrato sul fatto che, nonostante le istruzioni rivolte ai giurati contenessero la specificazione del fatto che la confessione acquisita attraverso le parole dell'agente chiamato a testimoniare avrebbe dovuto costituire prova a carico esclusivamente del coimputato confesso, la mancata efficace eliminazione di elementi che potessero ricondurre alla sua individuazione come concorrente nel delitto, unitamente al rifiuto di Evans di testimoniare al processo, ne avessero pregiudicato gravemente il diritto al confronto garantito dal sesto emendamento. La Corte Suprema accolse il ricorso, sostenendo che, le istruzioni fornite alla giuria prima del ritiro in camera di consiglio non avrebbero fornito adeguato rispetto delle regole di procedura penale che governano l'assunzione della testimonianza indiretta. Nonostante il risultato apprezzabile in termini di *overruling* della precedente giurisprudenza¹⁴⁴, che riteneva le istruzioni fornite alla giuria un correttivo sempre sufficiente a compensare la torsione, o meglio, l'obliterazione del contraddittorio, la dottrina non ha risparmiato critiche alla sentenza Bruton v. United States. Si è, infatti osservato che «*the Court has subsumed the basic premise of the confrontation clause under evidentiary principles, essentially equating the clause with the principles governing the hearsay rule and its exceptions*»¹⁴⁵, violando apertamente il principio di gerarchia delle fonti che caratterizza

¹⁴³ Le esatte parole della Corte nella decisione Delli Paoli v. United States, 352 U.S. 232 (1957), richiamata come paradigma della giurisprudenza consolidata prima della sentenza Bruton furono: «*an admission by defendant after his arrest of participation in alleged crime may be considered as evidence by the jury against him, together with other evidence, because it is, as the law describes it, an admission against interest which a person ordinarily would not make. However, if such defendant, after his arrest, implicates other defendants in such an admission, it is not evidence against those defendants, because, as to them, it is nothing more than hearsay evidence*».

¹⁴⁴ Delli Paoli v. United States, 352 U.S. 232 (1957).

¹⁴⁵ Così A. GARCIA, *The Winding Path of Bruton v. United States: A Case of Doctrinal Inconsistency*, 26 Am. Crim. L. Rev. 401 (1988).

gli ordinamenti positivi¹⁴⁶. Il paradossale precipitato di questa decisione apparentemente a salvaguardia del diritto al confronto, consiste nel porre il coimputato in una posizione particolarmente disagiata. Non è infatti assolutamente possibile determinare con certezza che, una volta apprese le circostanze della sua partecipazione ai reati oggetto di accertamento penale, la mente del *trier of fact* riesca ad essere assolutamente incondizionata da tali elementi conoscitivi, oppure che la giuria tragga considerazioni in merito alla sua colpevolezza dall'eventuale scelta di non voler essere esaminato nel corso del processo per confutare le affermazioni del correo. In ciascuna delle due ipotesi, la presunzione di non colpevolezza appare gravemente incisa e l'esercizio del diritto di difesa attiva non appare più come una delle opzioni possibili, ma viene fortemente sollecitato, quasi l'onere probatorio fosse invertito ed in capo al presunto innocente risiedesse l'obbligo di dimostrare la propria innocenza¹⁴⁷. Viene così fortemente compressa la libertà morale dell'imputato, laddove il processo di matrice accusatoria dovrebbe contraddistinguersi per la garanzia della massima libertà di autodeterminarsi in ordine alla scelta della strategia difensiva e del contegno da mantenere nel processo da

¹⁴⁶ La dottrina ha osservato che il riferimento ai principi costituzionali è stato affermato soltanto successivamente, nella decisione sul caso *Lee v. Illinois*, 476 U.S. 530 (1986). In tal proposito W. J. RICH, *Modern Constitutional Law, Part V. Criminal Justice*, § 30. *Protection of Criminal Defendants at Trial*, 2016 afferma: «[t]he Justices noted the particular problems stemming from the natural inclination of codefendants to cast blame upon each other. They concluded that on the record they faced there was “no occasion to depart from the time-honored teaching that a codefendant's confession inculcating the accused is inherently unreliable, and that convictions supported by such evidence violate the constitutional right of confrontation”».

¹⁴⁷ Nell'ordinamento italiano ove si ammettesse la testimonianza degli agenti di polizia sulle dichiarazioni rese dall'indagato durante le indagini si verificherebbe l'impossibilità di attuare il contraddittorio nella formazione della prova. Appare evidente che, ove si pretendesse di attuare anche nelle ipotesi di specie il modello della testimonianza di tipo indiretto e si chiamasse il teste a riferire sulle dichiarazioni dell'imputato percepite durante lo svolgimento di un atto del procedimento, ci si troverebbe a fronteggiare un'ipotesi in cui il contraddittorio è obiettivamente precluso dalla struttura stessa delle disposizioni processuali. Difatti, come si potrebbe verificare l'attendibilità di tali dichiarazioni testimoniali? Non sarebbe certamente possibile ottenere la testimonianza con obbligo di verità di tale singolare fonte primaria, dal momento che l'intero processo penale si fonda sulla sua presunta estraneità ai fatti. Non sarebbe neppure possibile obbligare l'imputato a sottoporsi all'esame dibattimentale, che è strumento probatorio fisiologicamente contraddistinto dalla volontarietà.

parte dell'imputato¹⁴⁸. Un'altra questione di non poco rilievo è rappresentata dal fatto che, la sentenza *Bruton v. United States* nel ritenere insufficiente ed inaffidabile il meccanismo delle istruzioni alla giuria, non offre, però alcuna soluzione alternativa. L'unico strumento individuato dalla prassi per evitare il pregiudizio al diritto al confronto dell'imputato col *co-conspirator* che rifiuti di ripetere quanto confessato precedentemente anche in dibattimento, resta l'eliminazione di ogni riferimento al concorrente¹⁴⁹ e, ove impossibile¹⁵⁰ senza snaturare il senso della confessione, la separazione dei processi¹⁵¹, così come proposto dalla *dissenting opinion* del *justice White*¹⁵². Anche la dottrina si è

¹⁴⁸ Sulla centralità della libertà di autodeterminarsi come condizione prodromica all'esercizio del diritto di difesa da parte del presunto innocente nel processo accusatorio si rinvia alla riflessione svolta da O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, VII.1, 2004, Milano, p. 26 ss.

¹⁴⁹ Con la Sentenza *Richardson v. Marsh* 481 U.S. 200, 211 (1987), la Suprema Corte ha stabilito che: «*Confrontation Clause is not violated by the admission of a nontestifying co-defendant's confession with a proper limiting instruction when ... the confession is redacted to eliminate not only the defendant's name but any reference to his or her existence*».

¹⁵⁰ Per uno studio sull'inefficacia delle tecniche di eliminazione dei riferimenti al coimputato attraverso cancellature, uso di pronomi neutri o sostituzione di parole e sulle insidie rappresentate dalla contestualizzazione della confessione rispetto alle altre prove acquisite a dibattimento si rinvia a: J. L. RITTER, *The X Files: Joint Trials, Redacted Confessions and Thirty years of Sidestepping Bruton*, 42 Vill. L. Rev. 855 (1997).

¹⁵¹ Sull'opportunità anche per le strategie dell'accusa della separazione dei processi ove la giurisprudenza sul caso *Bruton* trovi applicazione, cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, cit., p. 116 «[p]er l'esattezza la decisione sul caso *Bruton* non vieta la riunione di procedimenti, ma solo l'uso delle parti della confessione pregiudizievoli per il coimputato: poiché ciò equivale molto spesso a ridurre se non ad annullare il valore complessivo della confessione stessa, è facile che l'accusa chieda la separazione dei giudizi».

¹⁵² Sintetizza, interpreta e descrive le implicazioni della *dissenting opinion* del giudice *White*: A. GARCIA, *The Winding Path of Bruton v. United States: A Case of Doctrinal Inconsistency*, cit., «[j]ustice *White* attempted to fill the gaps. He assumed that the existence of a *Bruton* issue at trial would require the effective deletion from a codefendant's confession of all direct and indirect references inculcating other defendants, as well as any statement that could be used against a defendant once his 'identity is otherwise established.' Justice *White* cautioned that these deletions must not alter the substance of the confession nor prejudice either the prosecution or the declarant. These stark choices, Justice *White* reasoned, would leave the prosecution in a precarious situation: barring the possibility of an effective deletion, the government would have the options of severance or of forgoing the use of the confession». Sulla opposta tesi della convenienza in termini di economia processuale dell'istituto della riunione di processi e sulla preferibilità delle tecniche di eliminazione dei riferimenti al coimputato, cfr.: R. O. DAWSON, *Joint Trials*

interrogata sui possibili istituti invocabili per non rendere la sentenza Bruton una mera affermazione di principio. Sono quattro le possibili soluzioni ipotizzabili, affinché la protezione del diritto al confronto non resti lettera morta. Come accennato, il più efficace correttivo al problema sollevato dalla sentenza è la separazione dei processi, in modo da eliminare alla radice il pericolo di influenzare in modo irrimediabile la giuria. Si tratta, tuttavia, di una soluzione avversata, soprattutto per le ragioni di economia processuale sopra enunciate. Ad onor del vero, però, «sarebbe sicuramente esiguo il numero delle ipotesi nelle quali si dovrebbe addivenire alla “moltiplicazione dei giudizi” in seguito alla separazione degli stessi, dal momento che, come è noto, la maggioranza degli imputati confessi facilmente imboccherebbe la più agevole strada del *plea bargaining*»¹⁵³. Il secondo rimedio fa appello al *self restraint* della procura. Si ritiene che un accordo sulla mancata introduzione della confessione extradibattimentale possa salvaguardare la qualità del contraddittorio esercitato in aula. Una soluzione ingenua e chiaramente impraticabile. Un accordo di questa natura, in assenza di un divieto probatorio dai contorni netti, rende la tesi accusatoria deliberatamente debole e mal si concilia coi criteri efficientisti che regolano il lavoro degli uffici dell'accusa. E anche richiederne l'esclusione dalla piattaforma probatoria, appellandosi al valore epistemologico del contraddittorio per la prova non può che essere una vana speranza, specie in un ordinamento ove il vertice della procura l'U.S. *General Attorney* è eletto, ed eventualmente, ri-eletto sulla base della valutazione delle sue *performances* nel condurre a condanna il maggior numero di imputati. Il terzo possibile correttivo riguarda la giuria. La dottrina ha prospettato la possibilità che, nei processi ove la confessione predibattimentale del coimputato accusatore che rifiuti di testimoniare in dibattimento voglia essere introdotta come prova

of Defendants in Criminal Cases: An Analysis of Efficiencies and Prejudices, 77 Mich. L. Rev. 1379, 1381-89 (1979).

¹⁵³A confutazione delle critiche sulle ragioni di economia processuale ostative alla separazione dei processi: V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo adversary*, cit., p. 31.

dall'accusa, siano selezionate due giurie, una delle quali sia allontanata al momento della acquisizione di tale prova e cui sia fatto divieto di conferire con i membri dell'altro collegio, ovvero sia chiesto ai giurati di deliberare sulla posizione dell'imputato non confesso e, solo successivamente, dopo l'acquisizione della confessione, sia loro richiesto di esprimersi nuovamente, questa volta in ordine alle imputazioni a carico dell'imputato che non si sia autoaccusato. Questa seconda soluzione, non appare tuttavia appagante. La sola necessità di istruire la giuria sulla possibilità di dover rendere due verdeti separati, in virtù dell'esistenza di prove che non dovrebbe valutare, potrebbe ingenerare un "fisiologico" sentimento di sospetto nei confronti dell'imputato, specie in un gruppo di individui non "addetti ai lavori"¹⁵⁴. Altro possibile strumento per impedire il pregiudizio del diritto al confronto è quello suggerito nella sentenza Bruton ed è costituito dalla "interpolazione" della confessione, purché la narrazione non ne emerga completamente snaturata. Quest'ultima, pur introdotta in dibattimento attraverso documentazione cartacea o sotto forma di testimonianza indiretta dell'agente di polizia sulle ammissioni contro il proprio interesse penale da parte di uno degli imputati, può essere alterata, omettendo i riferimenti a carico del coimputato¹⁵⁵. Anche questo correttivo, tuttavia, appare doppiamente insidioso¹⁵⁶. Innanzitutto, perché, tanto la modifica testuale, quanto la

¹⁵⁴ Appaiono più che mai attuali, in un simile contesto, le parole di P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1959-2012, Milano, p. 18, «[c]ome può l'avvocato prevedere, al momento in cui il processo si inizia, in qual modo uscirà trasformata o deformata la verità, attraverso questi itinerari segreti nei sotterranei psichici delle coscienze che partecipano al giudizio? Ciascun uomo reagisce in modo diverso e imprevedibile ai fatti esterni: ciascuno li vede, o li travede, a suo modo».

¹⁵⁵ Al contrario, nel sistema italiano, la verbalizzazione delle dichiarazioni extraprocessuali, assistita dal divieto probatorio di testimonianza degli agenti sulle dichiarazioni rese in contesti formali dall'indagato che assumerà la qualità di imputato sono imposte dall'art. 62 c.p.p. Diversamente dalla testimonianza indiretta, la verbalizzazione costituisce il metodo più idoneo alla preservazione della genuinità dei contenuti delle dichiarazioni. Autorevole dottrina ha osservato sul punto che: «le dichiarazioni dell'imputato esistono nella misura in cui constino dai verbali, essendo richiesta *ad substantiam* la forma; non possiamo risuscitarle da testimonianze o altre fonti aliene». In questi termini F. CORDERO, *sub* art. 62 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, 1989, Torino, p.76.

¹⁵⁶ Come sostenuto in dottrina: «[l]a testimonianza indiretta è sempre stata guardata con sospetto, in quanto è evidente il pericolo d'inattendibilità che generalmente si annida dietro dichiarazioni il cui autore originario sia rimasto estraneo all'assunzione delle responsabilità tipiche del testimone e delle quali il

rielaborazione del teste in cui si omettano degli elementi eteroaccusatori potrebbero non essere accurate. In tal caso, il rischio che la giuria venga irrimediabilmente fuorviata non è ipotesi remota. In secondo luogo, si tratta pur sempre di una distorsione degli accadimenti che risulta poco coerente con il modello *adversary*: con i principi dell'oralità e dell'immediatezza, nonché con la scelta del contraddittorio come metodo epistemologico. Da ultimo, deve rilevarsi che appare altamente inaffidabile la valutazione prognostica formulata dal giudice chiamato a decidere sull'ammissibilità della prova ed avente ad oggetto la sufficienza della cancellazione dei riferimenti all'imputato o la modifica di tutti i pronomi presenti nei verbali contenenti le dichiarazioni del correo appare. Ciò, segnatamente, in quanto, non è possibile stabilire *ex ante* se al termine dell'istruzione probatoria, dal complesso delle prove acquisite e formate in dibattimento, non sarà ugualmente possibile individuare nel coimputato il soggetto menzionato nella confessione come concorrente nel reato¹⁵⁷.

5. La potenziale lesione del diritto al confronto può condurre alla separazione dei processi? Il caso Zafiro v. U.S.

Nel caso Zafiro v. United States¹⁵⁸, quattro coimputati vennero processati e condannati per

dichiarante *de auditu* si dissoci, evidenziandone la paternità altrui». Così R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. UBERTIS - G. P. VOENA, XVI, 2011, Milano, pp. 177-178. Tali osservazioni valgono a maggior ragione quando l'escussione del teste originale riguardasse l'imputato, presunto innocente, ed assolutamente libero di non fornire il proprio contributo conoscitivo all'autorità procedente.

¹⁵⁷ Tale circostanza viene sottolineata da L. RITTER, *The X Files: Joint Trials, Redacted Confessions and Thirty years of Sidestepping Bruton*, cit. L'A. richiama la posizione, divergente rispetto alla maggioranza della Corte, sostenuta dal Justice Scalia ed afferma: «[a] per se rule, however, avoids the difficulties inherent in a case-by-case approach. In Richardson, Justice Scalia raised the concern that, at the beginning of a trial, it would often be difficult, if not impossible, to predict whether the evidence would tend to link a defendant to his or her co-defendant's confession. This concern is valid. Before the evidence has been presented, it would indeed be quite difficult to know whether and how much evidence in the trial will reveal the true identity of the "X" or "another" mentioned in a co-defendant's confession».

¹⁵⁸ 506 U.S. 534 (1993).

possesso finalizzato allo spaccio di sostanze stupefacenti di vario tipo. Tanto il dibattimento di primo grado, quanto il successivo appello si caratterizzarono per l'insistente richiesta da parte dei coimputati di istanze finalizzate alla separazione dei processi. Ciò più specificamente perché ciascuno dei coimputati aveva deciso di adottare una strategia difensiva radicalmente confliggente rispetto a quelle dei concorrenti. L'adozione di linee difensive completamente eterogenee e focalizzate sull'enfaticizzazione della responsabilità altrui era sfociata nella defatigante necessità per ciascun concorrente di difendersi, non soltanto da un accusatore pubblico, ma anche da una pluralità di accusatori privati: i *codefendants*. La separazione in più procedimenti con diverse giurie era stata sistematicamente negata dapprima dalla corte di merito, successivamente, da quella di appello ed era stata ritenuta legittima dalla Suprema Corte dello stato. Investita della questione, la Corte Suprema federale ha ritenuto la separazione dei processi un rimedio non indispensabile ove si lamenti puramente il contrasto tra le diverse linee difensive dei presunti autori dei fatti oggetto di imputazione¹⁵⁹. La *severance*, deve ritenersi, invece concedibile ogniqualvolta dal cumulo soggettivo derivi la grave compromissione di diritti costituzionalmente garantiti. Appare evidente come questa pronuncia costituisca il baluardo dell'affermazione della preferenza del sistema federale per i processi con pluralità di imputati.

¹⁵⁹ «The Supreme Court in *Zafiro v. U.S.* took a strict view: “Defendants are not entitled to severance merely because they may have a better chance of acquittal in separate trials” or “whenever codefendants have conflicting defenses”. Rather, a court should grant a severance “only if there is a serious risk that a joint trial would compromise a specific trial right of one of the defendants, or prevent the jury from making a reliable judgment about guilt or innocence”. Moreover, the Court added, even if a defendant makes out a showing of “some risk of prejudice”, the remedy of severance is unnecessary if that prejudice “is of the type can be cured with proper instructions”, which “juries are presumed to follow”». Riassumono così il portato della sentenza *Zafiro*, W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, sixth edition, cit., p. 1035.

6. Silenzio del coimputato, privilegio contro l'autoincriminazione e testimonianza nei due sistemi processuali.

La *severance of defendants* appare la più sicura garanzia a profilarsi dall'inferenza di circostanze pregiudizievoli da parte della giuria dalla testimonianza indiretta da parte degli agenti sulle dichiarazioni rese dal coimputato, dalla lesione al contraddittorio e al diritto al confronto determinata dall'impossibilità di controesame il medesimo soggetto invocante il quinto emendamento e dalla lettura dei verbali interpolati delle dichiarazioni del medesimo. La *severance* si configura, dunque, come l'unica barriera efficace contro le insidie degli elementi di prova inferibili dalla giuria o dal giudice nel *bench trial* dalla trasmigrazione nel dibattimento della narrazione eteroaccusatoria di chi si renda indisponibile al controesame. L'essenzialità di una simile opzione dovrebbe ritenersi autoevidente per chiunque abbia familiarità coi principi del processo accusatorio. Nel sistema italiano, l'imputato per il medesimo fatto gode della possibilità di rispondere senza obblighi di verità, qualora decida di sottoporsi ad esame. Nel sistema statunitense l'alternativa è secca: rispondere secondo verità ed esporsi alle insidie del controesame, oppure opporre il privilegio contro l'autoincriminazione. Come osservato dalla dottrina italiana: «l'imputato non potrà mai assumere la qualifica di testimone quando le sue dichiarazioni, pur riferibili anche alla responsabilità altrui, riguardino però gli stessi fatti che gli vengono addebitati a titolo di concorso nel medesimo reato, cooperazione nel delitto colposo o determinazione dell'evento mediante condotte indipendenti»¹⁶⁰. La ragione del divieto discende dall'impossibilità di scindere nettamente i profili dal fatto proprio da quello altrui durante l'interlocuzione con colui che pone le domande¹⁶¹. L'incompatibilità

¹⁶⁰ Così, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 136-137.

¹⁶¹ Argomentando sul legame nell'ordinamento italiano tra principio del *nemo tenetur se detegere* e presunzione di innocenza G. UBERTIS in *Sistema di Procedura penale*, I, *Principi generali*, 3^a ed., 2013,

con l'assunzione della qualità di testimone per il soggetto accusato per il medesimo fatto vien meno, nel sistema italiano, solo nelle ipotesi in cui la sua posizione processuale sia già stata definita con provvedimento divenuto irrevocabile. Si tratta delle ipotesi descritte dall'art. 197, c.1, c.p.p., modificato dalla l. n. 63 del 2001, allo scopo di potenziare il diritto al confronto, eradicando il c.d. fenomeno del coimputato che abbia reso dichiarazioni extradibattimentali alle autorità, ma che, successivamente, rifiutasse l'esame nel corso del processo. Sebbene sia ammessa l'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato che rifiuti di rendere esame ai sensi dell'art. 513 c.p.p., è altresì vero che queste ultime non possono essere utilizzate nei confronti del coimputato. Si tratta del medesimo "ostacolo" riscontrato dall'accusa nel processo americano. Infatti, sia nel caso del coimputato che non voglia rendere testimonianza nel corso del processo e si appelli al privilegio contro le autoincriminazioni nel sistema statunitense, sia nel caso di rifiuto dell'esame in dibattimento nel sistema italiano, è innegabile che la tesi accusatoria si trovi "defraudata" di una prova potenzialmente decisiva. Divengono testimoni nel procedimento italiano coloro i quali, imputati per il medesimo fatto, siano stati assolti oppure condannati con sentenza o provvedimento *ex art. 444* divenuti irrevocabili, poiché idealmente protetti, per quanto concerne i fatti oggetto di imputazione, dallo schermo del *ne bis in idem*. Allo stesso modo, i *defendants acquitted, pardoned, convicted*, o nel cui processo sia stato dichiarato un *mistrial*¹⁶² in una fase idonea a ritenere applicabile la *double jeopardy rule*

Milano, pp. 154-155, osserva: «in forza di tale principio, infatti, sarebbe contraddittorio pretendere un contributo alla ricerca della verità da parte di colui che va presunto estraneo al fatto per cui si procede: contraddizione in cui si incorrerebbe anche qualora si intendessero assumere da lui informazioni attinenti alla responsabilità di terzi implicati nella sua ipotizzata condotta penalmente illecita (come se fosse possibile astrarre dalla quasi fisiologica inscindibilità dei diversi contributi a un'attività criminosa: risultato che sarebbe invece necessario ottenere per evitare che il dichiarante venisse pressoché ineluttabilmente a compromettere pure la propria posizione)».

¹⁶² La presenza di un *mistrial* viene dichiarata quando sussistono circostanze che rendono impossibile o non praticabile lo svolgimento del processo sino alla sua fisiologica conclusione. La più comune delle ipotesi si verifica ove il c.d. *mistrial* sia dichiarato in caso di grave negligenza nello svolgimento dell'attività difensiva da parte dell'avvocato. Il *leading case* in materia è rappresentato dalla sentenza *United States v. Dinitz*, 424 U.S. 600 (1976). In tale circostanza, a fronte della grave condotta del

assumono automaticamente la veste di testimone con obbligo di verità nel processo federale americano. Ma la peculiarità del nostro ordinamento si manifesta nel contesto dell'interrogatorio che da origine alle dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 lett. c) c.p.p. o collegato, ai

difensore, il giudice di prime cure pose l'imputato di fronte a tre opzioni. 1) una sospensione del processo in attesa della pronuncia del giudice di appello sulla fondatezza della decisione officiosa del giudice di revocare il mandato del difensore, 2) la dichiarazione della sussistenza di un *mistrial* e la possibilità di riassumere il processo innanzi ad un giudice di pari stato e grado 3) la continuazione del processo con l'ausilio dell'assistente del difensore decaduto dal mandato. In tale decisione la Corte Suprema ha evidenziato altresì che sussiste una fondamentale distinzione fra le ipotesi di *mistrial* dichiarate su istanza dell'imputato, ovvero da parte del giudice *ex officio* in applicazione del criterio della manifesta necessità. Soltanto nel primo caso, infatti, l'imputato chiede la dichiarazione di un *mistrial* sulla scorta della probabilità che il processo viziato dalla condizione ritenuta patologica si concluda con una sentenza di condanna seguita dall'interposizione di appello. La Corte ha ritenuto che, in questi casi, la domanda dell'imputato sia tesa ad evitare tutte quelle conseguenze negative che caratterizzano il *bis in idem* proibito dalla *double jeopardy rule*. Nel caso di specie, non si riconobbero sussistenti validi estremi per l'espulsione del difensore dall'aula e, pertanto, si ritenne che il giudice avesse agito esercitando malamente i propri poteri officiosi, e dunque, il divieto di secondo giudizio dovesse trovare applicazione lasciando il caso senza definizione nel merito. Un altro esempio paradigmatico di dichiarazione di *mistrial* è determinato dalla condotta scorretta della pubblica accusa che, intenzionalmente, agisca per provocare la declaratoria interruttiva del processo (figurativamente, il motivo è “*goaded*”, pungolato) per rifuggire una possibile sconfitta ed avere una seconda occasione per perseguire l'imputato. In queste ipotesi, l'imputato indotto a chiedere l'arresto del processo godrebbe della garanzia contro una seconda persecuzione. Il *leading case* in materia è descritto nella sentenza *Oregon v. Kennedy*, 456 U.S. 667, 676, 102 S. Ct. 2083, 2089, 72 L.Ed.2d 416 (1982). Ma la regola aurea in tema di *mistrial* è costituita dal criterio della *manifest necessity*. L'arresto del processo senza possibilità di emissione di un verdetto deve essere contenuto ai casi di manifesta necessità di applicazione dell'istituto. Si tratta di un concetto evanescente, di difficile definizione. La difficoltà risulta amplificata anche dall'attitudine della Corte Suprema a lasciare alle corti di merito il compito di riempirne di volta in volta il significato. In tal proposito, in dottrina, si è osservato che «[t]hough the *mistrial* doctrine was a model of clarity in Blackstone's day, in the last century it has become so obviously bereft of certainty that in 1978 the Court suggested leaving the decision almost wholly in the hands of the trial judge». In questi termini G. C. THOMAS III, *People v. Simpson: Perspectives on the Implications for the Criminal Justice System. Solving the Double Jeopardy Mistrial Riddle*, 69 S. Cal. L. Rev. 1151 (1996). Soltanto tentando di definire quando legittimamente possa espandersi la garanzia costituzionale contro un *double jeopardy* si può tentare di offrire una descrizione, seppur semplicistica, del concetto in parola. La dottrina ha concluso che «[d]efendants faced with a second trial for the same offense have a good double jeopardy claim when the first trial has ended in a formal verdict, an outcome that is functionally the same as an acquittal, or an outcome that suggests an acquittal would have followed had the trial not terminated early. Any other bar to a second trial must be found in the Due Process Clause». In questi termini G. C. THOMAS III, *People v. Simpson: Perspectives on the Implications for the Criminal Justice System. Solving the Double Jeopardy Mistrial Riddle*, cit., p. 1157.

sensi dell'art. 371, lett. b) c.p.p. Tra gli avvertimenti che devono essere formulati all'accusato o all'imputato a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute, vi è quello prescritto dall'art. 64, c.3, lett. c) c.p.p., ai sensi del quale, l'interrogato «se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis»¹⁶³. Queste particolari tipologie di imputati, che nel sistema statunitense rientrerebbero nelle macro categorie di soggetti cui si applica il c.d. *joinder of defendants*, sono messi nella condizione conoscere anticipatamente l'obbligo di assumere la qualità di testimone nel processo, senza, però godere delle garanzie di immunità ottenibili nel sistema d'oltreoceano. Rispetto al sistema statunitense (ove i c.d. *Miranda warnings*¹⁶⁴ che precedono l'interrogatorio in condizioni di privazione o restrizione della

¹⁶³ L'art. 197-bis c.p.p. contiene disposizioni di dubbia legittimità costituzionale, nonostante l'asserito inserimento nel corpo del codice di procedura penale ai fini della garanzia del contraddittorio. Tra i corollari del principio *nemo tenetur se detegere*, viene tradizionalmente individuata la possibilità di difendersi mentendo. Tale facoltà è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale nella sent. 16 maggio 1994. La Corte ha infatti sostenuto che: «l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità». Per tale motivo, la dottrina afferma: «in argomento non si possono sottacere i dubbi di legittimità costituzionale sulla cosiddetta testimonianza assistita di cui all'art. 197-bis comma 2 c.p.p., con riguardo sia alla presunzione d'innocenza che al diritto di difesa, la cui inviolabilità parrebbe smentita dalla pretesa legislativa di poter considerare irrevocabile una sua rinuncia ai modi di esercizio rappresentati dal silenzio e dal mendacio, qualora l'accusato abbia reso dichiarazioni pertinenti alla ricostruzione di un fatto addebitato a terzi in qualche misura collegato a quello proprio con quasi inevitabili riflessi su quest'ultimo». Così, G. UBERTIS, *Sistema di Procedura penale*, cit. p. 155. Ed ancora, in forte dissenso verso l'assunzione di obblighi testimoniali secondo verità da parte di colui che riveste il ruolo di imputato, si segnala la posizione di O. MAZZA, in *L'autodifesa oltre il giudicato: lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011, Milano, p. 121. L'A. afferma: «è quindi più che giustificata la reazione di sconcerto di chi, fin dall'inizio, ha considerato l'imputato chiamato a rendere testimonianza come un *monstrum* da ascrivere di pieno diritto alla teratologia del processo penale. Soprattutto perché un giudizio così netto non è stato dettato tanto dalla malferma sintassi legislativa o dal senso di vertigine che induce l'inutile proliferazione delle categorie dei dichiaranti, quanto proprio dall'evidente vizio di legittimità connaturato alla pretesa di rendere l'accusato compatibile con gli obblighi testimoniali».

¹⁶⁴ Per un approfondimento delle problematiche scaturenti dai c.d. *Miranda warnings* e sulla capacità dei medesimi di garantire il consapevole ed effettivo esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti all'accusato in sede di interrogatorio innanzi alle autorità procedenti, tra cui il diritto al silenzio ed all'assistenza tecnica di un avvocato, nonché sulla facilità con cui il dichiarante possa essere indotto a rifiutare l'esercizio dei medesimi senza che l'atto sia da ritenersi illegittimo, con gravi compromissioni

libertà personale riguardano solo ed esclusivamente la posizione dell'accusato/imputato), nel sistema italiano, qualora il soggetto decida di offrire il proprio contributo conoscitivo sui fatti oggetto di accertamento¹⁶⁵, gli avvertimenti devono concernere anche la possibile assunzione di obblighi testimoniali; «[l]impido l'obiettivo perseguito – l'esigenza di salvaguardare la libertà di condotta del dichiarante»¹⁶⁶. Si può affermare che la distinzione tra gli *status* di testimone e di imputato, all'indomani delle modifiche al codice introdotte con la l. n. 63 del 2000, sia passata da rigidamente delineata a potenzialmente fluida, in ragione delle dichiarazioni rese durante l'interrogatorio. L'eventuale difetto dell'avviso sull'assunzione degli obblighi testimoniali ha una duplice conseguenza "sanzionatoria". L'art. 64 comma 3 *bis* c.p.p. prevede, infatti, che le dichiarazioni sul fatto altrui siano inutilizzabili e che il proponente non possa esser successivamente sentito nel processo in qualità di testimone¹⁶⁷.

della parità delle armi, si vedano: P. ARENELLA, *Miranda Stories*, 20 Harv. J. L. & Pub., 1996-1997, *passim*; G. M. CAPLAN, *Questioning Miranda*, 38 Vand. L. Rev. 1417 1985, *passim*; W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, sixth edition*, cit., p. 435 ss.

¹⁶⁵ Fermo restando l'assoluto divieto all'assunzione del ruolo di testimone con i conseguenti obblighi di verità per gli imputati in processo pendente per il medesimo fatto, si tratta delle ipotesi di connessione che ricadono nella fattispecie disciplinata dall'art. 12 c. 1 lett. a) c.p.p., soggette alla disciplina dettata dall'art. 210 c.p.p.

¹⁶⁶ Così, A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, VII.2.A, 2007, Milano, p. 40. In proposito delle scelte politiche a monte dell'introduzione dell'obbligo testimoniale in capo all'imputato connesso o collegato, la dottrina ha osservato: «in verità il legislatore ha tentato di evitare che il carattere coatto della testimonianza fosse palese: a tal fine, ha imposto che gli imputati fossero previamente avvisati delle possibili conseguenze delle dichiarazioni sul fatto altrui». In questi termini: P. TONINI, *Manuale di Procedura penale, sedicesima edizione*, 2015, Milano, p. 311.

¹⁶⁷ Con riferimento alla composizione dei divergenti orientamenti in tema "sanzione processuale" applicabile nel caso in cui si proceda all'esame ex art. 210 ultimo comma c.p.p., senza che al soggetto sia stato rivolto l'avvertimento previsto dall'art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p., richiamato dal combinato disposto degli artt. 197-*bis* e 210 comma 6 c.p.p., si rinvia a Cass., Sez. un., 26 Marzo 2015, n. 33583, Lo Presti, in CED Cass., Rv 264480.

7. Prevenzione dell'invocazione del quinto emendamento e strumenti dell'accusa: *immunity grants, plea bargains and informal deals.*

L'uso di *immunity grants* al fine assicurare l'assunzione della testimonianza e di evitare l'esercizio del privilegio contro le autoincriminazioni è parte della tradizione dei sistemi processuali di *common law* e precede l'emanazione della Costituzione americana¹⁶⁸. L'istituto consiste in una decisione da parte di un soggetto appartenente al *Department of Justice* e concernente la garanzia di immunità dall'esercizio dell'azione penale al testimone che sia intenzionato ad invocare il *privilege against self incrimination*, impedendo l'istaurazione dell'atto. La garanzia giurisdizionale non appare particolarmente incisiva. La cognizione del giudice si limita a verificare la sussistenza di un interesse pubblico all'accertamento e alla repressione di reati che sarebbe oltremodo difficoltoso senza l'apporto conoscitivo del coimputato immunizzato. La procedura ha il carattere di prognosi comparativa tra l'ampiezza dell'immunità che il procuratore si appresta a concedere e la rilevanza delle dichiarazioni che grazie ad essa saranno garantite al processo. Per questo, salvo macroscopiche sproporzioni tra la portata della rinuncia all'esercizio dell'azione penale e il contributo alla corroborazione della tesi accusatoria, il giudizio si traduce in una sorta di approvazione *de plano*. Nonostante questa sia la regola a livello federale, le disposizioni di procedura penale di diversi Stati, tuttavia, riconoscono il potere di garantire l'immunità da azioni penali direttamente all'organo d'accusa¹⁶⁹. Allo

¹⁶⁸ Per un quadro completo sulle radici storiche dell'istituto che eccede gli scopi del presente elaborato cfr. W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, sixth edition*, cit., pp. 582 ss.; J. DRESSLER – A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, cit. p. 274.

¹⁶⁹ «The federal statute requires that a senior Justice Department officer approve a federal prosecutor's application. It further states that the United States Attorney who makes the application must declare that the witness's testimony "may be necessary to the public interest" and that the witness "has refused or is likely to refuse to testify or provide other information on the basis of his privilege against self-

stesso modo, molte giurisdizioni garantiscono automaticamente immunità al testimone chiamato a deporre innanzi al *grand jury*. Il mutamento di *status* dell'accusato è perciò preceduto da un giudizio prognostico sulla rilevanza e sull'impatto dei potenziali contenuti della testimonianza sul *thema probandum*. Attraverso la stipulazione di un accordo concernente l'immunità si crea una alterazione del ruolo delle parti nel processo, poiché, come rilevato dalla dottrina: «*their dominant purpose of securing cooperation coopts the defendant into the prosecution team and creates a curious relationship that is both adversarial and allied*»¹⁷⁰. Già nei risalenti *Whiskey Cases* del 1878, la Corte Suprema, con linguaggio semplice ed estremamente chiaro tratteggiò il nucleo essenziale dei reciproci obblighi nei *grants of immunity*: «*[p]rosecutors . . . should explain to the accomplice that he is not obliged to criminate himself, and inform him just what he may reasonably expect in case he acts in good faith, and testifies fully and fairly as to his own acts in the case, and those of his associates. When he fulfils those conditions he is equitably entitled to a pardon, and the prosecutor, and the court if need be, when fully informed of the facts, will join in such a recommendation*»¹⁷¹. Una volta emanata l'ordinanza che certifica la garanzia di immunità, il coimputato è obbligato a testimoniare secondo verità e a pena di incorrere in *contempt of the court* o commettere il reato di *perjury*. Costituiscono eccezione alla presente regola alcuni divieti legislativi di testimonianza, detti *privileges*, che nel caso concreto siano ostativi alla risposta alle domande rivolte, come, ad esempio, il segreto professionale tra avvocato e cliente. L'imputato divenuto testimone non può, invece, opporre il timore di incorrere in sanzioni di carattere civile, oppure il timore di essere emarginato dalla propria cerchia sociale di riferimento. Si considera, invece, ammesso il rifiuto di rendere testimonianza a fronte di minacce gravi contro l'incolumità

incrimination»». Così, G. HUGHES, *Agreements for Cooperation in Criminal Cases*, 45 Vand. L. Rev. 1 (1992).

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ *Whiskey Cases* 99 U.S. 594 (1878).

fisica, a meno che la procura non abbia provveduto all'inserimento del soggetto in un programma di protezione per testimoni¹⁷². Oltre che attraverso il sistema delle garanzie di immunità, ove la situazione del coimputato sia caratterizzata da gravi elementi indiziari, è possibile che la contropartita per l'assicurazione della testimonianza a dibattimento sia costituita da un *plea bargain* particolarmente favorevole. Il coimputato riceve un trattamento sanzionatorio vantaggioso, nonostante le alte probabilità di condanna, se coopera alla decapitazione dei vertici dell'organizzazione criminale o se fornisce, col proprio contributo conoscitivo, la possibilità di istruire con successo il caso dell'accusa nei confronti di una di individui che la procura ritiene più importante perseguire¹⁷³. Qui emerge il profilo di opportunità politica che si allinea alla discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale nel sistema statunitense. Non tutti gli accusati sono idealmente uguali. L'accertamento dei reati è guidato da linee politiche espresse durante la campagna elettorale dell'*U.S. Attorney* e si incanalano lungo una linea preferenziale di persecuzione, dal cui successo dipende l'eventuale ricandidatura del vertice della procura. Per l'organo d'accusa, non gravato da alcun obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale alla ricezione della notizia di reato, è perfettamente legittimo rinunciare a perseguire o punire in modo particolarmente mite taluni accusati, premiando coloro i quali diano un contributo ad un più ampio disegno politico di contrasto alla criminalità. La scelta di non esercitare l'azione penale nei confronti di taluni soggetti, si ritiene garantisca tempo e risorse per la persecuzione degli obiettivi delineati in campagna elettorale. Va da sé che il successo dell'ufficio nel suo complesso beneficia altamente della concentrazione degli sforzi investigativi per l'accertamento dei fatti di maggiore gravità ed allarme sociale. Si

¹⁷² Cfr. W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, sixth edition*, cit. pp. 587 ss.

¹⁷³ Per una riflessione sulla necessità di plasmare regole di condotta più etiche e atte a determinare un esercizio dell'azione penale più omogeneo tra le diverse giurisdizioni garantendo maggiore eguaglianza dei cittadini innanzi alla legge, cfr. B. K. CRASE, *When Doing Justice Isn't Enough: Reinventing the Guidelines for Prosecutorial Discretion*, 20 Geo. J. Legal Ethics 475, 2007, *passim*.

garantiscono così, infatti, alti coefficienti di gradimento alla successiva tornata elettorale. Nella stipulazione degli accordi di immunità, nonostante gli uffici della procura si riservino di valutare la sussistenza di violazioni del patto stretto con l'accusato¹⁷⁴, ricollegando all'incompletezza, alla reticenza o alla falsità delle dichiarazioni rese in dibattimento, la possibilità di "rescindere per inadempimento" l'accordo si ritiene che spetti agli organi giurisdizionali. Pertiene al giudice valutare il rispetto di quanto convenuto. La ragione della presenza della garanzia giurisdizionale è intuitiva: impedire forme di *prosecutorial malpractice*. Accanto a queste tecniche classiche di garanzia della collaborazione processuale, si affiancano pratiche derivanti dalla prassi. Il riferimento è alla tendenza a stipulare accordi informali di immunità in cambio di collaborazione. Senza passare dunque per i controlli offerti da organi di giustizia sulla natura e sulla portata dell'accordo, il procuratore, può decidere di non esercitare l'azione penale sulla base di un patto officioso. I vantaggi di questa prassi risiedono nella garanzia dell'assoluta segretezza degli elementi indizianti appresi dall'autorità procedente, che si sottrae al rischio di un sempre astrattamente possibile diniego dell'immunizzazione del teste a carico e nella possibilità di costruire l'accordo in autonomia, alla stregua di un contratto, adeguando i profili di immunità in totale adesione alle esigenze del caso concreto. Il futuro testimone, dal canto

¹⁷⁴ Si rinvia in proposito a G. HUGHES, *Agreements for Cooperation in Criminal Cases*, cit., n. 153, in cui l'A. fornisce concreti esempi del tentativo di risolvere all'interno degli uffici della procura le questioni sulla insoddisfacente cooperazione dell'accusato, citando il linguaggio utilizzato nei moduli per la stipula degli accordi: «[t]he government typically will seek to insert a term that it shall be the sole judge of whether the agreement is breached. The standard form of cooperation agreement used in the Eastern District of New York (supplied by the Federal Defender's Service of the New York Legal Aid Society) provides that penalties for breach be imposed "[s]hould it be judged by the Office that [the cooperator] has failed to cooperate fully, or has intentionally given false, misleading or incomplete information or testimony . . . or has otherwise violated any provision of this agreement." Similarly, under the standard agreement form, the United States Attorney's Office shall decide whether there has been full cooperation. The form provides: "[I]t is understood that the Office's determination of whether [the cooperator] has cooperated fully and provided substantial assistance, and the Office's assessment of the value, truthfulness, completeness and accuracy of the cooperation, shall be binding upon [the cooperator]." Taken literally, this agreement is surely unconscionable and a court would not uphold perverse judgments on these matters».

suo, potrebbe negoziare garanzie di immunità straordinariamente vantaggiose, al di fuori degli schemi legislativi dettati per l'atto¹⁷⁵. La distanza dalla *statutory immunity* degli accordi informali ha suscitato reazioni di segno diverso tra le diverse corti statali. Alcune giurisdizioni hanno ritenuto che il procuratore non abbia il potere di concludere accordi *praeter legem*, altre sostengono che la formulazione di accordi "innominati" altro non sia che una manifestazione del potere discrezionale nell'esercizio dell'azione penale. La dottrina, invece, ha parlato di fuga dalle regole della procedura penale, verso un approccio contrattualistico all'amministrazione della giustizia penale. Al di fuori dell'applicazione disposizioni di procedura penale, non di rado, infatti, lamentando la scarsa incisività del contributo conoscitivo, l'organo d'accusa si rende inadempiente e la rinuncia al privilegio contro le autoincriminazioni risulta irrimediabilmente compromessa e senza alcuna contropartita. Le conseguenze di questo fenomeno di induzione del contegno collaborativo e successiva disattesa delle aspettative premiali, anziché gravare sull'apparato d'accusa, per la scarsa efficienza nell'individuazione dei collaboratori di giustizia, si riversa interamente su coloro che abbiano rinunciato all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito con l'aspettativa di migliorare la propria situazione processuale. Ad ogni modo, come chiarito dalla dottrina, l'inadempienza del pubblico ministero dovrebbe essere sanzionabile, quanto meno sul piano civilistico, considerando la riconduzione a natura contrattuale dell'accordo stipulato in difformità rispetto alle *Rules of Evidence*¹⁷⁶. La probabilità della conclusione di un accordo di tipo informale o atipici cresce esponenzialmente laddove il consenso al contributo alle tesi d'accusa *erga alios* venga prestato in assenza del difensore tecnico. La stipulazione di accordi di questo tipo ingenera forti timori sulla genuinità dei contenuti della successiva testimonianza. Si pensi, ad

¹⁷⁵ W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, sixth edition*, cit., p. 587.

¹⁷⁶ W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, sixth edition*, cit., p. 588, specificano, «*thus, where the witness has performed as agreed, enforcement is available under standard contract principles*».

esempio, a due soggetti tratti in arresto a seguito di una rapina. Nel corso degli interrogatori, l'accusa è ritenuta libera di promettere la richiesta di un'imputazione per un reato più tenue e di una pena molto più mite o, addirittura, di prospettare la completa esenzione da ogni punizione, in cambio della disponibilità a rinunciare al privilegio contro l'autoincriminazione e di una testimonianza che permetta la condanna del coimputato e la rapida definizione del giudizio. Nella prassi i presunti complici vengono interrogati in stanze separate, spesso in assenza del difensore tecnico. Sovente poi, viene loro indicata la possibile entità della pena all'esito dell'eventuale dibattimento, calcolata sulla base di draconiani limiti minimi di condanna, congegnati per annichilire l'esercizio del libero convincimento del giudice nella fase di *sentencing*. La commisurazione della pena, infatti, è operata dal giudice professionale soltanto in seguito all'emissione del verdetto immotivato in punto di fatto da parte della giuria. L'offerta di un trattamento sanzionatorio decisamente più mite, obnubila la libertà di autodeterminazione dell'indagato. L'irreprimibile istinto di libertà che caratterizza ogni individuo di fronte alla prospettiva non remota dell'ergastolo, della pena di morte o della detenzione di lungo corso, agisce da catalizzatore delle scelte di cooperazione con l'accusa. In non pochi stati, tra cui la California, vige la c.d. "legge dei tre colpi". Quest'ultima permette di condannare all'ergastolo l'autore del terzo reato della medesima indole, indipendentemente da ogni considerazione circa la gravità dei reati commessi. Nel corso delle indagini, l'accordo sulla *immunity* generalmente segue l'accompagnamento coatto per rendere testimonianza innanzi al *grand jury*. La garanzia dell'immunità può essere utilizzata per vincere la ritrosia di diverse tipologie di testimoni, come gli appartenenti ad associazioni criminose, nel contesto di procedimenti a carico dei vertici delle medesime¹⁷⁷, o in ipotesi in cui la

¹⁷⁷ G. HUGHES, in *Agreements for Cooperation in Criminal Cases*, 45 Vand. L. Rev. 1 (1992).

descrive gli accordi tra procura ed accusato in questi termini: «*in cooperation agreements the defendant trades information and testimony, with the promise of enabling the State to make a case against other defendants who, for one reason or another, are regarded as most deserving of the severest form of prosecution*».

testimonianza si rivelerebbe dirimente per suffragare la tesi accusatoria altrimenti piuttosto debole. La prima legislazione federale concernente la regolazione della garanzia di immunità fu adottata nel 1857 e la prima decisione in materia da parte della Corte Suprema è stata pronunciata soltanto nel 1896 nel caso *Brown v. Walker*¹⁷⁸. Nell'argomentare sulla portata del privilegio garantito dal quinto emendamento, la Corte specificò che lo scopo del regime di immunità è rivolto alla salvaguardia del testimone contro possibili iniziative persecutorie da parte dell'accusa e che tale pericolo non sussiste ove il soggetto sia stato giudicato per il medesimo fatto, la mera protezione della propria reputazione non costituisce causa sufficiente ad impedire l'assunzione della prova testimoniale¹⁷⁹. Quanto ad ampiezza, l'immunizzazione del teste d'accusa può essere estremamente variabile: «[o]riginally, immunity was construed by the Supreme Court as protecting the witness from prosecution for any matter about which he testified "prosecutorial" or "transactional" immunity. In 1972, however, the Supreme Court ruled that it sufficed to give the witness immunity only from having his testimony used against him. An immunized witness could be prosecuted for matters about which he testified, but his testimony could not be admitted into evidence at his trial or otherwise used. This protection is called "testimonial" or "use and derivative use" immunity»¹⁸⁰. Dalle statuizioni della Corte Suprema discende, dunque, la duplice natura dell'istituto. Ove si opti per la *transactional immunity*, al testimone è

¹⁷⁸ *Brown v. Walker* 161 U.S. 591, 1896.

¹⁷⁹ Sul punto, a proposito dell'obbligo testimoniale posto in capo ai soggetti giudicati con provvedimento divenuto irrevocabile si registra l'opinione dissenziente di parte della dottrina. O. MAZZA, *L'autodifesa oltre il giudicato: lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit. p. 131, afferma: «[s]e infatti il proscioglimento serve a ribadire la presunzione di innocenza e, quindi, in un certo senso a "certificare" l'onorabilità dell'imputato, sarebbe assurdo pretendere che l'ex accusato, in ipotesi effettivamente responsabile, fosse costretto a testimoniare il vero e così a dichiararsi colpevole, compromettendo irrimediabilmente la percezione sociale della sua persona».

¹⁸⁰ Descrive in questi termini la distinzione e l'origine delle tipologie di *immunity grants* P. LUSHING, *Testimonial immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A Study in Isomorphism*, 73 J. Crim L. & Criminology 1690 (1982). Per quanto riguarda la *use immunity*, i riferimenti giurisprudenziali sono alle sentenze *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 449-59 (1972), che ha determinato l'*overruling* della più risalente sentenza *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

garantita l'immunità dalla persecuzione penale per ogni "transaction"¹⁸¹, cioè per ogni crimine che sia oggetto della sua testimonianza. Di contro, la c.d. *use and derivative use immunity* ha portata più ristretta e costituisce, più propriamente, una regola di esclusione probatoria riguardante la testimonianza e le prove eventualmente raccolte in conseguenza della medesima nel procedimento a carico del coimputato divenuto testimone¹⁸². L'estensione delle garanzie offerte dai due istituti risulta più comprensibile attraverso la formulazione di un esempio. Si dia il caso che l'autorità procedente stia investigando su un caso di spaccio di sostanze stupefacenti e che il procuratore ritenga che Tizio sia a conoscenza di dettagli utili a ricostruire i legami tra i vari soggetti componenti dell'associazione criminosa e sospetti, altresì, la sua implicazione nei traffici illeciti. Se Tizio venisse *subpoenaed to testify*¹⁸³ innanzi al *grand jury*, a seguito della presentazione del caso da parte dell'accusa, al fine di decidere sul rinvio a giudizio, è altamente probabile che questi decida di invocare il privilegio garantito dal quinto emendamento e rifiuti di rendere ogni contributo conoscitivo. Per evitare l'impasse, può esser richiesta la garanzia di un *immunity order*. Nel caso in cui si tratti di *transactional immunity*, Tizio non potrà esser sottoposto a procedimento penale in qualità di imputato per associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di stupefacenti e, se il procedimento fosse avviato, nelle *pre-trial motions*, il suo difensore potrebbe opporre con successo la sussistenza dell'accordo¹⁸⁴. Nel caso in cui, invece, si optasse per la c.d. *use and derivative use immunity*, la testimonianza

¹⁸¹ Per meglio comprendere il concetto di *transaction* è utile riprendere la vasta definizione utilizzatane per descrivere le ipotesi di *joinder of defendants*, cfr. *supra*, par. 2.2.

¹⁸² J. DRESSLER – A.C. MICHAELS, in *Understanding Criminal Procedure*, cit. p. 274.

¹⁸³ Ossia, se venisse condotto coattivamente innanzi al *grand jury* per rendere testimonianza.

¹⁸⁴ Sul punto, W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 979, osservano: «[t]he federal immunity statute provides that testimony given by a witness under an order of immunity may not be "used against the witness in any criminal case" (with the exception for establishing perjury for that testimony). Relying on this prohibition and its Fifth Amendment grounding ... federal courts have held that a grand jury indictment is subject to dismissal if the grand jury had before it the immunized testimony of the person indicted». Tuttavia, per alcune corti si tratta di una regola superabile, ove la procura dimostri di avere ottenuto elementi sufficienti ad ottenere il rinvio a giudizio attraverso prove raccolte indipendentemente dai contenuti della testimonianza.

di Tizio non potrà essere utilizzata nel procedimento a suo carico, così come le prove eventualmente acquisite utilizzando la medesima come spunto investigativo. Ma il processo avrà corso e la colpevolezza di Tizio dovrà, eventualmente, essere dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio e sulla scorta di elementi probatori acquisiti in modo indipendente dalle informazioni contenute nelle dichiarazioni rese nel procedimento a carico dei coimputati. Vi sono tuttavia due eccezioni alla regola: «*[i]f the witness refuses to obey the order to testify, he faces contempt proceedings; if he testifies falsely, he faces a charge of perjury*»¹⁸⁵. Come accennato trattando delle origini storiche dell'istituto, tra il 1890 e gli anni '60, la *transactional immunity* costituiva la tipologia di garanzia contro l'autoincriminazione cristallizzata nella legge federale per contrastare l'esercizio del privilegio contro l'autoincriminazione in nome dell'interesse pubblico al fenomeno criminoso concorsuale o associativo. A far data dalla pronuncia delle pronunce *Murphy v. Waterfront Commission* del 1964 *Kastigar v. U.S.* del 1972¹⁸⁶, la forma costituzionalmente compatibile di immunità risulta essere la *use and derivative use immunity*, ossia lo strumento minimo, utile a bypassare l'esercizio del privilegio riconosciuto al testimone. Le pronunce appena ricordate si collocano temporalmente in prossimità della modifica della legge federale con l'*Organized Crime Control Act* del 1970. In particolar modo, il testo approvato dal Congresso concepiva la *use and derivative use immunity* nei seguenti termini: «*no testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information) may be used against the witness in any criminal case*». La minoranza dissenziente nella sentenza

¹⁸⁵ In questi termini, P. LUSHING, *Testimonial immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A Study in Isomorphism*, cit., p. 1692. A proposito del rapporto che lega la concessione di immunità e il reato di perjury, L' A. osserva in tono fortemente critico: «*[t]o say that perjury sweeps away immunity entirely evades the (not too difficult) analysis which must be performed in every perjury-immunity case. The privilege has its genesis in the Bill of Rights; immunity comes only from legislatures and prosecutors. Surely the latter cannot indiscriminately blot out the former*», Lushing p. 1738.

¹⁸⁶ *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52 (1964); *Kastigar v. U.S.*, 406 U.S. 453 (1972).

Kastigar¹⁸⁷ aveva tuttavia rilevato che il solo rimedio idoneo a garantire una tutela di ampiezza equivalente all'esercizio del privilegio garantito dal quinto emendamento fosse, in realtà soltanto la *transactional immunity*¹⁸⁸. Espunta dalla legislazione federale e spesso rediviva in alcuni accordi atipici o informali, la *transactional immunity* sopravvive in circa venti stati, ove le corti supreme ne hanno rivendicato la compatibilità col proprio tessuto costituzionale. Vi sono diverse argomentazioni a sostegno della sopravvivenza della sopravvivenza della *transactional immunity* e contro la *derivative use immunity* come solo

¹⁸⁷ Nel caso di specie, i signori Kastigar e Stewart vennero citati per comparire innanzi al *grand jury*. Temendo l'invocazione del quinto emendamento da parte dei due testimoni, venne loro concesso l'*immunity grant*, nella forma limitata della *use and derivative use immunity*, così come delineata dalla allora recentissima riforma della legge federale in materia. Ritenendo la disciplina inadeguata alla protezione del loro privilegio contro l'autoincriminazione e sostenendo, in particolar modo che la protezione offerta da quest'ultima non avesse estensione pari a quella offerta dal silenzio, rifiutarono di rispondere alle domande poste in sede di esame. Vennero dunque ritenuti in *contempt of Court* e affidati alla custodia della procura affinché venissero trattenuti fintanto che non si fossero determinati a rispondere alle domande poste, oppure fino alla scadenza del termine di durata delle attività del *grand jury*. Il *contempt order* venne confermato in appello e la questione venne successivamente devoluta alla Corte Suprema denunciando la violazione dei loro diritti costituzionalmente garantiti. Il supremo collegio si pronunciò con una maggioranza estremamente lacerata di 5 componenti su 9. I giudici Douglas e Marshall espressero il loro disaccordo all'interno di *dissenting opinion*. Il giudice Marshall, in particolare, sostenne con forza che gli accordi concernenti l'immunità dovessero porre il testimone nella medesima condizione in cui si sarebbe trovato se si fosse avvalso del privilegio garantito dal quinto emendamento e, pertanto, la mera impossibilità di utilizzare i contenuti delle dichiarazioni rese all'interno del processo a suo carico, non dovesse ritenersi una posizione perfettamente equiparabile, sostenendo che il privilegio contro l'autoincriminazione abbia una latitudine maggiore della *use immunity*, ritenendo la *transactional immunity* l'unico istituto in grado di tutelare pienamente i diritti dell'accusato. Sul punto, in dottrina, cfr. H. M. KOONTZ – J. C. STODEL, *The Scope of Testimonial Immunity Under the Fifth Amendment: Kastigar v. United States*, 6 Loy. L. A. L. Rev. 350, 1973. Gli autori, esprimendo la propria adesione al modello della *transactional immunity*, sostengono: «*the statute upheld in Kastigar was intended to assist the government in combating criminal activity. If, however, Justice Marshall's prediction is correct and lower courts will allow the government to meet its burden by mere assertion that its evidence is independently derived, it will be difficult to convince any potential witness that by testifying he will not be taking a substantial risk of incriminating himself. Under such circumstances, the impact of the Kastigar decision could severely hinder the government in its efforts to obtain evidence and information necessary to successfully prosecute certain types of criminal activity (e.g., organized crime). For, if it appears in practice that supposedly immunized testimony can be used to adversely affect a witness, then the alternative of refusing to testify and being jailed for contempt may prove to be more acceptable. At the very least, a witness who is compelled to testify will be less likely to fully disclose any information which he might possess*».

strumento premiale per la rinuncia al diritto al silenzio. Innanzitutto, si è puntualizzato il fatto che la regola di esclusione probatoria non mette l'accusato al riparo dal procuratore che, operando in mala fede, si metta alla ricerca di elementi indiziari che, a posteriori riesca a giustificare come "indipendenti dalla confessione. È indubbio, infatti che, una volta carpito il contenuto confessorio, l'accusa sappia quantomeno in quale direzione focalizzare le proprie indagini. In secondo luogo, anche qualora il *prosecutor* operasse in buona fede, è incontrovertibile che la testimonianza possa influenzare la strategia processuale scelta in successivi processi. Da ultimo, si obietta che la *use immunity* non metta al riparo da strategie "ping-pong" ove l'accusa faccia leva sulla garanzia dell'immunità per ottenere l'acquisizione della testimonianza di un concorrente a danno dell'altro in differenti processi¹⁸⁹. A queste obiezioni, i fautori della *derivative use immunity* come garanzia sufficiente rispondono sostenendo che, l'onere della prova aggravato posto in capo all'accusa sia un correttivo sufficiente contro l'intenzione di alterare le prove, facendone risultare la derivazione da fonti indipendenti dalla testimonianza dell'immunizzato. Affermano altresì che eventuali ulteriori procedimenti possano essere condotti da procuratori che non abbiano precedentemente partecipato alla funzione d'accusa nei procedimenti in cui la testimonianza si è formata o è stata successivamente acquisita, in modo da evitare la accanita proliferazione di procedimenti probatoriamente interconnessi¹⁹⁰. Da ultimo, si sostiene che, nel caso di uso della testimonianza del complice nel processo a carico del concorrente, sia difficilmente dimostrabile la provenienza indipendente dalle dichiarazioni coperte da inutilizzabilità, ove i contenuti siano *overlapping*, ossia sovrapponibili¹⁹¹.

¹⁸⁹ Sulle critiche alla *derivative use immunity* cfr., *ex multis*, W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 584.; H. M. KOONTZ – J. C. STODEL, *The Scope of Testimonial Immunity Under the Fifth Amendment: Kastigar v. United States*, cit., *passim*.

¹⁹⁰ Si tratta di una prassi, per altro, suggerita anche dalle linee guida per l'esercizio della funzione d'accusa predisposte dal Dipartimento della giustizia.

¹⁹¹ In argomento, cfr. W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, cit. p. 584.

Nonostante a livello federale sia prevalsa questa interpretazione restrittiva della garanzia di immunità, deve rendersi atto del fatto apprezzabile che la barriera dell'inutilizzabilità opera automaticamente sia a livello statale che federale¹⁹², scongiurando le insidie della *double sovereign theory*¹⁹³. I reati repressi dal sistema federale hanno normalmente figure-specchio nel sistema statale, perciò, in linea di principio nulla osterebbe a che la rinuncia della procura alla persecuzione, in esercizio del principio di discrezionalità dell'azione penale in ambito federale, possa, invece, tradursi nell'avvio di un procedimento penale a livello statale. Il riparto delle competenze degli organi d'accusa è infatti estremamente semplice e fluido, risulta governato soltanto da una serie di linee guida stilate ad uso interno dal Dipartimento di Giustizia.

¹⁹² Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52 (1964).

¹⁹³ Ove si sovrappongano la pretesa punitiva del Governo statale e di quello federale ovvero di due diversi stati, si ritiene che nessuno tra questi possa abdicare alla propria funzione di repressione del crimine ed amministrazione della giustizia. Si tratta, dal punto di vista strettamente fattuale, di una duplice persecuzione per il medesimo *event*, cui la Corte Suprema ritiene non debba applicarsi il *double jeopardy privilege*, poiché, diversamente, l'amministrazione della giustizia a livello statale precluderebbe l'*enforcement* dell'ordinamento federale ogniqualvolta il procedimento a livello "inferiore" si concludesse per primo. Un compromesso è stato adottato in punto di fatto attraverso regole operative per ottimizzare il lavoro delle procure statali e federali. Il Dipartimento di Giustizia, infatti, attraverso l'applicazione della c.d. *Petite Policy* ha inteso regolare dal punto di vista operativo i casi in cui, nonostante il previo giudizio da parte delle singole corti statali, il Governo federale non possa rinunciare ad attuare il proprio interesse a punire l'imputato. Si tratta, beninteso, di una mera operazione di economia processuale, resa possibile dalla discrezionalità nell'esercizio della azione penale da parte della pubblica accusa. In conseguenza dell'applicazione della *Petite Policy* l'esposizione a un secondo giudizio di rango sovrastatale per il medesimo fatto storico avviene sempre e comunque ove si dimostri che un interesse federale sostanziale non sia stato tutelato. Per un ulteriore approfondimento sulle tematiche della *double jeopardy rule* nel sistema americano, si rinvia a V. MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, in *Archivio Penale*, 2016, ed. online.

CAPITOLO III

IL DIRITTO AL CONFRONTO COL COIMPUTATO O IMPUTATO IN PROCEDIMENTO CONNESSO O COLLEGATO “ESPORTATO” NEL SISTEMA ITALIANO.

SOMMARIO: 1. - Il dogma del *nemo tenetur se detegere* e il divieto di imposizione o volontaria assunzione di obblighi di verità sul fatto proprio in capo all'imputato nel sistema italiano. 2. - Un sistema votato alla composizione della lite ed uno volto all'accertamento della verità processuale. 3. - La sent. Corte cost. n. 381 del 2006, abbandono della dicotomia efficienza-garantismo, modulazione dei diritti riconosciuti alla fonte di prova dichiarativa in relazione alla distanza rispetto all'oggetto del processo. 4.- La sent. Corte cost. n. 21 del 2017, il diritto all'onore ed il privilegio contro le autoincriminazioni cede ulteriormente di fronte al principio di non dispersione probatoria. 5. - Inesistenza di un bilanciamento adeguato fra diritti costituzionalmente garantiti.

1. Il dogma del *nemo tenetur se detegere* e il divieto di imposizione o volontaria assunzione di obblighi di verità sul fatto proprio in capo all'imputato nel sistema italiano.

La necessità di dare attuazione alla riforma costituzionale sul giusto processo ha immediatamente dato luogo a frizioni tra principio del contraddittorio nella formazione della prova e diritto al silenzio quale manifestazione del fondamentale indisponibile,¹⁹⁴ diritto di difesa. La facoltà di trincerarsi dietro al rifiuto dell'instaurazione del dialogo con l'autorità procedente ha ragioni antiche¹⁹⁵, che affondano le proprie radici nell'illuminismo

¹⁹⁴ Rispetto al carattere dell'indisponibilità, discendente dall'inviolabilità del diritto di difesa, cfr. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit. p. 334; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, cit., p. 50.

¹⁹⁵ Per una puntuale ricostruzione dei profili storici della fondamentale garanzia costituita dal diritto al silenzio, si rinvia a V. GREVI, *“Nemo tenetur se detegere” Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., pp. 5-53; A. GIARDA, nell'opera monografica *Persistendo l'reo nella negativa*, 1980, Milano, p. 5, ricorda come la disciplina concernente l'assunzione del contributo conoscitivo dell'imputato costituisca «una tematica di fondamentale portata sistematica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale: dal mito della ricerca della verità materiale; alla

e, in particolare, nell'imperativo categorico consistente nel ripudio dell'uso di qualunque metodo coercitivo o lesivo della capacità di autodeterminazione del soggetto nei cui confronti si procede¹⁹⁶. Con riferimento all'acquisizione del contributo conoscitivo dell'indagato e dell'imputato, «[m]ette conto rilevare, in proposito, come nel settore del processo penale - contrariamente all'indirizzo prevalso in seno ai sistemi processualcivilistici, dove dominò a lungo la regola per cui “*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*”- fin dall'epoca del diritto comune si sia delineata la tendenza, all'utilizzazione processuale, in chiave probatoria, del sapere dell'imputato»¹⁹⁷. Una prassi così radicata che la svolta in senso marcatamente accusatorio operata soltanto nella storia recente con l'adozione del Codice Vassalli del 1988, aveva portato parte della dottrina a manifestare una certa insofferenza per le difficoltà all'accertamento penale dipendenti dall'estensione dell'area del diritto al silenzio. Il nuovo assetto delle dinamiche processuali si caratterizzava per una rigida separazione delle fasi e vedeva come «[p]resupposto indispensabile per l'attuazione del contraddittorio ... il riconoscimento della parità tra accusa e difesa nonché la necessità di relegare il giudice ad un ruolo marginale nella ricerca

salvaguardia del diritto di difesa; dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell'imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle “fonti” e dei risultati di prova di impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare contro, o almeno a fronte di ogni potere dello stato, taluni insopprimibili diritti dell'uomo; dall'esaltazione di un dovere di lealtà per le “parti” implicate nel processo all'ammissione di strategie difensive inevitabilmente ispirate e sorrette da criteri di parzialità». Cfr. anche, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pp. 1 - 90; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, cit., p. 4. L'A., con particolare riferimento alla disciplina introduttiva nel nostro sistema dell'acquisizione delle dichiarazioni dell'imputato testimone, osserva come «i rischi evidenziati sono reali perché si è convinti che le conseguenze più temibili prodotte sul piano della difesa dall'istituto dell'imputato - testimone sono destinate a manifestarsi nel lungo periodo, tramite la lenta erosione di una cultura giuridica sinora improntata al pieno rispetto del canone *nemo tenetur se detegere*».

¹⁹⁶ Per una descrizione della tutela apprestata al diritto al silenzio anche sul fronte del diritto internazionale pattizio e nella Costituzione italiana, si rinvia a P. MOSCARINI, v. *Silenzio dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, cit., pp. 1079 - 1086.

¹⁹⁷ Così, V. GREVI, “*Nemo tenetur se detegere*”, cit., p. 6-7.

e acquisizione delle prove»¹⁹⁸. La novella codificazione aveva infatti sancito il principio della formazione della prova nella fase dibattimentale; innovato la disciplina della acquisizione del contributo conoscitivo dell'imputato, improntandolo sulla centralità dello *ius tacendi*, assunto come regola di base, volta al contenimento al minimo dei poteri istruttori del giudice ed aveva cospicuamente ristretto le ipotesi di riunione dei processi, optando, al contrario, per l'opposto criterio del *favor separationis*¹⁹⁹. Queste innovazioni apportate dal codice Vassalli si rivelarono fortemente incisive sul regime dell'acquisizione delle dichiarazioni *erga alios* dell'imputato, creando, per l'accusa, il problema della formazione *ex novo* e nel dibattimento delle dichiarazioni eteroaccusatorie di soggetti le cui dichiarazioni, durante la vigenza del vecchio codice, sarebbero agevolmente transitate dagli atti di indagine alla conoscenza del giudice, grazie all'assenza di cesure nette tra la fase delle indagini e quelle processuali in senso tecnico. Come osservato dalla dottrina, già nell'imminenza dell'approvazione del codice del 1988, «[i]l tormentato *iter* della formulazione dell'art. 210 è ... indice delle obiettive difficoltà di inquadramento di un istituto che, sin dalla sua introduzione nel sistema processuale (art. 9 l. 8/8/1977 n. 534), ha creato alla dottrina e alla giurisprudenza notevoli problemi interpretativi per lo più connessi all'”ibridismo” dell'istituto stesso e, per l'effetto, alla valutazione delle dichiarazioni dell'imputato di reato connesso (collaboratore o meno), talora assimilate a quella del testimone, talaltra a quelle dell'imputato»²⁰⁰. La creazione dell'istituto costituirebbe, dunque, un correttivo all'opzione per il regime della separazione dei procedimenti tant'è che le disposizioni di cui all'art. 210 c.p.p., nella loro originale

¹⁹⁸ Sintetizza in questo modo il cambio di marcia in senso marcatamente accusatorio segnato dall'entrata in vigore del codice del 1988, A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di prova penale*, 2005, Milano, p. 3.

¹⁹⁹ Sul punto, cfr. A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di prova penale*, cit., p. 3.

²⁰⁰ Descrive in questi termini la figura dell'imputato-testimone L. D'AMBROSIO, sub art. 210 c.p.p. in Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. II, p. 510.

formulazione, vennero introdotte al fine precipuo di «ripristinare la situazione probatoria caratteristica del procedimento cumulativo al fine di evitare che la separazione dei procedimenti faccia sfumare ogni possibilità di utilizzazione del sapere di colui che, senza quella separazione sarebbe un imputato (o coimputato)»²⁰¹. Successivamente, all'indomani della trasposizione in legge ordinaria della disciplina costituzionale del giusto processo, le soluzioni escogitate per via giurisprudenziale e tendenti al recupero delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini, che operavano attraverso lo sfruttamento dei meccanismi delle letture-acquisitive, permettendo, in concreto, di *by-passare* il rifiuto espresso in dibattimento alla collaborazione all'accertamento dei fatti, non avrebbero più potuto trovare cittadinanza. Rispetto al problema del silenzio e dell'impossibilità di ricorrere al sistema delle letture per recuperare al processo un sapere che, altrimenti, sarebbe andato disperso, si era affermato: «[l']attuazione legislativa del “giusto processo” ha reso necessaria una profonda revisione del diritto al silenzio. Concepito a garanzia dell'imputato e a protezione della sua dignità umana, quale argine all'uso della forza per ottenere dichiarazioni autoincriminanti, il diritto in questione ha conosciuto, nella storia recente della nostra procedura penale, uno sviluppo ipertrofico che ha finito col compromettere un intero settore del diritto probatorio»²⁰². Il quadro, già di per sé di difficile decifrazione, è stato ulteriormente complicato dalla citata legge attuativa dei principi del giusto processo, attraverso creazione della figura-ibrida dell'imputato o giudicato in procedimento collegato o debolmente connesso che assume l'ufficio di testimone²⁰³. Come già ricordato,

²⁰¹ *Idem*, p. 511.

²⁰² Si esprime in questi termini R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in A. A. V. V., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit. p. 153.

²⁰³ Sul fondamento dell'istituto, *ex multis*, si riporta quanto osservato da M. DUBINI, *Il ritorno del garantismo inquisitorio: le Sezioni unite sull'esame del testimone assistito*, in *Dir. pen. cont.*, in *riv. trim.*, 3, 2016, p. 87. «[l]a testimonianza assistita, sin dalla sua discussa introduzione legislativa, ha rappresentato una figura ibrida, chimerica ... Una complessità – a detta del legislatore e di numerosi Autori – scaturita e dovuta dalla tutela di due esigenze tra loro contrapposte, ma comunque entrambe generate dal comune ceppo del diritto di difesa: il *nemo tenetur se detegere* dell'imputato di reato connesso, che

proprio la sproporzione tra ampiezza del diritto di difesa ed estensione delle garanzie procedurali volte alla sua tutela, aveva scatenato la crisi di rigetto ²⁰⁴del codice marcatamente accusatorio da parte di un sistema dell'amministrazione della giustizia ancor troppo avvezzo a pratiche tipiche dei sistemi di matrice inquisitoria²⁰⁵. Nell'intenzione del legislatore, la l. n. 63 del 2001 avrebbe dovuto costituire la riaffermazione e la definitiva prevalenza dei principi garantisti già scolpiti nelle direttive tracciate dalla legge-delega del 1987²⁰⁶. Salutata come doverosa opera di emenda del codice di rito, così come rimodellato a somiglianza del codice del 1930 dagli incisivi interventi della Consulta e finalizzata al definitivo recepimento dei principi del giusto processo, la legge in parola era perciò investita del compito di dare una risposta alle resistenze culturali al nuovo codice. Ad ogni modo, è possibile notare come la novella che avrebbe dovuto segnare l'apertura della stagione della "Restaurazione"²⁰⁷ e dell'ortodossia dei principi garantisti, abbia in realtà

non potrà essere costretto a rendere dichiarazioni dalle quali possa evincersi la sua colpevolezza in ordine all'ipotesi delittuosa addebitatagli, e il *right of confrontation* dell'imputato attinto da tali dichiarazioni etero-accusatorie, il quale dovrà avere diritto a controesame in contraddittorio l'accusatore. Uno scontro di irriducibili valori da cui ne deriverebbe, non potendo gli stessi annullarsi a vicenda, un obbligatorio bilanciamento».

²⁰⁴ Sul punto, si considerino le icastiche osservazioni dallo stesso Giuliano Vassalli, in G. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio, L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, 2010, Milano, p. 17: «[e] poi c'è stata un'altra fase: io la chiamerei di regresso, ma si tratta di una visione del tutto personale. C'è stata un'altra fase, dicevo, che cominciò subito dopo, all'indomani del codice dell'88 e che diventa evidente nel 1992, quando entrano in vigore le leggi antimafia, dopo l'assassinio di Falcone e di Borsellino».

²⁰⁵ Per una diffusa trattazione in chiave comparatistica sul valore attribuito al diritto al silenzio da parte di altri ordinamenti giuridici europei, si rinvia a P. TONINI, *Imputato "accusatore" e imputato "accusato" nei principali ordinamenti processuali dell'Unione europea*, in A. A. V. V., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 216, s.

²⁰⁶ L. 16 febbraio 1987, n. 81, Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

²⁰⁷ E. AMODIO, in *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3587, descrive in questi termini l'intervento legislativo che segue la stagione delle sentenze della Corte costituzionale demolitorie di alcuni dei principi garantisti su cui si fonda il Codice Vassalli: «[a]d una Corte autoproclamatasi superlegislatore, capace di dettare nuove regole probatorie nel processo penale diverse o antitetiche rispetto a quelle espresse dal codice del 1989, non si poteva replicare in altro modo se non ridefinendo i parametri della legittimità costituzionale per ripristinare le fondamenta di quel diritto delle prove penali che l'originario modello processuale accusatorio aveva recepito».

prodotto dissonanze rispetto al modello accusatorio ancor più nette rispetto a quelle presentate dal vecchio codice del 1930. In particolare, si è affermato: «[i]n nome della necessità di garantire il rispetto del diritto dell'accusato a confrontarsi con il suo accusatore, sancito dall'art. 111 comma 3 Cost., si sono introdotti, per la prima volta in Italia, obblighi testimoniali a carico del dichiarante che, contestualmente e magari nello stesso processo, rivesta anche il ruolo di imputato»²⁰⁸. Con particolare riferimento alla necessità di acquisire al processo il contributo conoscitivo dei soggetti imputati in procedimenti connessi o collegati vale la pena altresì rammentare a quali eccessi reazionari giunse la Corte costituzionale con la sent. n. 254 del 1992²⁰⁹ a breve distanza dall'entrata in vigore del nuovo codice. Con tale pronuncia, infatti, si dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 513, c. 2 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice, una volta sentite le parti, disponesse la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., qualora queste avessero deciso di avvalersi della facoltà di non rispondere²¹⁰. Non solo la sentenza appena richiamata restrinse cospicuamente il perimetro

²⁰⁸ Così, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pp. 320-321.

Il sistema statunitense conosce una forma di instaurazione coatta dell'atto, simile alla citazione *ex art.* 210 c.p.p. Si tratta dell'invito a rendere dichiarazioni nel contesto del procedimento camerale segreto innanzi al *grand jury*. In tale circostanza, permane in capo all'interrogato tanto la possibilità di invocare il privilegio contro le autoincriminazioni costituzionalmente garantito dal IV Emendamento, quanto la possibilità di interrompere l'atto e consultare il proprio difensore, cui non è consentito assistere all'eventuale deposizione. Per la descrizione di tale meccanismo, si rinvia, *ex multis*, a V. FANCHIOTTI, v. *Processo penale statunitense*, in *Enc. Dir.*, 2008, *Annali*, II-1, 2008, p. 818.

²⁰⁹ C. cost., sent. 3 giugno 1992 n. 254, in *Giur. cost.* 1992, p. 1932 ss.

²¹⁰ L'effetto, in termini di adesione al principio di non dispersione probatoria è efficacemente descritto da O. DOMINIONI, in *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, cit., p. 743. L'A. afferma, infatti: «[c]on la ... sentenza aveva sancito che le dichiarazioni rese nelle indagini preliminari da persona indagata in un procedimento connesso o collegato fossero da qualificare acquisibili come prove nel dibattimento quando in tale sede venisse esercitato il diritto al silenzio e perciò risultassero colpite da "assoluta impossibilità di ripetizione"; in siffatta fattispecie un'esigenza di "non dispersione probatoria" legittimata dal vaglio e dalla rielaborazione dialettica del dato da salvare non avrebbe consentito di rendere utilizzabili nel dibattimento le dichiarazioni assunte nell'investigazione e perciò era stato necessario forgiare un "principio di non dispersione" sullo stampo della provenienza dell'atto d'indagine da un organo dell'autorità, come tale da ritenersi portatore di un appagante grado di affidabilità. Varato il "principio" in questi termini, è in tale accezione che poi, per necessità di coerenza, esso è stato via via applicato ad altre ipotesi, disseminando nel sistema la concezione autoritativa della prova da cui esso origina». Sul

riservato dal codice di rito al *nemo tenetur se detegere*, perché privava di significato la scelta di non rendere dichiarazioni nel confronto con l'autorità procedente e con le difese di eventuali coimputati, ma di riflesso, condizionò irrimediabilmente anche le tecniche di conduzione della fase delle indagini preliminari²¹¹, sempre più pervase dall'obiettivo di assicurare la successiva collaborazione processuale. La reazione legislativa a tali prassi devianti giunse soltanto alcuni anni dopo, più precisamente, con la l. n. 267 del 1997, si tentò di conferire nuovamente centralità al contraddittorio dibattimentale nella formazione della prova. La novella legislativa agì, fondamentalmente su due fronti. In primo luogo, ampliò sensibilmente le ipotesi di applicative dell'istituto dell'incidente probatorio, incentivando, per questa via, la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, anziché, in via unilaterale da parte del pubblico ministero. Ad ogni modo, è altresì vero che, intervenendo nella fase delle indagini, la difesa del soggetto di cui si richiedeva l'assunzione di un contributo conoscitivo, scontava, inevitabilmente lo svantaggio di non aver coltivato un'ipotesi attraverso indagini che potrebbero esser già durate anni al momento dell'incidente probatorio. In secondo luogo, legò al consenso del dichiarante

medesimo tema, cfr. ID., *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo*, 1998, Milano, pp. 79-127. Un'aspra critica sulla natura e sulla portata del principio di non dispersione probatoria è stata formulata anche in G. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio, L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, cit., p. 17. L'A. afferma, infatti: «veramente gli interventi della Corte Costituzionale. di cui allora facevo parte - crearono e resero operativo un principio costituzionale del tutto inventato: l'obbligo di non disperdere la prova. Molti di noi premevano perché fosse accolta almeno la formula “non dispersione degli elementi di prova”, ma i relatori vollero insistere sulla locuzione “non dispersione della prova” che assurse così a canone costituzionale. Insomma il nuovo codice finì in un certo senso per subire, seppure in tempi più raccorciati, la stessa sorte subita dal codice Rocco: venne, cioè, smentito in alcuni dei suoi elementi essenziali». Sul cortocircuito tra diritto al silenzio e contraddittorio nella formazione della prova cfr. anche S. BUZZELLI, *Il criterio di valutazione probatoria ex art. 192 comma 3 c.p.p. in rapporto al nuovo art. 111 comma 4 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 2154, ss., *passim*. In argomento, cfr. anche il contributo di T. RAFARACI, *Dichiarazioni erga alios, letture e “impossibilità sopravvenuta”: l'art. 513 c.p.p.*, in A. A. V. V., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, 2009, Torino, pp. 285 – 320.

²¹¹ Ricostruisce compiutamente le fibrillazioni tra diritto al silenzio e diritto delle prove: O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in A.A.V.V., *Il giusto processo*, Milano, 1998, p. 79 ss.

l'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese, tentando di assicurare, anche per questa via la compatibilità della disciplina codicistica col principio costituzionale del contraddittorio. La di poco successiva riforma di attuazione dei principi costituzionali incontrò una forte resistenza culturale da parte della magistratura penale. Sotto lo specifico profilo del diritto al silenzio, «l'entrata in vigore dell[a] ... riforma costituzionale co[lse] la disciplina dell'imputato referente *in re aliena* in uno stato di profonda crisi»²¹². All'indomani della sent. n. 361 del 1998, dichiarativa della illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 210 c.p.p., nella parte in cui non ne era prevista l'applicazione anche all'esame dell'imputato nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero, la crisi poteva ritenersi più che manifesta. Si ritiene si tratti di una pronuncia che segna un radicale cambiamento, poiché aveva indicato agli interpreti «una meta tendenziale: occorre stabilire se e come si potesse porre l'obbligo di rispondere secondo verità a quei soggetti che rivestivano anch'essi lo *status* di imputati»²¹³. La testimonianza dell'imputato è istituto processuale tipico dei sistemi di *common law*. Tanto nell'ordinamento inglese, quanto in quello americano federale, lo *status* di imputato non è drasticamente incompatibile con l'assunzione della qualità di testimone²¹⁴, semplicemente l'assunzione degli obblighi di verità tipici della testimonianza debbono discendere dalla esplicita manifestazione di

²¹² In questi termini: R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, cit., p.157.

²¹³ In questi termini, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, 2003, Padova, p. XIV-XV.

²¹⁴ Non si tratta, ad ogni modo, di un istituto tralatizio nel sistema processuale anglosassone, «*in eighteenth century England there took hold the rule that a defendant was incompetent to give testimony. This rule was based on the fear that a person so directly interested in the case was likely to testify falsely. The English rule was inherited by American jurisprudence as a part of the common law but was rejected thereafter. On the federal level, for example the Supreme Court first abrogated the general rule of incompetency based on interest and then specifically acknowledged the right of a federal defendant to testify*». Spiegano lo storico *revirement* in questi termini H. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 1395.

volontà dell'accusato di dichiarare secondo verità.²¹⁵ Nel sistema americano, in particolare, «la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito chiaramente che l'imputato non ha il diritto di mentire per evitare di autoaccusarsi. Infatti, se un imputato sceglie di testimoniare, deve deporre sotto giuramento come ogni altro testimone e, se mente, può essere perseguito per spergiuro, come ogni altro testimone falso»²¹⁶. Una volta manifestata la volontà di rendere testimonianza, l'imputato deve rispondere alle domande postegli, senza la facoltà di difendersi mentendo e senza che gli sia concesso avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione nel rispondere ai quesiti concernenti i fatti per cui si procede. Quanto poi all'utilizzabilità del contributo conoscitivo così raccolto, questa deve ritenersi piena per i fatti per cui si procede e permane la possibilità di invocare il *privilege against self incrimination* riguardo a fatti ulteriori rispetto a quelli oggetto di imputazione. Non va però sottaciuto che la sola possibilità di sottoporsi all'esame testimoniale, ingenera un pericoloso automatismo. Si consideri, infatti, il caso in cui, in un procedimento a carico di più coimputati, soltanto alcuni acconsentano *to take the stand*, cioè, decidano di testimoniare. La posizione del soggetto che, al contrario, decida di esercitare il proprio diritto di difesa rifiutando il dialogo con l'autorità procedente assume tinte a dir poco fosche. Si immagini, infatti, la potente suggestione sulla giuria di un simile atteggiamento. L'esercizio legittimo del diritto costituzionalmente garantito, in questo caso, produce l'incontestabile effetto di far apparire l'imputato colpevole o, in ogni caso, raggiunto da più gravi indizi di reità, rispetto a coloro i quali si siano determinati a rendere testimonianza; poco importando l'esistenza di istruzioni che vietano alla giuria, o al giudice togato, di inferire elementi di colpevolezza dalla scelta di rifiutare di dichiarare secondo

²¹⁵ Per una proposta volta all'introduzione della testimonianza volontaria dell'imputato all'interno del Sistema processuale italiano si rinvia a: P. FERRUA – P. TONINI, *Testimonianza volontaria dell'imputato e tutela del contraddittorio. Progetto di modifica del c.p.p. formulato da Paolo Ferrua e Paolo Tonini*, in *Cass. pen.* 2000, p. 2868 ss.

²¹⁶ Descrive così il regime della testimonianza dell'imputato: S. P. HEYMANN, *Il diritto al silenzio e la testimonianza dell'imputato, il processo USA e l'art. 513 c.p.p. a confronto*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 794.

verità sul fatto proprio²¹⁷. A quanto appena descritto, deve aggiungersi la non remota possibilità che l'imputato-testimone in causa propria abbia raggiunto un accordo con il pubblico ministero. Chiunque abbia dimestichezza con il concreto svolgimento di un processo penale a carico di più coimputati, avrà certamente assistito a ipotesi in cui la testimonianza del coimputato si rilevi dirimente al fine della corroborazione della tesi accusatoria. Spesso, infatti, non esistono testimoni oculari del fatto o videoregistrazioni da acquisire e quanto dedotto nel capo di imputazione può esser provato soltanto grazie alla ricostruzione offerta dal coimputato. Ebbene, non di rado, il *prosecutor*, a titolo di compensazione per l'aiuto alla suffragazione della tesi accusatoria, raggiunge accordi concernenti la pena massima che andrà a richiedere, nonché, in alcune ipotesi, l'immunità per i fatti per cui si procede. Tali circostanze fanno emergere problematiche concernenti la valutazione della prova, poiché, la testimonianza, benché sorretta dall'obbligo di verità, sconta il problema di un evidente interesse in causa, finalizzato all'accesso alla premialità oggetto dell'accordo col pubblico ministero. Il recepimento di questo modello di testimonianza volontaria dell'imputato era stato teorizzato come una tra le possibili opzioni attuative del principio del contraddittorio nel contesto dell'attuazione della riforma costituzionale sul "giusto processo"²¹⁸. La proposta era volta all'abrogazione delle lett. a) e b) del primo comma dell'art. 197, cioè delle disposizioni concernenti l'incompatibilità con l'assunzione della qualità di testimone per tutte quelle categorie di persone che ricadono, secondo le disposizioni oggi vigenti, nell'ambito di applicazione della disciplina dettata dagli artt. 210 e 197-*bis* c.p.p.²¹⁹ Una simile impostazione, tuttavia, non si è mai

²¹⁷ In argomento, *ex multis*, si rinvia a: M. E. ANTONIO, N. E. ARONE, *Damned if they do, damned if they don't. Jurors' reaction to defendant testimony or silence during capital trial*, in *Judicature*, vol. 89, pp. 60 – 67.

²¹⁸ L. cost. n. 2 del 23 novembre 1999, i cui principi ispiratori trovano attuazione nella successiva l. n. 63 del 2001.

²¹⁹ Sulle differenze rispetto alla codificazione previgente, osserva F. CORDERO, *Procedura penale*, nona ed., 2012, Milano, p. 682, n. 17: «L'art. 197 lett. a, suonava in negativo, nel senso che tali persone non potessero deporre nemmeno dopo il non luogo a procedere, ovvero prosciolte o condannate, salvo un

tradotta in modifiche della struttura del codice di rito e, esattamente al contrario, il sistema di procedura penale attualmente vigente prevede che il contributo conoscitivo dell'imputato sia assunto su base volontaria, ma secondo le forme che regolano l'esame della parte, il cui aspetto più garantista è costituito dalla possibilità sia di rifiutare l'inizio dell'atto nel suo complesso, quanto di rispondere selettivamente alle diverse domande poste. L'esame appena descritto costituisce, dunque, un mezzo di prova, afferente al genere della prova dichiarativa, caratterizzato da modalità particolari di assunzione, in ragione della peculiare qualità del soggetto dichiarante²²⁰. Non fu casuale la scelta dei *conditores* del codice del 1988, di relegare l'istituto dell'interrogatorio, caratterizzato dall'obbligatorietà della sua instaurazione, alla fase delle indagini e di rendere l'esame il mezzo di prova designato alla formazione della prova dichiarativa proveniente dalle parti private e, in particolare, dall'imputato. Ciò, segnatamente, in quanto: «[m]emore ... dello spinoso dibattito sulla natura giuridica dell'interrogatorio, che caratterizzò l'intera storia del codice del 1930, il legislatore del 1988 ritenne necessario distinguere – già sul piano semantico – il contributo dichiarativo reso dall'accusato nella fase delle indagini da quello offerto nella fase dibattimentale; ciò nella speranza che la distinzione consentisse una definitiva classificazione ... dell'interrogatorio come “strumento di difesa”»²²¹. Di fronte ad una eventuale opposizione del silenzio in invocazione del principio del *nemo tenetur se detegere*, nell'impossibilità di acquisire le dichiarazioni precedentemente rese dal dichiarante, tanto la sottoposizione ad esame della parte, quanto l'assunzione della qualità di testimone assistito, trovando la propria sede all'interno del dibattimento, debbono

proscioglimento irrevocabile; i codificatori avevano come antimodello l'art. 348 cod. 1930: dov'erano ammessi a testimoniare gli assolti perché il fatto non sussiste o l'imputato non l'ha commesso».

²²⁰ Sulle difficoltà definitorie presentate dal sintagma esame delle parti private, si rinvia all'analisi operata da I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, 2011, Milano, pp. 1-34.

²²¹ Descrive in questi termini la complessità del problema definitorio: I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, cit., pp. 27 – 28. Sulla natura di atto eminentemente difensivo dell'interrogatorio, cfr. *ex multis*: O. DOMINIONI, *sub artt. 64 – 65 c.p.p.*, in R.E. KOSTORIS, *sub artt. 64 - 65 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, 1990, Torino, pp. 327 – 337.

necessariamente esser regolate dai principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza. Eppure, secondo parte della dottrina, «una volta postisi nell'ottica dialettica, è indispensabile che il processo sia attrezzato con le tecniche proprie di questa ... Con ciò contrasta, invece, l'insistenza in assunti concettuali e normativi che impediscono di praticare queste tecniche: tale è il caso della facoltà di non rispondere che acriticamente si vuole confermata negli stessi assetti in cui era conosciuta dal sistema previgente, senza preoccuparsi, per un verso, di verificare se la tutela del soggetto sia realizzabile anche con altri mezzi ... e senza avvedersi, per un altro verso, che quella indiscriminata facoltà di non rispondere, se era innocua nel quadro del codice abrogato, ha nell'attuale modello un effetto pernicioso per non dire devastante»²²². La medesima dottrina auspicava poi, che a tutela della genuinità della prova, alle categorie di persone elencate nell'art. 210 c.p.p., non venisse riconosciuta la possibilità di sottrarsi all'esame in dibattimento, dunque al confronto con l'accusato, in modo da impedire alla pubblica accusa di operare selettivamente sulle circostanze oggetto di attenzione nel corso degli interrogatori condotti nella fase delle indagini, di modo da preconstituirsì, confidando nell'opposizione del diritto al silenzio, solidi contributi probatori da far convogliare nel processo *ad quem*, tramite il meccanismo delle letture. Come noto, sulla scorta di tale impostazione, il legislatore ha optato per il potenziamento dei divieti di lettura e per la creazione di una ulteriore figura da aggiungersi al cangiante spettro dei possibili dichiaranti nel processo penale: il testimone assistito *ex art. 197-bis c.p.p.*, cui è posto obbligo di rispondere secondo verità sul fatto altrui. Eppure, sebbene la riforma costituzionale dell'art. 111 abbia optato per la scelta del contraddittorio forte per l'elemento di prova, l'attuazione dei principi stabiliti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed, in particolare, dei principi del giusto processo, non avrebbe permesso un contraddittorio di

²²² Così O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in A.A.V.V., *Il giusto processo*, 1998, Milano, p. 117.

tipo debole sull'elemento di prova, ma «legittima un contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova, tutelando soltanto il diritto dell'imputato – o almeno del suo difensore, qualora siffatta limitazione sia necessaria per tutelare la sicurezza dei testimoni –, quando gli elementi di prova siano determinanti per la sentenza di condanna, ad avere davanti al giudice “un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento della testimonianza o più tardi»²²³. La medesima dottrina sottolinea poi come l'istituto della testimonianza assistita introdotto nel sistema per effetto della l. 1° marzo 2001 n. 63, anche qualora si volesse provare ad ignorare che le restrizioni imposte al *nemo tenetur se detegere* dall'istituto siano in diretta collisione con l'inviolabilità del diritto di difesa e con il principio della presunzione di non colpevolezza (in quanto si pretende un contributo conoscitivo da parte di chi deve presumersi estraneo ai fatti per cui si procede); «non può sostenersi che riconoscere il *nemo tenetur se detegere* all'accusato che abbia reso dichiarazioni pertinenti alla ricostruzione di un fatto addebitato a terzi in qualche misura collegato a quello proprio (e quindi con quasi inevitabili riflessi su quest'ultimo) lederebbe il diritto di difesa del terzo»²²⁴. Ciò, segnatamente, in quanto

²²³ Così, G. UBERTIS, citando la C. eur. Dir. uomo, sent. 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi, §41, in *Argomenti di procedura penale*, III, 2011, Milano, pp. 246 - 247.

²²⁴ Così G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, cit., p. 248; In argomento si segnala anche il contributo di V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 340. L'A. ricostruendo la tesi dottrinale che ravvisa nella legge di attuazione del c.d. “giusto processo” una eterogenesi dei fini: «[p]er un errore di prospettiva si sarebbe impostata una falsa antitesi, senza individuare quello che ... rappresenterebbe il vero nodo cruciale del problema: è l'inutilizzabilità della prova che garantisce il contraddittorio e non l'obbligo di rispondere posto a carico dell'imputato». Tuttavia, l'A, citando sul punto l'opera di M. DANIELE, *La testimonianza assistita e l'esame degli imputati in procedimenti connessi*, cit. p. 197, mostrando identità di vedute afferma: «l'argomentazione appare assai suggestiva, ma elude, a parere di chi scrive, la questione di fondo, in quanto sottovaluta che a identificare il principio del contraddittorio quale metodo di ricostruzione della “verità” concorrono due distinti profili caratterizzanti: l'uno, negativo, dato dall'irrelevanza probatoria degli elementi unilateralmente raccolti nel corso delle indagini; l'altro, positivo, costituito dall'obbligo di rispondere in dibattimento per chiunque renda dichiarazioni sulla responsabilità altrui, indipendentemente dal suo coinvolgimento nella commissione del fatto criminoso ... Se in assenza del connotato negativo il processo rischia di caratterizzarsi in senso marcatamente inquisitorio ... in assenza del connotato positivo “il flusso delle informazioni dibattimentali rischierebbe di essere azzerato e il contraddittorio ne uscirebbe ugualmente sconfitto”». Ove non fosse imposto il dovere di verità si «darebbe vita ad un sistema gravemente disfunzionale», ad opinione di D. PULITANÒ,

«la posizione del terzo sarebbe comunque salvaguardata dalla statuizione che non potrebbero essere impiegate a fini decisori dichiarazioni a suo carico di importanza determinate rese da che non gli sia stato possibile controinterrogare»²²⁵. Secondo tale logica, dunque, il diritto al confronto, semmai opera al fine di escludere dal processo e dalla piattaforma probatoria a disposizione del giudice, dichiarazioni indizianti, che l'autore rifiuti, esercitando un diritto di tipo inviolabile, di ripetere in dibattimento²²⁶. Orbene, dunque, alla luce delle considerazioni svolte, sarebbe riduttivo ricondurre la creazione della figura del testimone assistito alla sola esigenza di garantire il diritto al confronto con l'accusatore. Come osservato in dottrina: «risulta evidente come il nucleo del problema non possa riduttivamente restare circoscritto alla necessità di garantire che il diritto dell'accusato a confrontarsi con il suo accusatore non venga ad essere svilito dall'esercizio della *recusatio respondendi* da parte di quest'ultimo»²²⁷. La soluzione di tale problematica, infatti, attiene ad una vera e propria scelta di campo sullo scopo da attribuire al procedimento penale nel suo complesso: se esso sia uno strumento per l'accertamento della verità materiale, ovvero di una verità processuale, secondo schemi rispettosi di garanzie inviolabili. In definitiva, si tratta, nuovamente, di scegliere tra una logica di fondo inquisitoria o *adversarial*.

Nemo tenetur se detegere: *quali profili di diritto sostanziale?*, in A. a. V. v., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, 2000, Milano, p. 468.

²²⁵ *Idem*, p. 248.

²²⁶ In argomento, M. L. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, cit., p. 1028, sostiene: «[q]uando la legge e, prima ancora, a livello sovraordinato, il dettato costituzionale, escludono dal materiale utilizzabile per la decisione quanto raccolto unilateralmente e in segreto al di fuori del contraddittorio, l'eventuale compressione del diritto al silenzio trova la sua giustificazione esclusivamente nella prospettiva di consentire al pubblico ministero la soddisfazione dell'onere probatorio di cui è gravato, propiziando l'acquisizione in dibattimento delle deposizioni di imputati in procedimenti connessi o collegati che abbiano reso in precedenza dichiarazioni a carico di altro imputato».

²²⁷ Così, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 346.

2. Un sistema votato alla composizione della lite ed uno volto all'accertamento della verità processuale.

La gestazione di un nuovo codice di procedura penale per la Repubblica Italiana, con cui operare una virata del sistema di procedura penale in senso accusatorio, è stata decisamente lunga²²⁸. Sebbene all'interno del dibattito scientifico i tempi erano ritenuti decisamente maturi per l'abbandono del sistema delineato dal codice Rocco²²⁹, le necessità di contrasto, tanto ai fenomeni della criminalità organizzata di matrice mafiosa, quanto l'incombente dei c.d. "anni di piombo" contrassegnati dal terrorismo politico hanno costituito un elemento di frizione rispetto all'adozione del modello tendenzialmente accusatorio²³⁰. La dottrina ha rilevato come, effettivamente, sin dagli anni settanta, l'approvazione di una nuova codificazione processuale penale fosse, *de facto*, ostaggio del timore di introdurre un rito non adatto a contrastare i forti contropoteri criminali presenti sul territorio e del pericolo davvero attuale e concreto che i fatti di cronaca potessero incidere su modifiche "emotive" dell'impianto codicistico, che ne compromettessero la coerenza coi principi fondanti²³¹. Si tratta di preoccupazioni tutt'altro che infondate. Del resto, anche la fase di vigenza del codice Vassalli si è caratterizzata per la successione di

²²⁸ Per un quadro sintetico del tortuoso percorso che condusse all'approdo verso un nuovo codice di procedura penale per la Repubblica Italiana, dalla c.d. "bozza Carnelutti" all'entrata in vigore del codice Vassalli, cfr. G. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, cit., pp. 9 - 22.

²²⁹ Sia il Codice Rocco che il codice Vassalli rappresentano modelli c.d. misti, in cui non si manifestano contemporaneamente tutti i caratteri puri del modello processuale accusatorio. Tuttavia, la codificazione del 1988 rappresenta una maggiore approssimazione ai caratteri del sistema *adversary* rispetto a quella del 1930.

²³⁰ Sul punto, cfr. P. CORSO, *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in A. A. V. V., *Mafia e criminalità organizzata*, 1996, Torino, p. 116 ss; G. NEPPI MODONA, *I meccanismi processuali differenziati*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 430. P.G. MOROSINI, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in A.a.V.v., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, 2009, Torino, pp. 387 - 411.

²³¹ In questo senso, P. G. MOROSINI, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, cit. p. 390.

vere e proprie “ondate riformiste”²³², nonché da una complessiva tendenza delle corti superiori ad interpretazioni eccentriche rispetto ai principi garantisti²³³, accomunate dalla circostanza di esser reattive alle maree delle esigenze securitarie contingenti. Su tale profilo, evocando l’andamento ricorrente delle patologie erosive afflittive dei principi garantisti²³⁴, la dottrina ha osservato: «[p]ensando alla tormentata parabola del vigente codice di procedura penale, si potrebbe affermare, e non sembri una provocazione, che la “bozza Carnelutti” rappresenta ancor oggi, per molti versi, l’illusione accusatoria»²³⁵. A quasi trent’anni dalla sua entrata in vigore, il codice Vassalli appare come un paziente che abbia perso il senso della propria identità. Accanto all’architettura del dibattimento, informato ai principi di oralità, immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova, si è andato stratificando e progressivamente irrobustendo, il sistema dei riti alternativi. Questi ultimi, nonostante mettano in crisi la funzione cognitiva affidata al processo penale comprimendola e sacrificandola, hanno il pregio di permettere una rapida definizione del procedimento e consentono di smaltire un mastodontico carico giudiziale, altrimenti ingestibile. Rispetto all’assetto originario del codice, quello rispondente ai principi fissati dalla legge-delega del 1987, quello attuale appare caratterizzato da uno spasmodico inseguimento di obiettivi di economia e di efficienza. Si tratta di principi che anziché orientare il sistema processuale penale alla migliore approssimazione alla verità

²³² Per un bilancio complessivo sulle riforme e sugli interventi della Corte costituzionale sull’ordito codicistico e per un auspicio alla rivalutazione del principio di legalità processuale, si rinvia a G. GIOSTRA, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2017, consultabile sul sito internet www.archiviopenale.it, *passim*.

²³³ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo di simili tendenze demolitorie, alla sopracitata giurisprudenza costituzionale in tema di assunzione dell’obbligo testimoniale da parte dell’ex imputato.

²³⁴ Sintetizza tale concetto G. CHIODI, «*Tornare all’antico*»: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità, in *L’inconscio inquisitorio, L’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, p. 321. L’A. afferma: «riforme e controriforme del codice di procedura penale sembrano costituire un dato congenito dell’esperienza italiana ... ai tempi lunghi dell’inquisitorio, alle sopravvenienze di una cultura lunga a morire, perché spesso sepolta nelle pieghe dell’inconscio».

²³⁵ Descrive in questi termini il progressivo deterioramento del tessuto codicistico O. MAZZA, *L’illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell’inchiesta preliminare di parte*, in *L’inconscio Inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, p. 166.

ottenibile in sede giudiziale, lo proiettano verso l'ottenimento della celere composizione della controversia²³⁶, se necessario, con sacrificio²³⁷ della funzione cognitiva del processo²³⁸. Una ricerca della rapida composizione della lite che avvicina sempre più pericolosamente il processo ad un meccanismo transattivo, che ad una serie concatenata di atti finalizzata alla verifica o alla falsificazione dell'ipotesi accusatoria. Testimoniano tale tendenza istituti quali il decreto penale di condanna, l'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.²³⁹, la sospensione del processo con messa alla prova,

²³⁶ Per una descrizione esaustiva dei caratteri puri del processo, si rinvia all'opera monografica di M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, 1992, Bologna, pp. 174 – 247.

²³⁷ L'esempio più eclatante di sacrificio della funzione cognitiva del processo è costituito dal decreto penale di condanna.

²³⁸ In argomento si rinvia a: M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in A.A.V.V., *Il giusto processo*, 1998, Milano, p. 54. L'Autore sintetizza la tensione tra rispetto delle garanzie dell'individuo e necessaria efficienza della "macchina processuale" nei seguenti termini: «riconosciamo piuttosto che la vera efficienza processuale non è quella di un processo purchessia in funzione di una maggiore repressione: è efficienza di un processo che deve sì consentire di raggiungere dei risultati credibili anche nel senso della tempestività e dell'efficacia, ma deve consentire di raggiungerli in modo "giusto" anche sul piano delle modalità del percorso». Dunque, altro è prevedere una celebrazione del processo ridotta alle forme essenziali al rispetto delle garanzie fondamentali riconosciute all'imputato, altro è privare il processo penale della propria funzione cognitiva, di accertamento del fatto, in nome di una esasperata efficienza nello smaltimento del carico giudiziale raggiunta con la condanna senza accertamento.

²³⁹ Le questioni concernenti la legittimità costituzionale del c.d. "patteggiamento", risultano superate, o meglio, sopite, soltanto dalla incontestabile pragmaticità dell'istituto. La richiesta di applicazione di una pena, in un contesto di celebrazione dell'udienza a porte chiuse, senza la pubblicità che caratterizza l'amministrazione della giustizia nel nome del popolo e con una cospicua riduzione della pena irrogabile, non può che apparire agli occhi del processualpenalista come una non troppo implicita ammissione di colpevolezza, dunque come una rinuncia alla garanzia della presunzione di non colpevolezza, tesa alla salvaguardia dell'onore e della reputazione, messi completamente a repentaglio dalla celebrazione di un dibattimento, potenzialmente articolato in più livelli di giudizio. Sul punto, attenta dottrina ha affermato: «[n]egare la disarmonia rispetto ai principi costituzionali è possibile, invero, soltanto a patto di ritenere che la dimensione soggettiva surclassi l'aspetto oggettivistico ... Accolta questa premessa, bisogna poi enfatizzare la disponibilità dei valori sottesi alle norme interessate e concludere, infine, che il patteggiamento, oltre a superare brillantemente qualsiasi *test* di legittimità costituzionale, sia espressione di un modello di giustizia conforme ai requisiti desumibili dalla formula "giusto processo. Per questa via, si giunge a sostenere che le deviazioni dai principi, realizzate dalla disciplina del patteggiamento, non siano tali da segnare un netto divario rispetto agli ordinari *standards* di tutela». In questi termini: A. SCCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*, in A. A. V. V., *Eccezioni*

la dichiarazione di estinzione del reato a seguito del risarcimento del danno e della riparazione delle conseguenze pericolose o dannose del medesimo nei reati perseguibili a querela rimettibile, introdotta con la l. 23 giugno 2017, n. 107. Tali istituti, pur avendo comprovata efficacia nell'ottica della celerità nell'amministrazione della giustizia, indicano, altresì, un mutamento genetico dello scopo cui il processo penale sarebbe rivolto. La composizione del conflitto ingenerato dalla commissione del reato nel più breve termine possibile attraverso il risarcimento del danno parrebbe essere la logica che ha condotto tanto all'ampliamento del novero dei riti alternativi accessibili all'imputato, quanto il ricorso a questi ultimi. Deve altresì evidenziarsi come in uno scenario giudiziale spesso caratterizzato dalla sopravvenuta maturazione dei termini di prescrizione e conseguente impossibilità di celebrare il processo in tutti i gradi possibili, parrebbe avanzare l'idea del rito semplificato come unico baluardo della certezza della pena, anche se ridotta. Si tratta di istituti che derogando al principio del contraddittorio e, come contropartita alla mancata celebrazione del processo secondo il metodo che meglio può garantire l'approssimazione alla verità, garantiscono, per questa ragione, importanti contropartite premiali. La Costituzione statunitense, contrariamente a quella italiana, non opera il riferimento al contraddittorio come metodo epistemologico e, quindi, come carattere immanente del processo penale, ma lo colloca all'interno del c.d. *Bill of Rights*, ove trova collocazione il diritto al confronto dell'accusato con colui che renda dichiarazioni a suo carico. Viene perciò ritenuto un diritto avente carattere soggettivo²⁴⁰, esercitabile a discrezione dell'accusato, che a tal proposito valuta previamente l'opportunità di sottoporre alla maieutica dell'esame testimoniale il soggetto in questione. Tale diritto ha pacificamente carattere asimmetrico, «costituzionalizzato unicamente per l'imputato ma non per il

al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza, a cura di G. DI CHIARA, p. 130.

²⁴⁰ Sul punto, cfr. V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, cit., p. 42. Sulla caratterizzazione della *confrontation* nell'altro grande sistema processuale di *common law*, quello inglese, cfr., *ex multis*, V. PATANÈ, v. *Il processo penale inglese*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, p. 744 e ss.

prosecutor, esso rappresenta una sorta di *handicap* predisposto allo scopo di “ridimensionare” i poteri del secondo»²⁴¹. In ogni caso, all’accusa è concesso il diritto alla prova contraria, cioè all’esercizio del metodo del contraddittorio, una volta che l’imputato abbia deciso se chiamare il delatore a testimoniare²⁴². Non si dà, dunque, per scontato il transito all’interno del dibattimento delle dichiarazioni del testimone a carico, tra cui l’imputato in procedimento connesso o collegato o il coimputato e non vi è, infatti, la creazione di figure pseudo-testimoniali, al crocevia tra la qualità di imputato e quella di testimone²⁴³. La *Confrontation clause*, ove attivata, può perciò assimilarsi al contraddittorio descritto dai commi 3 e 4 dell’art. 111 Cost. Giova altresì ricordare come nel processo penale statunitense, la prova testimoniale costituisca la c.d. “prova regina”, supportata dalla applicazione della c.d. *rule against hearsay*. Quest’ultima non comprende soltanto la c.d. testimonianza indiretta, bensì ogni *out of court statement*, ossia ogni contributo conoscitivo formato in sede extradibattimentale. Il processo federale, cui si tende a far riferimento col sintagma *trial by witnesses and jury*, si caratterizza e si differenzia dal modello italiano anche per l’affidamento del giudizio sul fatto alla giuria. Il ruolo di *fact finder* è affidato, infatti, a comuni cittadini appositamente sorteggiati per l’espletamento della funzione e che, al contrario del pubblico ministero nel sistema italiano, non hanno coltivato un’ipotesi accusatoria per mesi o anni. Questi soggetti possono, perciò ritenersi sostanzialmente indifferenti rispetto alla dispersione di “prove” raccolte dagli inquirenti nel contesto delle indagini e di cui non avranno mai cognizione in virtù dello

²⁴¹ *Idem*, p. 45.

²⁴² La logica vuole che questa resti un’ipotesi possibile, ma non altamente frequente, essendo più probabile che l’assunzione del contributo conoscitivo del coimputato o dell’imputato in procedimento connesso venga richiesta dall’accusa, per ovvie ragioni concernenti la prova delle circostanze contenute nel capo di imputazione.

²⁴³ Spetta al giudice il potere di verificare sul piano sostanziale, e quindi al di là del riscontro di indizi formali, l’attribuibilità della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni vengano rese, e il relativo accertamento si sottrae, se congruamente motivato, al sindacato di legittimità. In argomento cfr., *ex multis*, Cass., sez. u, 25 febbraio 2010, Mills, in CED Cass, Rv 246584.

schermo costituito dalla *rule against hearsay*²⁴⁴. Non può omettersi, per altro, di richiamare che il processo penale americano, anziché esser votato alla ricerca di una forma di verità processuale²⁴⁵, risulta più pragmaticamente orientato alla composizione del conflitto tra società e cittadino-accusato. Tale circostanza sarebbe testimoniata, sia dalla possibilità che il processo sfoci nel c.d. *non liquet*: riferimento è, specificamente, all'istituto della *hung jury* (letteralmente giuria appesa) o *deadlocked jury*, che si verifica allorquando non viene raggiunta l'unanimità di voto che consente l'enunciazione del verdetto sul fatto²⁴⁶. Altro istituto che evidenzia il potere della giuria e mette in risalto la preminenza del raggiungimento della composizione del conflitto nel processo penale d'oltreoceano è costituito dalla c.d. *jury nullification*, cioè nel potere riservato alla giuria di emettere un verdetto di non colpevolezza pur a fronte dell'accertamento della responsabilità dell'accusato²⁴⁷ per il fatto dedotto in imputazione.

3. La sent. Corte cost. n. 381 del 2006, abbandono della dicotomia efficienza-garantismo, modulazione dei diritti riconosciuti alla fonte di prova dichiarativa in relazione alla distanza rispetto all'oggetto del processo.

Spostando ora l'attenzione sul fronte giurisprudenziale, appare opportuno operare una ricognizione delle decisioni della Corte costituzionale che hanno contribuito a definire l'attuale assetto della c.d. garanzia del diritto al confronto con il dichiarante a carico.

²⁴⁴ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, cit., p. 48.

²⁴⁵ Si tratta di una finalità suscettibile di degenerazioni e di prender la china di un chimerico inseguimento della verità materiale, come la stessa sent. C. cost. n. 255 del 1992 ha dimostrato, dichiarando il processo penale votato allo scopo dell'accertamento della verità, con importanti ripercussioni sul piano della interpretazione degli istituti del processo penale in senso inquisitorio. Uno strappo che neppure la riforma avente ad oggetto l'attuazione dei caratteri del c.d. giusto processo ha saputo comporre appieno.

²⁴⁶ Per una ricognizione dell'istituto corredata dagli arresti giurisprudenziali della Corte Suprema, cfr., H. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure*, cit., p. 1422, ss.

²⁴⁷ Si tratta di un istituto di inimmaginabile importazione nel sistema italiano, caratterizzato dall'obbligo di motivazione e governato dal principio di tassatività, come emanazione del principio di legalità sostanziale delle cause di giustificazione e di non punibilità.

Attraverso la sentenza n. 381 del 2006²⁴⁸, avente ad oggetto la questione di legittimità dell'art. 197-*bis* c.p.p., la Corte costituzionale ha reso ulteriore tributo al principio di non dispersione probatoria²⁴⁹. Più specificamente, la Corte era stata investita della questione adducendo la violazione del primo comma dell'art. 3 Cost., dell'art. 197-*bis*, commi 3 e 6, del codice di procedura penale, nella parte in cui, le due disposizioni richiamate prevedevano, rispettivamente, un obbligo di assistenza difensiva e l'applicazione del criterio valutativo di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p.²⁵⁰ – consistente nell'individuazione di ulteriori elementi a riscontro dell'attendibilità del teste- anche alle dichiarazioni rese dai soggetti imputati in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b) nei cui confronti sia stata emessa una sentenza irrevocabile di assoluzione “per non aver commesso il fatto”, divenuta irrevocabile. Queste categorie di soggetti, secondo il giudice delle leggi, sarebbero state irragionevolmente annoverate tra coloro i quali, in virtù della propria contiguità ai fatti oggetto di imputazione nel procedimento penale che li vide protagonisti, vanterebbero un residuale e persistente

²⁴⁸ Sent. C. cost. n. 381 del 2006, in *Giur. cost.*

²⁴⁹ Si deve alla sent. C. cost. n. 255 del 1992 l'affermazione del principio di non dispersione probatoria tra i pilastri fondanti del sistema di procedura penale. Afferma, infatti, la Corte che: «accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale». In dottrina, G. DI CHIARA, *Dieci anni dopo*, in A.A. V.V., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, 2009, Torino, p. VII, descrive questa pronuncia come il provvedimento «con cui si portava a compimento la prima parabola demolitoria delle logiche di fondo del processo riformato». Ed ancora, sui contenuti del principio, O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, cit., p. 81, chiarisce il perimetro del concetto: «"non dispersione" significa postulare che la documentazione del risultato dell'atto di indagine sia acquisibile al dibattimento così da far assurgere la risultanza investigativa a prova; e elevare ciò a "principio" significa asserire che l'ordinamento porta in sé la vocazione sistematica a che, non appena nel dibattimento le tecniche di formazione della prova non siano per qualche ragione praticabili, la lettura dei verbali dell'investigazione valga come loro succedaneo».

²⁵⁰ In argomento, cfr., *ex multis*, F. PIGNATARO, *La chiamata di correo*, in A. A. V. V., *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, a cura di L. MARAFIOTI e G. PAOLOZZI, 2014, Torino, pp. 160 – 174. Sull'ulteriore complicazione nella applicazione della disciplina di cui agli artt. 197-*bis* e 210 c.p.p. determinata dalla c.d. chiamata in correità *de relato*, si rinvia alla sintesi operata da G. BARROCU, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come "cavallo di Troia" per il recupero del sapere investigativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 1445 – 1455.

interesse autodifensivo, in ragione del quale, le loro dichiarazioni, essendo molto simili a quelle della parte escussa in causa propria, andrebbero valutate con prudenza²⁵¹ da parte del giudice. Secondo la Corte, il fatto che sia intervenuta sentenza irrevocabile di assoluzione “per non aver commesso il fatto”, ad attestazione dell’estraneità dell’imputato rispetto alla regiudicanda, reciderebbe ogni relazione con le vicende del processo nel cui contesto viene richiesta la testimonianza. Come affermato dalla *pars motiva* della sentenza in oggetto, «[s]e, infatti, l'effetto preclusivo del giudicato assolutorio produce la conseguenza di dissolvere, *pro futuro*, qualsiasi nesso giuridicamente rilevante tra la persona ed il fatto oggetto della originaria imputazione - tale essendo lo stesso etimo che contraddistingue la *absolutio* dalla istanza punitiva - è postulato indefettibile di tale *restituito in integrum* per l'innocente, riconosciuto formalmente tale, anche il totale ripristino della sua terzietà rispetto a quel fatto». Secondo i giudici della Consulta, dunque, la secca smentita dell’ipotesi accusatoria non dovrebbe produrre conseguenze ulteriormente pregiudizievoli per l’*ex* imputato e la sua perdurante esclusione dal novero dei soggetti legittimati a testimoniare senza l’assistenza del difensore tecnico, comporterebbe una sorta di “*capitis deminutio*”. Perciò, secondo il giudice costituzionale, quando il legame con il reato contestato sia stato reciso dal giudicato, l’attribuzione della qualità di testimone assistito costituirebbe un’irragionevole discriminazione rispetto ad ogni altro soggetto dotato della capacità di testimoniare e che non si trovi in quelle condizioni di incompatibilità con l’assunzione della prova dichiarativa elencate dal codice di rito. Sebbene ad un primo sguardo, in linea di principio, possa apparire apprezzabile che il soggetto assolto per non aver commesso il fatto debba ritenersi così lontano dai fatti dedotti in imputazione da ritenersi assimilabile al testimone ordinario; non può dirsi altrettanto per le insidie cui si trova esposto attraverso la testimonianza con obbligo di verità. Se è pur vero, infatti, che la persona assolta di cui si va discorrendo sia protetta,

attraverso o schermo del *ne bis in idem*, dall'illegittimità di un secondo procedimento a proprio carico per il medesimo fatto, risulta altresì vero che l'assunzione dell'ufficio di testimone non ha natura volontaria. L'assunzione della qualità di testimone²⁵² obbliga, infatti, alla comparizione innanzi all'autorità precedente, comporta l'impossibilità di impedire l'instaurazione dell'atto, nonché obbliga a rispondere alle domande poste secondo verità, senza nascondere nulla di quanto a propria conoscenza. Allargando il compendio probatorio ipoteticamente a disposizione del giudice ai fini della decisione, la pronuncia in parola si inserisce nel solco già tracciato da altre precedenti decisioni²⁵³ che, a far data dall'entrata in vigore del codice del 1988, hanno progressivamente ristretto la portata del *nemo tenetur se detegere* e, più in generale, del diritto di difesa, in favore di un più agevole recupero di elementi conoscitivi dalla fase delle indagini al dibattimento²⁵⁴. Per tale motivo, può ritenersi che la più ampia battaglia per la ri-definizione del perimetro delle garanzie difensive dell'imputato si è consumata, per via indiretta, sul terreno del diritto delle prove, anziché, in via più aperta, sul dettato delle disposizioni codicistiche

²⁵² Che l'assunzione della qualità di testimone comporti dei doveri molto stringenti è reso palese, tanto dalla sussistenza nell'ordinamento del reato di falsa testimonianza, disciplinato dall'art. 372 c.p.; quanto dalla formula della dichiarazione di impegno che ogni teste è chiamato a pronunciare prima di rispondere alle domande: «consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza»; una dichiarazione radicalmente inconciliabile col principio del *nemo tenetur se detegere*.

²⁵³ Ne costituisce un esempio paradigmatico la sentenza della Corte costituzionale n. 255 del 18 maggio 1992, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 1961, ss. Sulle pericolose oscillazioni tra principio di separazione delle fasi e contraddittorio nella formazione della prova, a restaurazione del regime probatorio ante Codice Vassalli, si veda, *ex multis*, N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Atti del Convegno su "Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana"* (Milano, 23-24 giugno 2011), a cura del Centro di studi sulla giustizia, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano, *passim*.

²⁵⁴ Con riferimento al sistema vigente, «in taluni casi il sistema tollera che l'esercizio del diritto di autodifesa passiva sia compreso in ragione della mera esistenza di dichiarazioni *erga alios*, a prescindere dalla volontà di collaborare espressa dall'imputato». Così A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, cit., p. 56.

precipuamente inerenti il diritto di difesa²⁵⁵. Nello specifico, la pronuncia di cui si va discorrendo ha contribuito a tale fenomeno imponendo l'assunzione del contributo conoscitivo di un soggetto imputato in procedimento connesso o collegato, assolto dall'addebito contestato per non aver commesso il fatto secondo le modalità prescritte dalle disposizioni concernenti la testimonianza "pura". La disposizione di cui all'art. 197-*bis*, con specifico riferimento all'imputato assolto, prima dell'intervento della pronuncia della Corte, risultava più garantista della codificazione del 1930. Il codice Rocco, al contrario, risultava più garantista rispetto al condannato: ai sensi dell'art. 348 c. 3 c.p.p. 1930, soltanto l'imputato che fosse stato assolto perché il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto avrebbe potuto, in un momento successivo, esser sentito in qualità di testimone gravato dall'obbligo di verità nel processo a carico di altro individuo²⁵⁶. L'imputato e l'*ex* imputato erano radicalmente incompatibili con l'assunzione della veste di testimone e, pertanto, ove avessero scelto di tacere o di mentire, non sarebbero stati punibili per il reato di falsa testimonianza. L'eventuale interlocuzione con l'autorità procedente restava, dunque, ispirata ad un criterio di massima volontarietà. Fatta salva la punibilità dei delitti di simulazione di reato e di calunnia, disciplinati, rispettivamente dagli artt. 367 e 368 c.p., l'imputato era ulteriormente garantito dalla disposizione di cui all'art. 384 c.p., la quale prevedeva la non punibilità nelle ipotesi in cui reati contro l'amministrazione della giustizia fossero stati commessi al fine di salvarsi da grave e inevitabile pregiudizio nella libertà o nell'onore. L'art. 348 c.p.p. 1930, appena richiamato, concedeva meno dell'art. 197 del codice del 1988. Quest'ultimo, infatti, aveva introdotto la testimonianza anche dei soggetti condannati con sentenza passata in giudicato nel

²⁵⁵ Si prenda a titolo di esempio paradigmatico quanto affermato da C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., p. XIV: «[i] reali antagonisti del diritto a confrontarsi e del contraddittorio nella formazione della prova sono il diritto al silenzio e la facoltà di mentire riconosciuti in capo all'imputato accusatore».

²⁵⁶ Per una ricognizione della previgente disciplina e del vivace dibattito dottrinale in materia, si rinvia a L. ERCOLANI, *Incompatibilità testimoniale del coimputato e principi costituzionali*, in *Crit. Pen.* 1969, p. 136 ss. Cfr. anche, V. PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972, p. 81-94.

procedimento per il medesimo e fatto dava concreta e piena attuazione alla “formula” *nemo tenetur se detegere*²⁵⁷, riconoscendo con riguardo alle ipotesi di testimonianza *post iudicatum* nei casi di reati connessi «una sorta di prolungamento del diritto di difesa in capo ad un soggetto che è stato imputato ma che tale qualità [avrebbe potuto] eventualmente riassumere; e lo si riconosce[va] in considerazione del fatto che, qualora si assoggettasse l'imputato al dovere testimoniale, la sua deposizione inciderebbe, per un verso o per l'altro su quella eventualità»²⁵⁸. In precedenza, l'assunzione del contributo conoscitivo dei soggetti di cui si va discorrendo avrebbe potuto, al più, esser acquisita attraverso la disciplina dell'interrogatorio libero. Con la l. 8 agosto 1977 n. 534 relativa all'interrogatorio libero di persona imputata in reati connessi, si era provveduto ad introdurre due nuovi articoli nel codice di procedura penale: gli artt. 348 *bis* e 450 *bis*. Questi ultimi, rispettivamente, stabilivano: «le persone imputate per lo stesso reato o per un reato connesso, nei confronti delle quali si procede separatamente, possono essere sentite liberamente per i fatti per i quali si procede e, ove occorra, ne può essere ordinato l'accompagnamento. Esse vengono citate osservando le norme per la citazione dei testimoni e hanno facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. In mancanza il giudice provvede a nominare un difensore di ufficio. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni concernenti l'interrogatorio dell'imputato»; «si osservano, per l'esame delle persone imputate per lo stesso reato o per un reato connesso, nei confronti delle quali si

²⁵⁷ A proposito della *ratio* sottesa all'incompatibilità a testimoniare posta dall'artt. 348, comma 3; 450, comma 1 e 465 comma 2, c.p.p. 1930, V. PERCHINUNNO, in *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, cit. p. 82, afferma: «[l]a *ratio* della norma su trascritta è da ricercarsi innanzitutto nell'impossibilità per un soggetto di assumere – non ha importanza se contemporaneamente o no, purché si tratti dello stesso procedimento o di un procedimento per reato connesso – la posizione di parte e la funzione di testimone, non solo perché, sul piano formale, l'imputato non può essere ammesso al giuramento previsto dall'art. 449 per il testimone, ma anche per il principio generale del nostro ordinamento che l'imputato – nei limiti in cui tale comportamento non costituisca reato- non è obbligato a dire il vero ed anzi può rifiutarsi di rispondere alle domande del giudice: *nemo tenetur se detegere*».

²⁵⁸ Descriveva in questi termini il divieto di assunzione della qualità di testimone da parte dell'imputato nell'ordito disegnato dalle disposizioni del codice del 1930, L. ERCOLANI, in *Incompatibilità testimoniale del coimputato e principi costituzionali*, cit. p.147.

procede separatamente, le disposizioni dell'art. 348 *bis*». A proposito delle disposizioni appena richiamate, la dottrina mostrava forti riserve. Non si comprendeva, infatti, quale qualifica giuridica dovesse assumere il soggetto chiamato a rendere il proprio contributo conoscitivo a norma di tali precetti²⁵⁹. Ci si chiedeva, infatti: «[p]uò definirsi “imputato” il soggetto interrogato in un processo, non a suo carico, nel quale l'oggetto dell'accertamento giudiziale è lo stesso reato o un reato connesso a quello che gli viene attribuito in un processo a suo carico?»²⁶⁰. La disciplina del c.d. “interrogatorio libero”, antesignana dell'attuale disciplina, ulteriormente parcellizzata, della testimonianza assistita e dell'esame di imputato in procedimento connesso, portava già con sé profili di incompatibilità col sistema delle garanzie difensive nel processo penale e con gli obblighi tipici che caratterizzavano e caratterizzano l'istituto della testimonianza. Si riteneva: «[n]on può, infatti, considerarsi “testimone” un soggetto al quale il legislatore riconosce la facoltà di farsi assistere, al momento dell'interrogatorio “libero”, da un difensore di fiducia o di ufficio, e per il quale prevede l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni relative all'interrogatorio dell'imputato»²⁶¹. Le perplessità, per altro, sorgevano anche dal raffronto dell'istituto con il disposto del terzo comma dell'art. 348 c.p.p. 1930, il quale precludeva l'acquisizione della qualità di testimone agli imputati per l'*idem factum*, ovvero, di reato connesso, quand'anche prosciolti o condannati, facendo salve le ipotesi in cui il proscioglimento fosse stato pronunciato per non aver commesso il fatto, oppure perché il fatto non sussiste. Il mero richiamo all'applicazione della disciplina dell'interrogatorio, ove compatibile, presentava, per laconicità, le medesime criticità ravvisabili con riferimento alla odierna figura del teste assistito e ai poteri riservati al

²⁵⁹ Sull'argomento, cfr. P. DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, 1978, Napoli, p. 87.

²⁶⁰ questi i termini della perplessità espressa da P. DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 87.

²⁶¹ In questi termini: P. DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 88.

difensore deputato ad assisterlo²⁶². Proprio su tale circostanza, emerge il sospetto che si tratti e si trattasse di una garanzia più formale che effettivamente dotata di contenuti. La giurisprudenza attualmente riconosce al difensore la possibilità di sollevare la questione concernente la corretta individuazione della sussistenza in capo alla persona della qualità soggettiva di testimone assistito²⁶³. L'assetto attuale della disciplina vigente in tema di dichiarazioni dell'imputato o *ex imputato* in procedimento connesso o collegato consiste in un'ibridazione delle disposizioni originali del codice Vassalli, raggiunta attraverso la riforma attuativa del c.d. "giusto processo" e la microchirurgia legislativa attuata dalla Corte costituzionale attraverso declaratorie di illegittimità²⁶⁴. Il quadro delineato dal codice del 1988, al momento della sua entrata in vigore e prima dei veri e propri attacchi demolitori cui è stato sottoposto, era particolarmente lineare. Nel corso delle indagini preliminari, il soggetto indagato che avesse reso dichiarazioni indizianti contro sé stesso o contro altri, per il sol fatto di essere sottoposto a procedimento per fatti connessi o collegati probatoriamente a quelli sui quali rendeva dichiarazioni, conservava la facoltà di non rispondere stabilita dal terzo comma dell'art. 64 c.p.p. cui il combinato disposto degli artt. 363 e 210 c. 4 c.p.p. faceva esplicito rinvio. Privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio si trovavano, pertanto, perfettamente allineati. L'art. 197, poi, nel descrivere il regime dell'incompatibilità con l'assunzione dell'ufficio di testimone, tra cui figuravano i coimputati per il medesimo reato e gli imputati in procedimento connesso secondo i criteri

²⁶² In tal proposito, «[n]on si deve dimenticare, al contrario, che a quel processo il soggetto liberamente interrogato non è estraneo. Si pensi invero al vincolo di connessione esistente tra questo e il processo che costituisce la causa del suo interrogatorio. Quel processo, pertanto, non è indifferente all'interrogando e sostanzia anche una suite quando ... viene chiamato all'interrogatorio. Rileva, pertanto, a nostro avviso, la posizione "sostanziale"; e questa è, ci sembra chiaro, tale da rientrare nell'area operativa del prefato art. 24 cost». In questi termini, sull'incompatibilità dell'istituto del libero interrogatorio con la garanzia costituzionale inviolabile rappresentata dal diritto di difesa, P. DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, cit., p. 93.

²⁶³ In argomento cfr., *ex multis*, Cass., sez. u., 25 febbraio 2010, Mills, in CED Cass, Rv 246584.

²⁶⁴ Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione normativa, si rinvia a M. MURONE, *Il regime delle dichiarazioni nel processo penale*, 2001, Milano, pp. 1, ss.

individuati dall'art. 12 c.p.p., nella sua formulazione originaria, nonché gli imputati in procedimento probatoriamente connesso a norma dell'art. 371 comma 2, lett. b) c.p.p., solamente nell'eventualità in cui fossero stati prosciolti con sentenza divenuta irrevocabile avrebbero potuto assumere la veste di testimone²⁶⁵. Soltanto quest'ultima categoria avrebbe potuto assumere la qualità di testimone, perché si riteneva che gli imputati del medesimo reato o di reato connesso o collegato, conservavano un forte interesse al silenzio quale manifestazione del diritto di difesa. Questi ultimi, infatti, «per un verso avrebbero potuto rendere dichiarazioni finalizzate ad ottenere un eventuale giudizio di revisione; per un altro verso, avrebbero potuto essere obbligati ad affermare circostanze a sé sfavorevoli, recando pregiudizio al proprio onore o alla propria reputazione processuale in sede di revisione»²⁶⁶. Va altresì dato atto del fatto che, a causa di un evidente difetto di coordinamento, con riferimento agli imputati per procedimenti collegati, l'originaria struttura dell'art. 197 c.p.p., al contrario di quanto accadeva per gli imputati per il medesimo fatto e per gli imputati di reato connesso, non specificava il momento a partire dal quale, questa categoria di persone avrebbe potuto assumere la veste di testimone. Tuttavia, il tenore letterale dell'art. 197 comma 1, lett. b) c.p.p., si sosteneva che il diritto al silenzio non potesse operare in favore di colui che fosse stato condannato o prosciolti con sentenza avente il carattere dell'irrevocabilità in un processo per un reato probatoriamente collegato²⁶⁷. Un sistema particolarmente intricato e di difficile applicazione poiché: «[l]a difficoltà che l'interprete incontra nel decifrare la disposizione dipende dal fatto che la stessa ha generato un ibrido che non individua più una categoria di soggetti sulla sola base di una determinata

²⁶⁵ Per una puntuale ricostruzione del sistema previgente, si rinvia all'opera monografica di A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, 2000, Milano, pp. 39, ss.

²⁶⁶ Così C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, 2003, Padova, pp. 40 – 41.

²⁶⁷ Cfr. A. DIDDI, *La testimonianza assistita*, cit., p. 243. In tale contesto, l'A. dà conto dell'esistenza degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in argomento, secondo cui, nel silenzio della disposizione codicistica, a tali soggetti avrebbe sempre dovuto applicarsi la disciplina inerente l'esame ai sensi dell'art. 210 c.p.p.

relazione – più o meno stretta, a seconda che si tratti di connessione o di collegamento – esistente tra il tema di prova sul quale la persona è chiamata a rendere dichiarazione e quello costituente oggetto di prova nel processo eventualmente a carico della persona stessa, come appunto avveniva in passato, bensì varie figure di dichiaranti»²⁶⁸. Queste ultime sono state individuate dalla Corte costituzionale, a far data dall’emissione dell’ordinanza n. 265 del 2004, sulla base dei differenti “stati di relazione” «rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma “estrema” del coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato»²⁶⁹.

4. La sent. Corte cost. n. 21 del 2017, il diritto all’onore ed il privilegio contro le autoincriminazioni cede ulteriormente di fronte al principio di non dispersione probatoria.

Il più recente intervento della Consulta riguardante i protagonisti del processo che ricoprono un ruolo intermedio fra quello di imputato e quello di testimone è costituito dalla sentenza n. 21 del 2017²⁷⁰. Quest’ultima, per effetto di ampi richiami alla più risalente sent. n. 381 del 2006, appare animata da argomentazioni affini a quelle sviluppate dal sommo collegio un decennio addietro. La vicenda fattuale all’origine dell’incidente costituzionale riguardava un processo a carico di più imputati, accusati di aver ceduto sostanze stupefacenti. Nel corso del dibattimento era stato sentito, in qualità di testimone assistito *ex art. 197-bis*, un imputato c.d. collegato ai sensi dell’art. 371 comma 2, lett. b) c.p.p., assolto con sentenza passata in giudicato, con la formula liberatoria “perché il fatto non

²⁶⁸ Descrive in questi termini le difficoltà introdotte nel sistema dalla l. n. 63 del 2003, A. DIDI, *La testimonianza assistita*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA, E. MARZADURI, G. SPANGHER, 2013, Torino, p. 242.

²⁶⁹ In questi termini, Corte cost. 22 luglio 2004, n. 265, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2704.

²⁷⁰ Per un puntuale commento della pronuncia di cui si va discorrendo, cfr., *ex multis*: C. CONTI, *Assolto irrevocabile per insussistenza de facto: la Consulta elimina difensore e corroboration ma la testimonianza resta coatta*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 465-471; O. MAZZA, *La testimonianza dell’imputato assolto fra verità processuale e autodifesa dell’onore*, in *Giur. Cost.*, 2017, p. 148-154.

sussiste”, mancando la prova del fatto che la provvista di stupefacente acquistata fosse diretta ad un uso differente rispetto al consumo personale. Nel procedimento che ha dato origine all’incidente di costituzionalità concernente l’art. 197-*bis* c.p.p., le dichiarazioni dell’imputato in procedimento collegato avrebbero avuto un ruolo decisivo nella corroborazione della tesi accusatoria. In particolare, nel corso delle indagini, il teste assistito aveva riferito sulle circostanze concernenti l’acquisto della sostanza stupefacente e si era sottoposto a riconoscimento fotografico degli imputati nel procedimento *a quo*. Nel caso di specie, tuttavia, risultava fattualmente impossibile procedere alla valutazione dei contenuti della prova dichiarativa unitamente ad elementi di probatori che confermassero l’attendibilità dell’*ex* imputato connesso, così come prescritto dal terzo comma dell’art. 192 c.p.p., cui fa rinvio il sesto comma dell’art. 197-*bis*. Proprio ravvisando una forte analogia con le vicende fattuali ad origine dell’incidente di costituzionalità che aveva costituito il presupposto della sentenza n. 381 del 2006, il giudice remittente aveva rilevato, rispetto all’*ex* imputato, assolto per insussistenza del fatto in procedimento probatoriamente collegato, l’inesistenza di alcuno stato di relazione tra costui e i fatti oggetto del processo in cui debba esser sentito in qualità di testimone assistito. Nell’ipotesi di specie, dunque, si ravvisava l’irragionevolezza del ricorso ad un regime di assunzione della prova dichiarativa, tipico di colui che, riferendo su circostanze utili alla ricostruzione delle vicende del processo a carico di altri, sia esposto al rischio di autoincriminarsi ed in capo a cui, di conseguenza, residuino innegabili ed importanti esigenze autodifensive. Alla luce delle due pronunce intervenute sulle formule terminative “per non aver commesso il fatto” e “perché il fatto non sussiste”, resta da interrogarsi, come già rilevato dalla dottrina²⁷¹, sullo *status* da attribuirsi a simili categorie di dichiaranti. Il riferimento è, segnatamente, agli imputati prosciolti perché il fatto non costituisce reato, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato o perché si tratta di soggetto non imputabile, non

²⁷¹ Cfr. C. CONTI, *Assolto irrevocabile per insussistenza del fatto: la Consulta elimina difensore e corroboration ma la testimonianza resta coatta*, cit., p. 468.

punibile. L'assunzione del contributo conoscitivo di queste ultime categorie di *ex-imputati* collegati rimane soggetta alla duplice garanzia dell'assistenza del difensore tecnico e degli ulteriori riscontri. Pertanto, è possibile ritenere che, la sentenza in oggetto, non solo riconosca la necessità di suddividere coloro i quali rendano dichiarazioni nel contesto del processo penale in una pluralità di categorie, che corrispondono ad altrettanti livelli di graduazione delle garanzie difensive, ma che vada ad ampliare ulteriormente lo spettro delle diverse opzioni già esistenti²⁷². Alla luce delle distinzioni introdotte dalla Consulta con le pronunce n. 381 del 2006 e 21 del 2017 che hanno imposto la differenziazione delle garanzie contro l'autoincriminazione riconosciute all'*ex* coimputato connesso, a seconda del fatto che sia stato prosciolto in virtù di una delle diverse formule terminative liberatorie possibili, deve ritenersi definitivamente accolto e consolidato un criterio di modulazione della tutela del diritto a non autoincriminarsi, in ragione della distanza dai fatti oggetto dell'accertamento penale.

5. Inesistenza di un bilanciamento adeguato fra diritti costituzionalmente garantiti. L'assottigliamento del diritto di difesa non trova una corrispettivo alla *immunity* statunitense.

L'attuale disciplina concernente l'esame del coimputato e l'esame di imputato connesso o probatoriamente collegato, attraverso una modulazione delle garanzie difensive garantite al dichiarante, in ragione del suo grado di prossimità ai fatti oggetto di imputazione, vorrebbe operare un bilanciamento tra diritti di rango costituzionale. Abbiamo osservato come venga profondamente esposto al rischio di grave pretermissione il diritto all'autodifesa passiva del dichiarante coatto su fatti che, pur con vari possibili livelli di intensità, lo espongono al rischio di render confessione in causa propria. Questa compressione del diritto di difesa dovrebbe trovare giustificazione nel contrapposto diritto

di difesa dell'imputato nel processo in cui le dichiarazioni debbano essere acquisite, nel diritto al confronto con l'accusatore e nella garanzia della formazione della prova nel contraddittorio innanzi al giudice naturale terzo ed imparziale. Non si tratta di un confronto a richiesta dell'interessato, bensì di un confronto forzato, *vis à vis*, con chi abbia reso dichiarazioni nella fase delle indagini o nel processo a proprio carico antecedentemente definito. Le dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento da queste categorie di soggetti non dovrebbero costituire oggetto di preoccupazione alcuna per l'imputato in un processo in cui trovasse applicazione effettiva il principio di separazione tra le fasi, anch'esso posto a presidio della garanzia del contraddittorio nella formazione della prova. La prassi applicativa ha dimostrato come l'istituto, al di là delle dichiarazioni di principio che ne hanno accompagnato l'adozione, non sia posto a presidio del diritto al confronto, bensì abbia la finalità eterogenea di agevolare grandemente l'assolvimento dell'onere della prova²⁷³ da parte del pubblico ministero nei procedimenti con pluralità di imputati, specie in quelli per criminalità organizzata, ove sovente si verifica una ritrosia a riferire sulle circostanze indizianti anche in dibattimento. La vera finalità dell'istituto appare ancor più evidente ove si consideri che la facoltà di citare queste categorie particolari di dichiaranti non è riconosciuta dal codice di rito esclusivamente in capo all'imputato che voglia, per l'appunto, confrontarsi con chi abbia reso dichiarazioni sulla sua responsabilità, ledendo, per altro, anche il suo onore e garantendo, in ossequio al principio della c.d. parità delle

²⁷³ Del medesimo avviso, in dottrina, G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, cit., p. 249. L'Autore sostiene, infatti: «la disciplina ... che trasforma l'imputato in testimone (sul fatto altrui anche se sostanzialmente collegato al proprio), sia particolarmente funzionale all'interesse dell'accusa di ridurre, attraverso la minaccia della sanzione penale prevista per i testi che non adempiano all'obbligo di presentarsi e di deporre secondo verità, il pericolo che vada disperso quanto unilateralmente acquisito in precedenza». Cfr. anche V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 340. L'Autrice si interroga espressamente sulle finalità perseguite dalla l. n. 63 del 2001 affermando: «[o]ccorre allora chiarire se attraverso la legge n. 63 del 2001 si sia realmente mirato ad assicurare la controesaminabilità di chi rende dichiarazioni a carico o si sia invece, come da più parti sostenuto, conseguito l'obiettivo di evitare la perdita del patrimonio investigativo, compiendo, in buona sostanza un percorso, dalla sentenza della Corte cost. n. 254 del 1992 alla legge di attuazione del "giusto processo"».

armi²⁷⁴ il diritto al controesame all'accusa. Non costituirebbe neppure un'eccezione al contraddittorio nella formazione della prova la mancata opzione per la citazione del chiamante in correità, del resto, resta espressione dell'esercizio dell'inviolabile diritto di difesa, costituzionalmente garantito, il rifiuto di escutere in dibattimento un teste o un imputato su circostanze sfavorevoli, ove tale sapere, ben potrebbe restare circoscritto al dominio delle indagini preliminari, come spunto investigativo. In assenza dei meccanismi coatti di superamento della reticenza dibattimentale, nell'impossibilità di recuperare, sotto forma di letture il sapere sfruttato dagli investigatori per costruire l'impianto accusatorio non vi potrebbe esser lesione del contraddittorio in caso di mancata richiesta di audizione nella lista di cui all'art. 468 c.p.p., dell'imputato in procedimento connesso o collegato o dell'imputato per il medesimo fatto che abbia già visto la propria posizione processuale definita. Come rilevato in dottrina, «[i]n un sistema in cui la scelta di tacere del correo importi come unica conseguenza la mancata assunzione della prova, non si vede quale pregiudizio possa lamentare la difesa di fronte al dissolversi degli elementi che il pubblico ministero intendeva porre alla base della ricostruzione dei fatti»²⁷⁵. La richiesta, invece, compete anche alla parte pubblica, che non di rado coincide con il soggetto portatore del maggior interesse alla prova delle circostanze su cui i testimoni assistiti o le persone imputate in procedimento connesso possano riferire. Dal momento che, il diritto alla citazione di questi particolari dichiaranti spetta anche all'accusa, è forse più opportuno

²⁷⁴ Sul rapporto tra principio del contraddittorio e parità delle armi, cfr. O. MAZZA, v. *Contraddittorio*, in *Enc. Dir.*, cit., p. 249. L'A. afferma: «essenziale per la celebrazione del contraddittorio processuale è che le parti siano poste in condizioni di parità. Con questa locuzione la Costituzione non ha ovviamente inteso sancire la perfetta uguaglianza o anche solo la simmetria fra le parti. Le posizioni soggettive nel processo penale sono così differenziate che sarebbe impossibile postularne la parità. Basti pensare che il Pubblico Ministero è una parte pubblica dotata di poteri autoritativi preclusi alla difesa, oppure alla posizione del difensore che deve agire nell'interesse esclusivo del suo assistito. La parità sancita dall'art. 111 comma 2 Cost. postula, invece, che nel momento del confronto dialettico processuale sia riconosciuta la "parità delle armi", nel senso che i rispettivi poteri e i doveri siano reciprocamente controbilanciati».

²⁷⁵ Così, A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, cit., p. 7.

parlare di obbligo al confronto. Quand'anche si volesse rinvenire la giustificazione di tali disposizioni nel nostro sistema di procedura penale, attraverso la virata in direzione del recepimento del modello *adversary*²⁷⁶, il paragone non risulterebbe pertinente. Come già osservato, il contraddittorio nel procedimento statunitense si instaura per garantire la parità delle armi, nell'ipotesi in cui il dichiarante abbia scelto di rendere testimonianza e non forzatamente. Sul rapporto tra metodo del contraddittorio e assunzione coatta della qualità di testimone da parte del testimone assistito, la dottrina ha osservato che il sistema di procedura penale risulta edificato su fondamenta malferme ogniqualvolta: «contraddittorio e “ricerca della verità”, non essendo termini che denotino l'uno lo strumento essenziale dell'altro, sono potenzialmente antinomici e, quando l'antinomia si verifica, la verità va comunque accertata; ad assicurare ciò è deputato il metodo autoritativo, quello che nelle indagini preliminari ha consentito al pubblico ministero di realizzare certi risultati, che dunque debbono diventare prove nel dibattimento»²⁷⁷. A tal riguardo, non costituisce una mera casualità il fatto che la sent. n. 255 del 1992²⁷⁸, provvedimento in cui la Consulta aveva affermato la presenza nell'ordinamento di un principio di non dispersione della prova, abbia operato riferimento all'art. 513 c.p.p. e, in particolare, alla parte riguardante il recupero dei verbali delle dichiarazioni delle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. nell'ipotesi in cui fosse stato opposto il silenzio, secondo il principio *nemo tenetur se detegere*. Tale disposizione era infatti funzionale alla costruzione della tesi della

²⁷⁶ Con riferimento al principio del contraddittorio e delle sue eccezioni è sostenuto come «il processo d'oltre oceano incarna più di ogni altro il modello *adversary* di amministrazione della giustizia penale ed è quindi il più idoneo come metro di valutazione dell'aderenza effettiva e non solo formale ad esso dei sistemi che ambiscono ad ispirarvisi; inoltre, anticipando di oltre due secoli le scelte del legislatore italiano del 1999, eleva a livello costituzionale la normativa in materia». In questi termini, V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in A.A.V.V., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, 2009, Torino, p. 41.

²⁷⁷ Così, O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, cit., p. 83.

²⁷⁸ Per un approfondimento critico sul provvedimento della Consulta e una ricognizione degli altri arresti che ne hanno anticipato e successivamente meglio specificato la portata del principio, specie con riferimento ai poteri conferiti al giudice dall'art. 507 c.p.p., cfr. G. DI CHIARA, *“Giusto processo”, “giusta decisione” e riti a prova contratta*, in A.A.V.V., *Il giusto processo*, 1998, Milano, p. 227.

sussistenza dell'immanenza del principio di non dispersione probatoria nell'ordinamento²⁷⁹. Alla luce delle considerazioni appena svolte, è possibile sostenere che all'epoca dell'entrata in vigore del codice Vassalli, «le scelte del pubblico ministero dovevano essere molto accorte. Si trattava di evitare che nel dibattimento si perdesse il contenuto di chiamate in correità o in reità; il che era da paventare per il caso in cui il chiamante, dopo le indagini preliminari, vedesse la propria sorte processuale disgiungersi da quella del chiamato grazie al suo accesso al patteggiamento o al giudizio abbreviato oppure in conseguenza del fatto che il giudizio a suo carico avesse a celebrarsi separatamente»²⁸⁰. Si tratta di preoccupazioni non più attuali a fronte delle complesse vicende modificative di cui è stato protagonista l'impianto originario del codice. Volendo esprimere una sintesi tra il sistema italiano e quello statunitense in punto di confronto con l'accusatore è possibile affermare che, in quest'ultimo, il confronto ha il medesimo senso della disposizione di cui all'art. 526 c.p.p. Viene in rilievo, in particolare, il divieto per il giudice di pronunciare una sentenza di condanna sulla base delle dichiarazioni rese da chi abbia rifiutato il confronto, ossia il controesame da parte della difesa dell'imputato e non l'obbligo all'esercizio del contraddittorio su elementi conoscitivi che dovrebbero esser coperti da inutilizzabilità di tipo fisiologico²⁸¹, come la disciplina della testimonianza assistita impone.

²⁷⁹ In argomento, O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, cit., p. 93. L'ipotesi relativa alle letture concernenti le dichiarazioni dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., segnava un punto di non ritorno, poiché: «la deroga al metodo di formazione dialettica della prova (oralità, contraddittorio e immediatezza) è totale e molto grave. Essa costituisce in effetti il punto più critico del tema in esame e richiede una trattazione *ex professo* poiché è proprio dalla sua analisi che occorre ripartire per una radicale messa in discussione di tutto quanto è avvenuto sotto l'egida della “non dispersione probatoria”».

²⁸⁰ *Idem*, p. 98.

²⁸¹ Si tratta, tuttavia, di una posizione non condivisa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, ancora saldamente ancorata all'accertamento della verità nel contesto del sistema processuale misto disciplinato dal codice Rocco, intervenendo incisivamente sulle fondamenta del nuovo codice aveva precisato: «ad un ordinamento costituzionale che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma è prima di tutto improntato alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed al principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolano in

CAPITOLO IV

IMMUNITÀ E RIFLESSI SISTEMICI PROBLEMATICI: PARITÀ DELLE ARMI, E INUTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI AUTOINCRIMINANTI DELL'IMPUTATO IN PROCEDIMENTO COLLEGATO O CONNESSO NEL SISTEMA STATUNITENSE ED ITALIANO.

SOMMARIO: 1. Parità delle armi e *defense witnesses' immunity*. - 2 Il caso Iran-Contra, Oliver North, la *probatio* diabolica della *independence of sources*. 3. Inutilizzabilità nel regime dei *grants of immunity* ed inutilizzabilità *ex art. 197-bis c. 5, c.p.p.*

1. Parità delle armi e *defense witness' immunity*.

Il regime delle immunità tipiche e atipiche descritto nel capitolo precedente ha dei riflessi notevoli sull'equità del processo. Il potere concesso all'accusa di assicurare la formazione della prova dichiarativa utile alla corroborazione della propria tesi in dibattimento non è controbilanciato da uguali armi processuali nelle mani della difesa, la quale, non ha alcuno strumento per disincentivare l'opposizione del privilegio contro le autoincriminazioni da parte dei potenziali testimoni a discarico. L'asimmetria della costruzione dell'istituto

modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione». Questa la posizione assunta nella sent. n. 241 del 1994, in Giur. cost. 1994. p. 1982, con nota di Cenci. Del medesimo avviso è anche autorevole dottrina, che ha affermato: «l'alternativa, evidentemente, sarebbe quella di rassegnarsi ad ammettere che, in simili ipotesi, l'ordinamento rinunci ad attuare il principio della formazione dialettica della prova (con la corrispondente "dispersione" delle dichiarazioni accusatorie precedentemente acquisite senza contraddittorio), in nome della tutela di un diritto al silenzio dell'imputato dichiarante che, essendo riferito a fatti concernenti l'altrui responsabilità, sarebbe però sprovvisto di giustificazioni plausibilmente riconducibili alla garanzia del suo diritto di difesa». In questi termini, V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale tra ("ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, 2000, Milano, pp. 343 – 344.

dell'immunità suscita forti perplessità. Non può negarsi che la garanzia scolpita nel sesto emendamento, nel prevedere il *right «to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor»*, parrebbe di chiarezza tale da non lasciare adito ad equivoci quanto ad accessibilità dell'istituto. La dottrina sostiene da lungo tempo e con forza la legittimità costituzionale di eventuali richieste di concessione di immunità per il *cofelon* che possa testimoniare su circostanze favorevoli all'imputato. Una simile conclusione appare coerente, per assonanza, anche con il dovere generale posto all'accusa di offrire in *discovery* le emergenze investigative favorevoli alla difesa. L'importanza di tale ampliamento del regime delle immunità processuali appare di immediata comprensione attraverso le esemplificazioni formulate in dottrina: «[I]et's consider a simple situation - a single defendant truthfully claiming that she is innocent and that another specific person committed the crime - and trace the sequence of events that would most likely follow in a criminal trial. Defendant subpoenas the guilty party to testify at her trial, in accordance with her explicit Sixth Amendment right to "comp[el]" the production of "witnesses in [her] favor." The guilty witness notifies defense counsel before trial that he will refuse to testify, invoking his Fifth Amendment privilege not to be "compelled" to be a "witness" against himself. After defense counsel informs the judge of the witness's intent, the judge conducts a hearing to determine whether the witness may assert the privilege. At the hearing, the witness refuses to answer questions. This refusal, combined with other evidence the defense has discovered suggesting the witness's guilt, convinces the judge that the witness might incriminate himself were he to testify truthfully. The court therefore holds that the witness may assert the privilege. Faced with the witness's silence, the defendant begs the prosecution to grant the witness immunity to compel him to testify. Note the imbalance of power here. While the prosecution can freely grant immunity and compel witnesses to testify, the defense has no such power. At a minimum, one might have thought the defendant's explicit Sixth Amendment right of compulsory process should put her on a level playing field with the prosecution; if the prosecutor is empowered to subpoena a reliable

*witness, the defendant should be so empowered*²⁸². Del resto, un passo decisivo in direzione del raggiungimento della parità delle armi era già stato compiuto con la sentenza *Washington v. Texas*²⁸³. Con tale pronuncia, la Corte suprema aveva affermato l'illegittimità delle disposizioni legislative statali che impedissero di ottenere la presenza coatta finalizzata alla garanzia della possibilità di assunzione della testimonianza del coimputato su circostanze favorevoli, ritenendole lesive della c.d. *Compulsory Process Clause*²⁸⁴ richiamata poco sopra. Nel caso di specie, il supremo collegio aveva affermato che il potere dell'accusa di ottenere la citazione e l'accompagnamento coattivo dei testimoni non riguardasse esclusivamente coloro che dovessero rendere dichiarazioni *contra reum*, bensì, l'uso legittimo della forza dovesse poter trovare impiego anche per rendere effettivo il diritto dell'imputato di assumere la testimonianza su circostanze favorevoli. Ma la garanzia della presenza fisica del teste in aula non è di per sé una garanzia efficace²⁸⁵. Di fronte all'opposizione del privilegio previsto dal quinto emendamento, la

²⁸² Sono queste le parole utilizzate per descrivere icasticamente l'impasse in cui si trova la difesa dell'imputato nel contrastare efficacemente la tesi accusatoria da A. R. AMAR, R. B. LETTOW, in *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, 93 Mich. L. Rev. 857 (1994-1995).

²⁸³ *Texas v. Washington* 388 U.S. 14 (1967).

²⁸⁴ Si noti la completa assonanza di quest'ultima con le garanzie previste dall'art. 6 c.3, lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale assicura il diritto di ogni accusato di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

²⁸⁵ Come osservato in dottrina sull'insufficienza del c.d. *subpoena* a garantire la formazione della prova: «[b]y its very wording the compulsory process clause places upon the state certain affirmative duties in securing the testimony of witnesses in the defendant's behalf. In most cases, the state meets this affirmative obligation by employing its subpoena power to compel defense witnesses to appear at the trial. By making this power available to the defendant, the state usually ensures him the opportunity to present fully his side of the story to the trier of fact. But a subpoena alone is not always sufficient to compel the testimony of witnesses». Così Note, *The Sixth Amendment Right to Have Use Immunity Granted for Defense Witnesses*, 91 Harv. L. Rev. 1266 (1977-1978). Come si rileva in Comment, *Defense Immunity and the Right to a Fair Trial*, 129 U. Pa. L. Rev. 377 (1980): «[t]he notion that a defendant has a right to defense was born in a footnote fourteen years ago. Since then, commentators have strongly supported the right, but most courts have been reluctant to order immunity for a defense witness in the absence of prosecutorial misconduct». Ed ancora, R. R. INGRAM, in *A Clash of Fundamental Rights: Conflicts Between the Fifth and Sixth Amendments in Criminal Trials*, 5 Wm. & Mary Bill Rts. J. 299 (1996), sostiene: «[t]he Sixth Amendment's guarantee of compulsory process ideally should give a defendant, who

difesa incontra le medesime insormontabili difficoltà ben conosciute già dall'epoca coloniale e che condussero all'introduzione della *statutory immunity*, prima nella sua dimensione omnicomprensiva costituita dalla *transactional immunity* e, successivamente, circoscritta negli anni '70 nella forma *use and derivative use*²⁸⁶. La necessità di fornire ad entrambe le parti i medesimi strumenti di immunizzazione del teste dalle conseguenze della rinuncia *al nemo tenetur se detegere* per ottenere la formazione della prova dichiarativa conosce un autorevole precedente nella sentenza sul caso *Earl v. United States*²⁸⁷, emessa dalla *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*. La decisione è stata poi assunta a modello da altre corti superiori in diversi Stati. Sebbene riconoscendo che solamente all'accusa spetti il potere di ottenere coattivamente la presenza e la testimonianza del soggetto ed "immunizzato", nella *pars motiva*, la Corte aveva adombrato la possibilità di concedere alla difesa di conferire ad un teste lo speciale regime contro le autoincriminazioni ove la procura avesse fatto altrettanto²⁸⁸, pur senza argomentarne compiutamente i fondamenti costituzionali. La Corte Suprema non ha mai dimostrato sensibilità per una simile prospettiva. Eppure, tanto la *Compulsory Process Clause*²⁸⁹, quanto il privilegio contro l'autoincriminazione²⁹⁰ si ritengono, indiscutibilmente, diritti di rango costituzionale. La Suprema Corte ha sempre sistematicamente evitato di stabilire la

is presumed innocent until proven guilty, at least as much access to governmental means for obtaining testimony as the prosecution possesses. Thus, several commentators and a few courts have argued that compulsory process should allow defendants access to the key prosecutorial tool for obtaining the self-incriminating, and perhaps exculpatory, testimony of witnesses-witness immunity».

²⁸⁶ Cfr., *U.S. Code* 18. §6002 ss.

²⁸⁷ *Earl v. United States*, 361 F.2d 531, 534 n.1 (D.C. Cir. 1966), *cert. denied*, 388 U.S. 921 (1967).

²⁸⁸ Sul punto, anche la giurisprudenza successivamente scaturita da *Earl v. United States*, 364 F.2d 531, 534 (D.C. Cir. 1966) *cert. denied*, 388 U.S. 921(1967); *United States v. Alessio*, 528 F.2d 1079, 81-82 (9th Cir.), *cert. denied*, 426 U.S. 948 (1976); *United States v. Bautista*, 509 F.2d 675, 677 (9th Cir.), *cert. denied*, 42X U.S. 976 (1975); *United States v. Ramsey*, 503 F.2d 524, 533 (7th Cir. 1974), *cert. denied*, 420 U.S. 932 (1975).

²⁸⁹ Contenuta nel sesto emendamento.

²⁹⁰ Enunciato nel quinto emendamento.

preminenza alla *Compulsory Process Clause* sul *privilege against self-incrimination*, anche se, come dalla stessa ammesso, la garanzia dell'immunità possa in linea teorica elidere le potenziali lesioni al privilegio ed un processo privo di una prova decisiva possa condurre a risultati altamente *unfair* per l'imputato. Ragionando sulla possibilità di applicare alla questione concernente la *defense witnesses' immunity* la medesima *ratio* della giurisprudenza sugli obblighi posti all'accusa di rendere accessibili potenziali prove a discarico alla difesa, si è osservato che: «[t]he due process obligation of Brady has been held not to apply, for that duty extends only to the disclosure of evidence in the government's possession, not the extraction of evidence from others»²⁹¹. Dunque la procura non sembrerebbe investita di quegli stessi obblighi di facilitazione dell'amministrazione della giustizia che contraddistinguono, almeno in via di principio, l'esercizio della funzione requirente nel sistema processuale italiano²⁹². Si tratta, a ben vedere, di una ulteriore situazione di frizione tra i diritti scolpiti nel quinto sesto emendamento²⁹³, ossia tra *Compulsory Process Clause* dell'imputato, *privilege against self-incrimination* del coimputato o, più in generale, del teste, ma anche di una patente violazione dell'equità richiesta dalla *Due Process of Law Clause* contenuta nel quinto e ribadita nel quattordicesimo emendamento. Appare difficile, già soltanto a livello concettuale, riuscire ad affermare il carattere di un processo ove la possibilità di formare la prova appaia

²⁹¹ Così W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth edition*, 2017, p.1386.

²⁹² L'art. 358 c.p.p. stabilisce, infatti: «[i]l pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 c.p.p. e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini».

²⁹³ Sul punto cfr. *Note, The Sixth Amendment Right to Have Use Immunity Granted for Defense Witnesses*, 91 Harv. L. Rev. 1266 (1977-1978), in cui gli A. sostengono: «[t]he Supreme Court has deemed both the compulsory process and the fifth amendment rights fundamental, and the Constitution itself provides no indication that one of the rights should be subordinated to the other. Just as it would be unfair to deny the witness his fifth amendment privilege in order to protect the defendant's right to present testimony, it seems unfair to place the entire cost of sustaining the witness' right upon the defendant».

gravemente sbilanciata²⁹⁴. Né potrebbe agevolmente sostenersi che la mancata introduzione della testimonianza dirimente per provare l'innocenza dell'accusato sia una *harmless violation* dei suoi diritti processuali e che il procedimento si possa ritenere equo nel suo complesso. Considerato l'attuale stato di divisione tra le corti federali dei diversi stati in punto di concessione di immunità anche ai testi a difesa, un intervento chiarificatore della Corte Suprema appare più che mai necessario²⁹⁵. Alcune giurisdizioni a livello statale, infatti, ammettono l'"immunizzazione" del testimone a discarico in circoscritte e gravi ipotesi, prevalentemente legate alla mala fede da parte dell'organo d'accusa nell'esercizio

²⁹⁴ Sull'iniquità della disparità delle armi, cfr. *Note, The Sixth Amendment Right to Have Use Immunity Granted for Defense Witnesses*, 91 Harv. L. Rev. 1266 (1977-1978): «[I]n the adversary context, the unfairness results from the fact that the state alone is able to determine whether it is to its advantage to make the immunity power available to itself and to the defendant». Contra, argomentando sulle ripercussioni dell'offerta di immunità al teste della difesa come escamotage per proteggere i coimputati dall'azione penale, si segnalano le osservazioni svolte da: J. G. DOUGLASS in *Confronting the Reluctant Accomplice*, 101 Colum. L. Rev. 1797 (2001). L'A. osserva: «[t]he principal reason for opposing defense-witness use immunity does not apply in most cases of reluctant accomplice hearsay. In other contexts, if defendants routinely could immunize their witnesses, then they would have the power to grant "immunity baths" to their friends and coconspirators. Their choices undoubtedly would conflict with the prosecutor's power to choose whom to charge, when to charge, and what to charge». Una simile impostazione è ritenuta condivisibile ove per *immunity* si intenda la sua accezione più vasta di *transactional immunity*, laddove, invece, la garanzia contro l'uso della testimonianza e delle prove raccolte in conseguenza della medesima permetterebbe il raggiungimento dell'equilibrio rappresentato dalla parità delle armi nel processo accusatorio. In proposito, A. R. AMAR, in *The Future of Constitutional Criminal Procedure*, 33 Am. Crim. L. Rev. 1123 (1995-1996) n. 51, rileva: « [b]ecause current Fifth Amendment immunity is so broad, the government enjoys the right to immunize any witness, but defendants do not. (Otherwise a defendant could give all his partners in crime a powerful immunity bath.) With a narrower immunity rule in place, defendants could play on a level immunity field with the government».

²⁹⁵ La dottrina ritiene assolutamente indispensabile che la questione di legittimità costituzionale sia devoluta alla Corte Suprema utilizzando il parametro della *compulsory process* clause contenuta nel sesto emendamento. In argomento: R. R. INGRAM, in *A Clash of Fundamental Rights: Conflicts Between the Fifth and Sixth Amendments in Criminal Trials*, 5 Wm. & Mary Bill Rts. J. 299 (1996) ha sostenuto: «[p]roviding grants of immunity to certain defense witnesses will help ensure that prosecutors cannot prevent the trier of fact from hearing exculpatory testimony. Because the federal circuits are split regarding defense, this issue is ripe for Supreme Court review. In order to ensure lasting protection of defendant's rights, the Court, and the lower courts that address the issue, should base defense on Sixth Amendment compulsory grounds. This grant could help prevent the tragedy that may exist in those jurisdictions not recognizing defense the tragedy of punishing unjustly accused defendants for crimes that they did not commit».

delle proprie prerogative. Il riferimento è a casi che la nostra dottrina ricondurrebbe al *genus* abuso del processo. L'alternativa tra *dismissal* del processo o concessione dell'immunità viene infatti prospettata dal giudice alla procura laddove «*the government has engaged in discriminatory use of immunity to gain a tactical advantage, the winneses's testimony is "material, exculpatory, and not cumulative and the testimony is unobtainable from any other source"*»²⁹⁶. Ad ogni modo, questi correttivi alla disparità delle armi, non facendo parte delle disposizioni federali che regolano lo svolgimento del processo restano rimedi isolati e non sistemici. La loro natura eccezionale non può che essere fonte di ulteriore perplessità, poiché fortemente connessi alla discrezionalità del giudice in un sistema *adversarial* in cui l'istruzione probatoria dovrebbe essere, invece, appannaggio esclusivo delle parti.

2. Il caso Iran-Contra, Oliver North, la *probatio* diabolica della *independence of sources*.

Nel 1978, all'indomani dello scandalo Watergate, il Congresso²⁹⁷ diede vita allo *United States Office of Independent Counsel*²⁹⁸, un organo distinto dall'*U. S. Attorney General* incardinato presso il dipartimento di Giustizia. La riforma ha istituito la figura di un procuratore speciale, caratterizzato da forte indipendenza e competente per le indagini ordinate dal Congresso o dall'*Attorney General* a carico di individui che rivestissero o

²⁹⁶Cfr. Così W. R. LAFAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure, Sixth edition*, 2017, p.1386, citando la giurisprudenza *United States v. Bahandar*, 954 F.2d 821 (2d Cir. 1992) e *United States v. Ballistrea* 101 F. 3d 827 (2d Cir. 1996). Anche l'*U.S. Attorney Manual* §9-23.214 Descrive in termini di privazione di un giusto processo la mancata concessione di immunità al teste a discarico la cui testimonianza sia dirimente, ma tali disposizioni restano relegate al mondo della deontologia professionale e non assurgono a canone basilare per la celebrazione di un processo compiutamente accusatorio. In dottrina, cfr. I. CALAMANDREI, *La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 243.

²⁹⁷ 28 U.S.C. § 595.

²⁹⁸ L'organismo è stato abolito nel 1999 e le sue funzioni sono state assunte dall'attuale *U.S. Department of Justice Office of Special Counsel*.

avessero rivestito alte funzioni pubbliche²⁹⁹. Oliver North, alto esponente del Consiglio Nazionale per la Sicurezza fu sottoposto ad indagini ed interrogato innanzi al Congresso per vicende inerenti il traffico di armi verso l'Iran ed il supporto economico a gruppi di miliziani ribelli in Nicaragua. Venne interrogato da una commissione bicamerale appositamente istituita dal Congresso³⁰⁰. La videoregistrazione delle dichiarazioni rese da North in regime di immunità venne trasmessa televisivamente. Ciò, segnatamente, in quanto tra le funzioni assolte dall'istituzione delle commissioni bicamerali è ricompresa quella di informare la nazione sulle attività illecite delle massime sfere dell'amministrazione. Proprio a causa della divulgazione su scala nazionale delle dichiarazioni rese da North al congresso la condanna emessa in primo grado venne riformata dalla corte di appello. In seconde cure, infatti, venne accolto il ricorso presentato dai legali di North, in cui si sostenne che la trasmissione della sua testimonianza da parte delle emittenti nazionali avesse irrimediabilmente compromesso e reso inutilizzabili, grazie all'effetto di propagazione dell'inutilizzabilità alle prove presentate dall'accusa nel processo a suo carico. Coloro i quali resero testimonianza nel suo processo ebbero modo di apprendere le sue dichiarazioni dai *mass-media* e di essene influenzati dai contenuti. Per questo, non si ritenne superato il *test* della derivazione da fonti indipendenti dalla

²⁹⁹ In argomento, per una analisi costi-benefici della creazione di organi di indagine speciali, con competenza ad investigare ed esercitare i poteri della pubblica accusa nei confronti di alti dirigenti pubblici, cfr. C. R. SUNSTEIN, *Bad Incentives and Bad Institutions*, 86 Geo. L.J. 2267 (1997-1998), *passim*.

³⁰⁰ Ai sensi del *U.S. Code* 18. §6002, il Congresso è uno degli organi autorizzati dalla legge federale a conferire immunità al testimone che manifesti la volontà di opporre il privilegio contro l'autoincriminazione. Le disposizioni prevedono, infatti: «[w]henever a witness refuses, on the basis of his privilege against self-incrimination, to testify or provide other information in a proceeding before or ancillary to (1) a court or grand jury of the United States, (2) an agency of the United States, or (3) either House of Congress, a joint committee of the two Houses, or a committee or a subcommittee of either House, and the person presiding over the proceeding communicates to the witness an order issued under this title, the witness may not refuse to comply with the order on the basis of his privilege against self-incrimination; but no testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information) may be used against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order».

testimonianza. Le audizioni innanzi al Congresso non hanno uno scopo omologo alla testimonianza innanzi al *grand jury* o alla giuria in dibattimento, ma si assolvono un prevalente onere di informazione e di garanzia della trasparenza dell'operato dell'apparato amministrativo³⁰¹. L'informativa nelle udienze innanzi al Congresso crea una forte frizione tra privilegio contro l'autoincriminazione del dichiarante ed interesse pubblico all'accertamento dei reati da parte del potere giudiziario e al controllo sull'operato delle massime cariche della pubblica amministrazione. La testimonianza coattiva, in questa sede, ha uno scopo che può esser finanche orientato all'avvio di riforme delle disposizioni regolanti il funzionamento dell'apparato statale, perché permette al legislatore di far luce sulle patologie della funzione pubblica. Considerata la garanzia di immunità concessa e la successiva riforma della sentenza in appello, il Colonnello North non potrà mai più essere processato per i fatti illeciti inerenti lo scandalo Iran-Contra, in virtù della protezione offerta dalla *double jeopardy rule*. Con riferimento a queste particolari tipologie di immunità, la dottrina ha osservato come lasciare alla procura il tempo necessario per raccogliere prove indipendenti sia di vitale importanza per non sacrificare del tutto il successivo accertamento dei reati eventualmente commessi. L'assunzione delle dichiarazioni a ridosso dell'avvio del procedimento penale a carico del dichiarante avrebbe, infatti, la conseguenza pratica di mandare esente da punizione l'accusato, impedendo la celebrazione del processo, tanto quanto l'abrogato regime di immunità di tipo *transactional*. Risulta così sacrificato il bilanciamento tra sacrificio del privilegio contro le autoincriminazioni e interesse pubblico all'amministrazione della giustizia penale operato dalla Corte Suprema nella sentenza *Kastigar v. United States* e si determina la creazione di vere e proprie illegittime sacche di impunità³⁰².

³⁰¹ Per una trattazione diffusa dell'argomento, si rinvia a R. S. GHIO, *The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use-Immunity*, 45 Stan. L. Rev. 229 (1992-1993).

³⁰² Osserva R. S. GHIO, in *The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use-Immunity*, cit.: «[u]se and derivative use immunity was born out of political pressure to get tough on crime and allow the prosecution of witnesses who testified of wrongdoing. Congress enacted, and the Supreme Court upheld, 18 U.S.C. §

3. Inutilizzabilità nel regime dei *grants of immunity* ed inutilizzabilità *ex art. 197-bis c. 5, c.p.p.*

La sentenza *Kastigar*³⁰³, nel ridefinire i confini dell'istituto dell'immunità, riducendola al minimo indispensabile per neutralizzare le conseguenze pregiudizievoli ipoteticamente derivanti dalla rinuncia all'esercizio del privilegio contro l'autoincriminazione, ha contemporaneamente introdotto una regola di esclusione probatoria. A differenza della più vasta protezione offerta dalla *transactional immunity*, ancora garantita a livello statale in diverse giurisdizioni, la *use and derivative use immunity* non preclude di per sé l'instaurazione di un procedimento penale a carico del coimputato il cui contributo conoscitivo si vuole assumere nel processo principale. La collaborazione processuale attuata secondo le disposizioni contenute nel *Witness Immunity Act* adottato a livello federale nel 1970 non comporta, dunque, una garanzia di immunità penale totale, ma modifica radicalmente l'assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'accusa nel processo a carico del dichiarante. Non solo la colpevolezza di costui deve, come in ogni altro procedimento penale che non si concluda con un *guilty plea*, esser provata oltre ogni ragionevole dubbio, ma tale livello di certezza deve essere ottenuto dimostrando che il raggiungimento della certezza processuale sia stato raggiungibile inferendo la

6002, a statute which, in the context of congressional investigations, not only relieves Congress of any incentive to make immunity decisions cautiously, but also compromises the principles that are the cornerstone of the Fifth Amendment. The Supreme Court should act decisively to ensure that the Bill of Rights enters its third century with the shield against self-incrimination intact. Central to this task, the Court must reconsider and overrule Kastigar, striking down use and derivative use immunity as an unconstitutional compromise of the rights of the accused».

³⁰³ Cfr. *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 461-462 (1972).

colpevolezza da elementi di prova del tutto indipendenti dalla testimonianza³⁰⁴. Quanto dichiarato nel processo a carico dell'imputato non soltanto non è utilizzabile nel processo a carico del teste immunizzato, neppure a scopo di *impeachment*³⁰⁵, ma il vizio dell'inutilizzabilità si propaga ed inficia l'ammissibilità di ogni altra prova raccolta dalla procura assumendo le dichiarazioni come spunto investigativo. Si tratta, in definitiva, di una delle applicazioni della teoria processualpenalistica dei frutti dell'albero avvelenato. Esiste un interesse strategico, per la difesa, nella ricerca della negoziazione di un accordo concernente la testimonianza del proprio assistito prima che il *prosecutor* abbia avuto modo di costruire un impianto probatorio particolarmente consistente a carico dell'indagato. In questo modo, si renderà indubbiamente più onerosa per l'accusa tanto la ricerca, quanto la prova dell'indipendenza dalle propalazioni delle risultanze investigative successivamente reperite³⁰⁶. Proprio per determinare l'utilizzabilità delle prove raccolte dall'accusa nel processo a carico del coimputato-testimone, è prassi accolta da numerosi sistemi statali la celebrazione di un'udienza nel contraddittorio tra le parti, c.d. "*taint hearing*"³⁰⁷. La difesa, ove rilevasse la violazione del *test* imposto dalla giurisprudenza

³⁰⁴ Sull'aggravio dell'onere della prova in capo all'accusa nel processo a carico del coimputato-testimone, J. DRESSLER – A.C. MICHAELS, in *Understanding Criminal Procedure, Fourth Edition*, V.2, *Adjudication*, 2006, p. 275, argomentando sull'eredità della giurisprudenza sul caso *Kastigar*, affermano: «[i]f the government does decide to prosecute a previously immunized witness, it bears "the heavy burden of proving that all the evidence it proposes to use was derived from legitimate independent sources"».

³⁰⁵ Sul punto, si veda quanto affermato dalla Corte Suprema nella sentenza sul caso *New Jersey v. Portash*, 440 U.S. 450 (1979).

³⁰⁶ Cfr. T. D. SCANDURRO, *Immunity*, 24 Am. Crim. L. Rev. 839 (1986-1987). Sulla rilevanza del fattore tempo nella scelta di offrire la propria testimonianza in regime di immunità per ottenere riflessi strategicamente favorevoli nel procedimento a proprio carico, l'A. afferma: «[t]iming is crucial. If all potential defendants are equally culpable, the government may confer immunity on the one who reaches the courthouse first. Counsel will attempt to secure immunity before the government can construct a strong case against his client, but only after the government has recognized the need for his client's evidence. Counsel must convince the prosecutor that the witness can provide useful information, while keeping the witness' involvement to a minimum. Considerations such as the client's role in the alleged offense, his background, status, and lack of a criminal record, will weigh heavily in the prosecutor's decision».

³⁰⁷ La scelta lessicale tradisce il fine ultimo dell'udienza: verificare che l'accusa non abbia manipolato le risultanze d'indagine occultando la loro derivazione dalla testimonianza del coimputato-testimone. La dottrina suggerisce, sotto tale profilo, la scrupolosa catalogazione, con particolare attenzione alle date in

Kastigar, può procedere alla richiesta to *suppress evidence* e, ove accolta, a quella logicamente conseguente di *dismissal* dell'imputazione. In alcune giurisdizioni, tuttavia, la provenienza della derivazione delle prove da *independent sources* avviene soltanto alla fine della acquisizione o formazione delle prove da parte dell'accusa. In quest'ultima circostanza, vengono in rilievo le medesime considerazioni svolte in tema di interpolazione dei verbali delle dichiarazioni extradibattimentali raccolte dagli inquirenti. Risulta, infatti, particolarmente problematico riuscire a sostenere che la giuria non tenga in alcun modo conto delle inferenze traibili dalle prove che le sono state sottoposte in dibattimento³⁰⁸, quandanche istruita sulla loro inutilizzabilità. Quanto all'assolvimento dell'onere di provare la lecita provenienza delle prove a sostegno dell'imputazione, la dottrina afferma: «*the government burden at the hearing is not limited to "negation of taint", but must include a showing that it has an independent legitimate source for the disputed evidence*»³⁰⁹. Il coefficiente probatorio applicato alla *taint hearing* è quello della *preponderance*, dunque, si tratta di un controllo giurisdizionale di tipo sommario sulla liceità e sull'ammissibilità delle prove raccolte. La prova della mancata derivazione dai contenuti della precedente testimonianza può, ciononostante, dirsi di una certa complessità poiché: «*to establish a wholly independent source, the government must demonstrate that*

cui gli elementi indizianti siano stati raccolti, al fine del superamento dello scrutinio giurisdizionale. A livello pratico, si suggerisce che: «*the prosecutor may collect all government evidence to be offered against an immunized witness, seal the evidence in a dated envelope, and file the evidence with the court. This procedure will conclusively prove its lack of taint at a subsequent hearing. If the witness has already been immunized and has testified, the prosecutor may carefully restrict access to all files containing immunized testimony. Additionally, the prosecution typically will ensure that all persons with access to the immunized testimony are aware of the taint problem. In order to avoid inadvertent use of immunized testimony, all informants or other witnesses scheduled to testify against the immunized witness will be interviewed before they testify regarding the source of their information*». La condotta dell'accusa viene così descritta nel progetto sullo stato dell'arte della giustizia penale sull'accertamento dei *white collar crimes* pubblicato dalla *American Law Review*: Poject, *White-Collar Crime: Second Annual Survey of the Law*, 19 Am. Crim. L. Rev. 238 (1981-1982), p. 248.

³⁰⁸ Sulle alternative possibilità di instaurazione del controllo sulla provenienza da fonti indipendenti dalla *immunized testimony*, cfr. W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, in *Criminal Procedure*, cit., p. 585.

³⁰⁹ *Idem*, p. 585.

*each step of the investigative chain through which the evidence was obtained is untainted»*³¹⁰. Sebbene, dunque, la *use and derivative use immunity* non precluda l'avvio di un procedimento penale del coimputato divenuto testimone, è pur vero che la propagazione dell'inutilizzabilità al frutto delle investigazioni avviate in ragione della medesima, costituisce una garanzia ampia per il soggetto che abbia deciso di rinunciare al privilegio contro le autoincriminazioni. La disciplina italiana della testimonianza dell'imputato in procedimento collegato *ex art. 12 c.1 lett c) e 371 c. 2, lett. b)*, che diventa testimone sul fatto altrui, sembra non avere la medesima estensione, nonostante la sua evidente ispirazione al modello statunitense. L'*art. 197-bis, c. 5 c.p.p.*, che fa parte di quel corpo di modifiche del codice di procedura penale approvate in attuazione della riforma costituzionale sui principi del giusto processo e, in particolare, per dare piena attuazione al diritto al confronto, dispone: «[i]n ogni caso le dichiarazioni rese dai soggetti di cui al presente articolo non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette». Fanno eccezione gli eventuali procedimenti per i reati di calunnia o falsa testimonianza commessi attraverso le dichiarazioni medesime³¹¹. Si tratta di un meccanismo di esclusione probatoria che sembra sottendere l'intrinseca difficoltà di scindere nettamente il fatto proprio da quello altrui nel contesto del rapporto con l'autorità procedente³¹². L'assonanza con la disciplina della *statutory immunity* statunitense è

³¹⁰ *Idem*, p. 586.

³¹¹ Cfr. C. CONTI, *sub art. 197-bis c.p.p.*, in A.A.V.V., *Codice di Procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, 2010, Milano, p. 2006.

³¹² In dottrina, sulla labilità del confine tra fatto proprio e fatto altrui e sui potenziali rischi in termini di compressione irrimediabile del privilegio contro l'auto incriminazione, si rinvia alle parole di M. NOBILI, in *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. Proc.* 2001, pp. 7-8, l'A. afferma: «[a]l fondo del problema stanno commistioni: non solo quando "A" e "B" hanno commesso una rapina concorrendo fra loro, ma anche quando hanno corrotto, per atti diversi, uno stesso pubblico ufficiale (collegamento probatorio), chi è chiamato a dichiarare può esserlo - a rigore - sull'imputazione altrui. Eppure il mondo degli accadimenti è più forte; molto spesso, prima o poi, quel

notevole³¹³. La disciplina non è, tuttavia simmetrica. Si consideri l'avvertimento obbligatorio contenuto nell'art. 64, c. 3 lett c) c.p.p., compreso tra le regole generali dell'interrogatorio, con cui si rende edotto l'interrogato del fatto che «se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis». Il mutamento di *status* da quello di imputato a quello di testimone, non è frutto di un accordo avente ad oggetto la protezione dalle conseguenze penalmente sfavorevoli che possono discendere dalla scelta di collaborare con gli inquirenti a provare la colpevolezza altrui, bensì da un meccanismo di *capitis deminutio* “automatica”, discendente dall'avviso. L'esposizione al rischio di autoincriminazione in dibattimento è rimessa ad una scelta difficilmente ritenibile pienamente consapevole da parte del dichiarante. Le disposizioni contenute nel quarto e nel quinto comma dell'art. 197-bis c.p.p. dovrebbero proteggere il testimone assistito da riverberi autoincriminatori. La regola di cui al quinto comma dell'art. 197-bis c.p.p., presenta una finalità diversa da quella delle disposizioni contenute nel comma precedente, rivolte alle parti nel processo a

soggetto si ritroverà addosso un “*mutato nomine, de te fabula narratur*”. Egli racconta in realtà - consapevolmente o inconsapevolmente, con rilievo immediato o con imprevedibili riflessi su sviluppi futuri delle indagini, o su altri fatti - pure di se stesso. Da ciò la vecchia disciplina. Ai diversi rilievi s'aggiunge, così, il convincimento personale di quanto risulti utopistica, in concreto, la linea di confine (altrimenti corretta e persino tautologica) a partire dalla quale si può essere obbligati, perché ciò avverrebbe solo rispetto ad altri soggetti. E resta infondata ogni circolante rassicurazione per cui non sarebbero comunque in gioco, per definizione, confessioni coatte, ossia il “*nemo tenetur contra se edere*”. Anche L. D'AMBROSIO, *sub* art. 210 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Coordinato da M. CHIAVARO, v. II, Torino, 1991, p. 513, afferma: «è labile nel concreto il discrimine ... tra dichiarazioni *contra se* e *contra alios*: per la sostanziale impossibilità di smembrare e sceverare, di volta in volta, nelle dichiarazioni in questione, le parti afferenti all'accusa mossa al dichiarante da quelle che si riferiscono all'altrui. In secondo luogo, è evidente la disomogeneità della disciplina rispetto a quella riservata all'imputato del procedimento cumulativo, titolare invece sia di un diritto generalizzato al silenzio sia del diritto a non sottoporsi all'esame. In terzo luogo, la “preassicurazione d'impunità” discendente dall'art. 210.5, pur mirando all'apparenza a tutelare il dichiarante da autoincriminazioni, può legittimare atteggiamenti persecutori nei confronti di altri soggetti.»

³¹³ In argomento, A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, in *Trattato di Procedura penale*, a cura di G. UBERTIS, G. P. VOENA, VII. 2. A, Milano, 2007, p.75.

carico del coimputato ex art. 12 c. 1 lett. c) c.p.p. o imputato in processo collegato, ha come interlocutore naturale il giudice del processo in cui il teste è imputato³¹⁴. Nel sistema statunitense, a meno che non sia la difesa stessa a cercare di addivenire ad un accordo per limitare la gravità della posizione processuale del proprio assistito, offrendo la delazione come contropartita per la concessione di un trattamento sanzionatorio più mite, l'autorità procedente compie una valutazione *ex ante* sul coinvolgimento del propalante nell'attività criminosa e si determina in ordine all'essenzialità del suo contributo conoscitivo e solo in virtù di tale prognosi decide di offrire il regime di immunità. Il coimputato che decide di non esercitare il privilegio di cui al quinto emendamento parla, sempre, con obbligo di verità e sotto giuramento, come ogni ordinario testimone. Nel processo italiano, la garanzia di inutilizzabilità delle dichiarazioni *erga alios* che tradiscano profili autoindizianti sono coperte da inutilizzabilità, ma «finisce per rappresentare l'anello debole della catena perché smentisce il presupposto dell'intero istituto ... denuncia l'esistenza in taluni casi di un obbligo di testimoniare in causa propria»³¹⁵ e «deresponsabilizzando la fonte dichiarativa, ne riduce corrispondentemente anche la credibilità»³¹⁶. Quanto alle possibili ripercussioni in cui l'imputato in procedimento collegato o connesso può incorrere ove, narrando del fatto altrui riveli dettagli concernenti il fatto proprio, circostanza di cui si è avveduto anche il legislatore, evidentemente non poi così convinto della possibilità di mettere sul banco dei testimoni un soggetto che a sua volta si stia difendendo da accuse in altro procedimento, la regola di inutilizzabilità all'italiana non raggiunge e non può raggiungere i livelli di protezione che si ottengono nel sistema d'oltreoceano. Ciò, soprattutto, ove dalle parole

³¹⁴ Cfr. M. DANIELE, *La testimonianza "assistita" e l'esame degli imputati in procedimenti connessi*, in A.aV.v., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, 2002, Torino, p. 211.

³¹⁵ In questi termini A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, cit., p. 75.

³¹⁶ Così, M. L. DI BITONTO, *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 498.

del dichiarante trapelassero riferimenti a fatti ulteriori rispetto a quelli per cui si procede³¹⁷. Il pericolo di autoincriminarsi permane sul fatto ulteriore in ragione di caratteri intrinseci alla fisionomia del nostro sistema processuale, che è dominato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Si ponga il caso in cui, riferendo su circostanze inerenti il fatto altrui, il propalante rilevi inavvertitamente fatti inerenti la propria responsabilità penale. Ai sensi dell'art. 63 c.p.p., non a caso tra le previsioni generali riguardanti l'imputato e non il testimone, a sua deposizione deve essere necessariamente interrotta e deve essere avvertito del fatto che da quel momento, in ordine a tali propalazioni potrà assumere la veste di indagato. Ma il combinato disposto degli art. 63 e 197-bis c.5, non impedisce alla pubblica accusa di apprendere la *notitia criminis* e di avviare indagini in merito. Si tratta, ad ogni buon conto, proprio di una di quelle situazioni che la *derivative use immunity* americana vuole scongiurare. Il nostro sistema è completamente silente sulla propagazione dell'inutilizzabilità delle risultanze investigative derivanti dalla deposizione testimoniale. La dottrina e la giurisprudenza sembrano, anzi, privilegiare interpretazioni che smenticano la "propagazione" del vizio dell'inutilizzabilità della prova tra atti concatenati³¹⁸. In argomento è paradigmatico l'esempio concernente il rapporto tra

³¹⁷ Rileva tale criticità M. NOBILI, in *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, cit., p. 10, affermando: «Il testo attuale esclude vincoli e introduce inutilizzabilità specifiche, solo per il "reato per cui si procede" attualmente (art. 197-bis commi 4 e 5), non per fatti diversi, ulteriori. Dal canto suo, l'art. 63 (non richiamato) rimane scritto per una situazione diversa e sarebbe resuscitabile solo per vie interpretative faticose. Sono incertezze gravide, tanto più per quella stessa tendenza che circola: l'un "eligere" (o simili), come rinuncia all'usuale novero di garanzie».

³¹⁸ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale, I, Struttura e procedimento*, 2017, Torino, pp. 257 – 258; al riguardo, si veda anche N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 64 ss. L'A. dà atto della complessità e della contraddittorietà del fronte giurisprudenziale in materia. Si veda anche R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1768 ss. Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, si segnala la presa di posizione in argomento da parte della Consulta con l'Ord. Corte cost., 27 settembre 2001, n. 332. La Corte, con tale provvedimento, ha affermato l'insussistenza del vizio derivato di cui si va discorrendo, stabilendo: «traspare ... con evidenza che la soluzione prospettata dal giudice a quo finisce per confondere fra loro fenomeni - quali quelli della nullità e della inutilizzabilità - tutt'altro che sovrapponibili, mirando in definitiva il rimettente a trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema delle nullità: sicché, in definitiva, l'accoglimento del

perquisizione e sequestro. Più precisamente, si tratta di prendere le mosse da due possibili letture dell'art. 191 c.p.p., ai sensi del quale: «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Il significato da attribuirsi al termine “acquisite” all'interno dell'appena citato primo comma dell'art. 191 c.p.p. ha generato questioni interpretative della massima rilevanza. A seconda del fatto che si attribuisca al predetto termine il significato di “ammesse” ovvero “ottenute” è possibile pervenire ad esiti opposti riguardo l'applicabilità della teoria dei frutti dell'albero avvelenato nell'ambito del diritto delle prove italiano. Secondo una interpretazione che ammette la trasmissione del vizio della inutilizzabilità agli atti successivi, la plausibilità della tesi sarebbe sostenibile attraverso l'applicazione della medesima *ratio* che pervade la previsione di cui all'art. 185 c.p.p., concernente il regime delle nullità, e secondo cui «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo». Come osservato in dottrina: «applicando analogicamente la medesima regola, si

quesito comporterebbe, da parte di questa Corte, l'esercizio di opzioni che l'ordinamento riserva esclusivamente al legislatore, in una tematica, per di più, che - quale quella dei rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori - ammette, già sul piano logico, un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative». Sulle resistenze incontrate dal riconoscimento della categoria dell'inutilizzabilità derivata nell'ordinamento italiano, si segnala anche: D. CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 894. L'A. offre un sintetico quadro delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in argomento, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti ed osserva: «[p]er chi valorizza il procedimento probatorio quale sequenza di atti regolati dalla legge, legati da un nesso giuridico-funzionale, la conclusione è nel senso di ammettere tale forma del vizio. Tuttavia, sia in giurisprudenza sia nella dottrina maggioritaria si è orientati nel negare la propagazione del vizio alle prove “ulteriori”, sostanzialmente sulla base dell'argomento per cui “tra i vari frammenti del contesto istruttorio intercorre un semplice nesso psicologico” che sfugge a valutazioni normative, risultando quindi indifferente al legislatore, sebbene “emerge un approccio caso per caso”. Senza dimenticare che il ricorso all'analogia è assai discutibile trattandosi di materia informata al principio di tassatività. Il problema si è posto anche in relazione alla prova dipendente, espressa per esempio dal rapporto intercorrente tra perquisizione e sequestro. Le divergenti posizioni giurisprudenziali sembrano essersi ricomposte nel noto arresto delle sezioni unite ‘Sala’, che - pur con una conclusione non perfettamente coerente con le premesse - ha affermato la legittimità del sequestro eseguito all'esito di una perquisizione effettuata senza l'autorizzazione giudiziale e fuori dei casi e dei modi stabiliti dalla legge, in caso di sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, utilizzabili pertanto come prova, atteso che “costituendo [il sequestro] atto dovuto, rende irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti”».

conclude che l'illegittimità della perquisizione contagerebbe il sequestro, essendo il secondo dipendente dalla prima. Ma ... è facile replicare che la dipendenza *ex art. 185 c.p.p.* non è la dipendenza *causale*, che occasionalmente lega il sequestro alla perquisizione, ma la dipendenza *giuridica* che si realizza quando un atto funge da presupposto, da *condicio sine qua non* per il compimento dell'altro»³¹⁹. Nessun onere probatorio a dimostrazione dell'indipendenza da quanto udito nel contesto del processo a carico di altro è presente nel nostro codice di procedura penale. Si considera semplicemente inutilizzabile il contenuto della narrazione, che non potrà esser acquisito nel processo a suo carico, ma ogni altra emergenza investigativa assurgerà al rango di prova contro il propalante. Ammettiamo che il soggetto inavvertitamente abbia rivelato di trovarsi nel luogo in cui sia stato commesso altro delitto, per cui non è sottoposto a procedimento penale e su cui la procura indagli contro ignoti. La sua dichiarazione permarrà coperta da inutilizzabilità nel procedimento *ad quem*, ma la consultazione dei tabulati telefonici e l'aggancio della cella prossima al luogo del crimine costituirà certamente un indizio a corroborazione della tesi sulla sua colpevolezza. Né il procuratore potrà ignorare la *notitia criminis* celata tra le righe di quanto ha affermato nel corso dell'audizione in qualità di teste assistito come contropartita per l'ausilio prestato alla corroborazione della responsabilità dell'imputato connesso o collegato. Entra in scena l'obbligo costituzionalmente e convenzionalmente sancito³²⁰, che rappresenta «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale»³²¹ di esercitare l'azione penale. Dunque, la *use and derivative use immunity*, salvo ipotesi eccezionali di *misconduct* del *prosecutor* e dolosa manipolazione delle prove acquisite, si configura come garanzia di effettiva pari estensione alla rinuncia del privilegio contro le autoincriminazioni.

³¹⁹ In questi termini P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., pp. 257-258.

³²⁰ In dottrina, in argomento: G. UBERTIS, v. *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, 2008, Milano, p. 432.

³²¹ Sul punto, Cfr. C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 590.

L'ordinamento statunitense, nel prendere atto apertamente di non poter fare a meno dell'acquisizione del contributo conoscitivo di colui che avrebbe ogni potenziale interesse a non collaborare in alcun modo all'accertamento del fatto perché presunto innocente, molto pragmaticamente dispiega una tutela che ripristina lo *status quo ante* la rottura dello schermo del diritto costituzionale di difesa passiva. E lo fa riconoscendo che, la testimonianza coatta è strumento da ricondurre alla patologia inquisitoria del processo penale, tentando di elidere questo *vulnus* attraverso la propagazione dell'inutilizzabilità ai frutti investigativi avvelenati dalla testimonianza coatta. L'unico profilo su cui i due ordinamenti sembrano essere perfettamente allineati riguarda l'acquisibilità e la successiva utilizzabilità della testimonianza nel procedimento a carico del propalante per calunnia o falsa testimonianza. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare evidente come il tentativo più o meno esplicito di impiantare un *corpus* di norme ispirate al modello angloamericano³²², stravolgendo la garanzia del *nemo tenetur se detegere* così come pensata dal legislatore del 1988, per finalità di non dispersione probatoria, non ha creato un perfetto isomorfismo tra i due ordinamenti. A ciò ostano, soprattutto, il regime di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale nel sistema americano e la straordinaria ampiezza del regime dell'inutilizzabilità. Altra circostanza in cui l'inutilizzabilità di cui all'art. 197-bis c. 5, c.p.p. disvela la sua portata di garanzia più apparente che reale è quella costituita dai processi per reati che abbiano il carattere della transnazionalità. Si pensi, a tal proposito, ai traffici di armi, di stupefacenti, agli episodi di criminalità fiscale e di corruzione integrati da condotte poste in essere in una molteplicità di stati. Orbene, non è

³²² L'ispirazione al modello federale statunitense è apertamente dichiarata dagli autori in P. TONINI- P. FERRUA, *Testimonianza volontaria dell'imputato e tutela del contraddittorio. Progetto di modifica del c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2869, n.3. Gli A. sostengono, infatti: «[l]a ratio del privilegio contro l'autoincriminação deve essere correttamente individuata in maniera tale da dare ad esso la giusta portata. Tale privilegio, inteso come facoltà di non rispondere a domande su fatti autoincriminanti, in prima battuta è strettamente legato alla natura difensiva o probatoria della testimonianza; in secondo luogo, è collegato al carattere volontario o coattivo dell'atto. Quando si tratta di un atto difensivo (e tale è la testimonianza dell'imputato "sul fatto proprio", per pacifica opinione nel modello processuale angloamericano che è il nostro referente)».

revocabile in dubbio che il sistema delle disposizioni penali sostanziali descriva e punisca condotte di questo genere, seppur commesse soltanto parzialmente sul suolo italiano. A livello processuale, tuttavia, tali fattispecie pongono problematiche di non poco momento nell'ipotesi in cui, le giurisdizioni di più stati procedano simultaneamente alla celebrazione per i medesimi fatti naturalisticamente intesi e si tratti di giurisdizioni rispetto alle quali non opera il principio del mutuo riconoscimento. Si ponga ora il caso che, in tale contesto, un soggetto definisca la propria posizione processuale in Italia, chiedendo l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*, ovvero richieda ed ottenga la celebrazione del processo secondo il rito abbreviato e che i coimputati per il medesimo fatto optino, al contrario, per la celebrazione del dibattimento. Si supponga altresì che il provvedimento a carico di tale individuo abbia assunto il carattere dell'irrevocabilità. Costui, se nel contesto delle indagini preliminari aveva reso dichiarazioni *erga alios*, si troverà a poter rivestire i panni del testimone assistito *ex art. 197 – bis c.p.p.*; qualità assumibile sulla base dell'iniziativa istruttoria delle parti, ma che può assumere il carattere della coattività, nell'ipotesi in cui si proceda alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, come prescritto dal disposto del novellato art. 603 c.p.p.³²³. In una simile situazione processuale, l'*ex imputato*,

³²³ Si tratta di un'ipotesi di adeguamento dell'ordinamento interno alle ipotesi di violazione dei canoni del giusto processo scolpiti nell'art. 6 CEDU, recettivo della giurisprudenza della Corte EDU, inaugurata con la sent. Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011. In argomento, cfr. I. REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen.*, 2014, pp. 737 – 750. Sul fronte interno, con la sent. Cass. Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, Rv 267488, la Suprema corte di cassazione aveva preso atto del fatto che in tema di c.d. *overturning*, si fosse progressivamente formato un orientamento secondo cui, il giudice di appello non avrebbe potuto pervenire a condanna, in riforma della sentenza assolutoria, basandosi esclusivamente o in modo determinante su una diversa valutazione delle fonti dichiarative delle quali non abbia proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a una rinnovata assunzione. In argomento, *ex multis*, cfr., sia pure con alcune specificazioni, Sez. 6, n. 47722 del 06 ottobre 2015, Arcane, Rv. 265879; Sez. 5, n. 29827 del 13 marzo 2015, Petrusic, Rv. 265139; Sez. 5, n. 52208 del 30 settembre 2014, Marino, Rv. 262115; Sez. 6, n. 44084 del 23 settembre 2014, Mihasi, Rv. 260623; Sez. 2, n. 6403 del 16 settembre 2014, dep. 2015, Preite, Rv. 262674; Sez. F, n. 53562 del 11 settembre 2014, Lembo, Rv. 261541; Sez. 2, n. 45971 del 15 ottobre 2013, Corigliano, Rv. 257502; Sez. 5, n. 47106 del 25 settembre 2013, Donato, Rv. 257585; Sez. 3, n. 32798 del 05 giugno 2013, N.S., Rv. 256906; Sez. 6, n. 16566 del 26 febbraio 2013, Caboni, Rv. 254623; Sez. 5, n. 38085 del 05 luglio 2012, Luperi, Rv. 253541.

divenuto testimone assistito, rendendo dichiarazioni sulla responsabilità altrui, si troverà a parlar del fatto proprio, in un'aula aperta al pubblico, anche agli inquirenti stranieri, i quali potranno trarre dalle sue dichiarazioni nuovi spunti investigativi nel processo a carico del propalante. Non v'è dubbio che, in tale ipotesi, in assenza di alcun rimedio invocabile, si rappresenti una palese violazione del diritto di difesa, sotto lo specifico profilo del *nemo tenetur se detegere*, nonostante la nostra Costituzione affermi l'inviolabilità del diritto in questione. A nulla potrà servire, in questo caso, che il codice preveda l'ipotesi di inutilizzabilità sancita dal quinto comma dell'art. 197-*bis*, poiché tale divieto probatorio resta inevitabilmente iscritto nel perimetro della giurisdizione interna. Eseguendo un bilancio sull'efficacia dell'inutilizzabilità *ex art. 197-bis c.p.p.*, la dottrina ha osservato, con termini condivisibili anche nel caso di specie: «[c]ome si temeva, di fronte all'inestricabile commistione tra fatto proprio e fatto altrui, il legislatore non riesce ad offrire una alternativa appagante al diritto al silenzio e non trova di meglio per rimediare al conseguente *deficit* di garanzie, che riservare all'imputato una forma di immunità»³²⁴, esattamente come nella tradizione di matrice inquisitoria. Nelle ipotesi come quella da ultimo evidenziata, in definitiva, il sistema finisce per smentire le proprie premesse, violando palesemente il principio del *nemo tenetur*. Il soggetto chiamato a rivestire la qualità di testimone assistito finisce per esser teste sul fatto proprio, con ripercussioni altamente pregiudizievoli nell'ipotesi di litispendenza internazionale.

³²⁴ In questi termini, A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, cit., p. 78.

Bibliografia.

- A.A.V.V., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. AMODIO, M. C. BASSIOUNI, Milano, 1988.
- A.A.V.V., *Principles of Criminal Procedure, Fifth Edition*, 2016, St. Paul, MN.
- A. AKLAGHI, *Idaho v. Wright: The Confrontation Clause Guarantees in Child Sexual Abuse Cases*, 13 Whittier L. Rev. 489 (1992).
- P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011.
- A. R. AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, 1998, New Haven.
- A. R. AMAR, *The Future of Constitutional Criminal Procedure*, 33 Am. Crim. L. Rev. 1123 (1995-1996).
- A. R. AMAR, R. B. LETTOW, in *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, 93 Mich. L. Rev. 857 (1994-1995).
- A. R. AMAR, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 Yale L.J. 1131 (1991).
- E. AMODIO, *Processo penale diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003.
- E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 3587 s.
- P. ARENELLA, *Miranda Stories*, 20 Harv. J. L. & Pub., (1996-1997).
- G. L. ASLEY, *The Uncertain Relationship Between the Hearsay Rule and the Confrontation Clause*, 52 Tex. L. Rev. 1167.
- J. B. ATTANASIO – J. K. GOLDSTEIN, *Understanding Constitutional Law*, 4th ed., 2012, New Providence – San Francisco.
- A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 397 ss.
- A. BALSAMO, sub art. 197-bis, in G. LATTANZI- E. LUPO, *Codice di Procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, V.III, Prove, L III, artt. 187-271, Milano, 2013.

- G. BARROCU, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come “cavallo di Troia” per il recupero del sapere investigativo*, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 1445 - 1455.
- A. BERNASCONI, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002.
- M. BARGIS, *Testimonianza (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II, t. 1, Milano, 2008.
- M. BARGIS, *Le dichiarazioni del coimputato dalla disciplina originaria alla “novella” del 1997* (Relazione svolta al Convegno internazionale “La disciplina della prova nei Paesi dell’Unione Europea”, Ischia, 2-4 luglio 1998), in M. BARGIS, *Studi di diritto processuale penale*, I, “Giusto processo” italiano e Corpus juris europeo, Torino, 2002.
- M. BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002.
- M. BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984.
- M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Milano, 1980.
- A. BASSI, *Un ruolo che non può essere recuperato anche se sopravviene assoluzione in primo grado*, in *Guida al Diritto*, 1995, p. 87 ss.
- J. BELLIN, *The Incredible Shrinking Confrontation Clause*, 92 B.U. L. Rev. 1865.
- J. H. BLUME; S. L. JOHNSON, E. C. PAAVOLA, *Every Juror Wants a Story: Narrative Relevance, Third Party Guilt and the Right to Present a Defense*, in *American Criminal Law Review*, 44, (2007).
- J. A. BLUMENTHAL, *Reading the Text of the Confrontation Clause: To Be Or Not To Be?*, 3 U. Pa. J. Const. L. 722.
- A. BOCCHINO - D. SONENSHEIN, *Rule 804 (B) (6)- The Illegitimate Child of the Failed Liaison Between the Hearsay Rule and Confrontation Clause*, 73 Mo. L. Rev. 41 (2008).
- M. BONTEMPELLI, *L’efficacia della sentenza di assoluzione irrevocabile tra garanzie di autodifesa e “terzietà” del testimone*, in *Rivista Italiana di Diritto Procedura Penale*, 2007, p. 790 ss.
- M. N. BOWMAN, *Truth or Consequences: Self-Incriminating Statements and Informant Veracity*, 40 N.M. L. Rev. 225 (2010).

- W. J. BRENNAN JR, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, 90 Harv. L. Rev. 489 (1977).
- R. BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, in *Diritto penale e processo*, 2001, p. ss.
- S. BUZZELLI, *Il criterio di valutazione probatoria ex. art. 192 comma 3 c.p.p. in rapporto al nuovo art. 111 c. 4 Cost.*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 2154 ss.
- S. BUZZELLI, *Diritto al silenzio e verità materiale*, intervento presentato a: *Incontri di studio "La prova nel processo penale di primo grado"*, Frascati, 1999.
- S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Milano, 1992, pp. 79-108.
- I. CALAMANDREI, *Fatti diversi connessi o collegati probatoriamente e obblighi testimoniali*, in *La Giustizia Penale*, 2002, p. 394 ss.
- I. CALAMANDREI, *La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 1986, p. 243 ss.
- P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1959-2012, Milano.
- P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, p.105.
- F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, seconda edizione, Torino, 2012.
- A. M. CAPITTA, *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione: itinerari giurisprudenziali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.
- G. M. CAPLAN, *Questioning Miranda*, 38 Vand. L. Rev. 1417 (1985).
- M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, II ed., II, Milano, 1962.
- D. CARCANO – D. MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001.
- F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 2001.
- F. CASCINI, *Contraddittorio e limiti del diritto al silenzio. (Prime note a margine della legge 1° marzo 2001, n. 63)*, in *Questione giustizia*, 2001, p., ss.
- R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, XVI, Milano, 2011.

- R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1768 ss.
- F. CASSIBBA, *Acquisizione e criteri di valutazione del riscontro incrociato fra chiamate di correo alla luce dell'art. 111, c.4, Cost.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 715 s.
- M. E. CATALANO, *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2007, p. 301 ss.
- M. E. CATALDO, *Italia, Francia, spagna sempre più vicine in materia di esame dell'imputato connesso*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1533 s.
- M. E. CATALDO, *Imputato e 'testimone assistito': la recente riforma in Francia*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1°marzo 2001, n.63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001.
- V. CAVALLARI, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 728 ss.
- M. CECCHETTI, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1°marzo 2001, n.63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001.
- C. CESARI, *Le dichiarazioni rese in giudizio dal "coindagato virtuale": nell'intrico della disciplina codicistica, una messa a punto mancata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 3904 s.
- C. CESARI, voce *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, 2008
- C. A. CHASE, *The five faces of the confrontation clause*, 40 Hous. L. Rev. 1003 (2003).
- E. CHEMERINSKY, *Constitutiona Law, Fifth Edition*, New York, 2017.
- E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and Policies, Fourth Edition*, New York, 2011.
- M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale. Profilo istituzionale*, quinta ed., Torino, 2013.
- G. CHIODI, *Nel labirinto delle prove legali: la testimonianza del complice nel processo penale d'età moderna*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 2013, p. 113-179.

- G. CHIODI, «Tornare all'antico»: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità, in *L'inconscio inquisitorio, L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, pp. 305 – 322.
- A. CISTERNA, *Non è più sospettato ma vero e proprio testimone*, in *Guida al Diritto*, 2017.
- N. H. COGAN, *The Complete Bill of Rights, the Drafts, Debates, Sources and Origins, Second Edition*, 2015.
- A. CONFALONIERI, *La prova testimoniale nel sistema processuale "convenzionalmente" orientato*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1240 ss.
- G. CONSO, *Capacità processuale penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 1960.
- C. CONTI, *Assolto irrevocabile per insussistenza del fatto, la Consulta elimina difensore e corroboration ma la testimonianza resta coatta*, in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 465 ss.
- C. CONTI, *sub art. 197-bis c.p.p.*, in A.A.V.V., *Codice di Procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, 2010, Milano, p. 1998-2013.
- C. CONTI, *sub art. 208 c.p.p.*, in A.A.V.V., *Codice di Procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, 2010, Milano, p. 2109-2118.
- C. CONTI, *sub art. 210 c.p.p.*, in A.A.V.V., *Codice di Procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, 2010, Milano, p. 2124- 2148.
- C. CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune*
- C. CONTI, *Il testimone assistito: incertezze legislative e soluzioni giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 11 ss.
- C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.
- C. CONTI, *Imputato assolto per non aver commesso il fatto: deve essere equiparato al testimone comune*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p., ss.
- C. CONTI, *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese dopo il Criminal Justice Act 2003*, in *Diritto Penale e Processo* 2006, pp. 89-101.
- C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso, Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003.

- C. CONTI, *La Consulta valuta la testimonianza assistita: un istituto coerente con l'intento del legislatore*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 1215 ss.
- C. CONTI, *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2002, pp. 840-866.
- C. CONTI, *La riduzione dell'incompatibilità a testimoniare (art. 197 c.p.p.)*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n.63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, pp. 279-302.
- C. CONTI, *L'esimente prevista dall'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n.63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, pp. 127-154.
- C. CONTI, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, pp. 627-649.
- S. CORBETTA, *Principio del contraddittorio e riduzione del diritto al silenzio*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 680 ss.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.
- F. CORDERO, *sub art. 62 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, 1989, Torino.
- F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.
- L. CORDÌ, *Il regime delle dichiarazioni testimoniali rese dall'imputato in procedimento connesso o collegato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Il Foro Italiano*, 2007, pp. 2023 ss.
- B. K. CRASE, *When Doing Justice Isn't Enough: Reinventing the Guidelines for Prosecutorial Discretion*, 20 Geo. J. Legal Ethics 475 (2007).
- M. R. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven - London (1997).
- L. D'AMOBROSIO, *sub art. 210 c.p.p.* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, v. 2, pp. 508-514.
- M. D'ANDRIA, *Le nuove qualifiche soggettive create dalla l. n. 63 del 2001 e la riforma dell'art. 64 c.p.p.*, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 845 ss.
- M. DANIELE, *Regole di esclusione e di valutazione della prova*, Torino, 2009.
- M. DANIELE, *Lacune della disciplina della testimonianza assistita*, in *Cassazione penale*, 2005, pp. 713 ss.

- M. DANIELE, *La testimonianza 'assistita' e l'esame degli imputati in procedimenti connessi*, in AA.V.V., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002, pp.196 - 223.
- R. O. DAWSON, *Joint Trials of Defendants in Criminal Cases: An Analysis of Efficiencies and Prejudices*, 77 Mich. L. Rev. 1379, 1381-89 (1979).
- I. DENNIS, *The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights*, Crim. L.R. 255 (2010).
- A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di prova penale*, 2005, Milano, p. 3.
- M. L. DI BITONTO, *Un caso di inutilizzabilità dubbio o inconfutabile?* in *Cassazione penale*, 2015, p. 4310 ss.
- M. L. DI BITONTO, sub art. 197-bis, in G. CONSO- G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, seconda ed., coordinata da L. GIULIANI, Padova, 2014.
- M. L. DI BITONTO, *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 491 ss.
- M. L. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 1031 ss.
- A. DIDDI, *La testimonianza assistita*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di P. FERRUA – E. MARZADURI – G. SPANGHER, Torino, 2013, pp. 241 - 293.
- F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, X Agg., Torino, 2013.
- F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, Studi raccolti da A. GIARDA - G. SPANGHER - P. TONINI, Padova, 2012.
- F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale, Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.
- G. DIX, *The Privilege Against Self Incrimination*, in A.A.V.V., *McCormick on Evidence, Seventh Edition, Practitioner Treatise Series*, v. 1, a cura di K. S. Broun, 2013.
- O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo*, 1998, Milano, pp. 79-127.

- O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 736 ss.
- O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da G. Pizzorusso, *Art. 27-28. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991.
- J. G. DOUGLASS, *Admissibility as Cause and Effect: Considering Affirmative Rights Under the Confrontation Clause*, 21 QLR 1047 (2003).
- J. G. DOUGLASS, *Confronting the Reluctant Accomplice*, 101 Colum. L. Rev. 1797 (2001).
- J. G. DOUGLASS, *Beyond Admissibility: Real Confrontation, Virtual Cross-Examination, and the Right to Confront Hearsay*, 67 Geo. Wash. L. Rev. 191 (1999).
- S. DOUGLAS BROISKY, in *Reconciling the Conflict Between the Coconspirator Exemption From the Hearsay Rule and The Confrontation Clause of the Sixth Amendment*, 85 Colum. L. Rev. 1294 (1985).
- J. DRESSLER - A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure, Sixth Edition*, vol. 1, *Investigation*, San Francisco, 2013.
- J. DRESSLER - A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure, Fourth Edition*, vol. 2 *Adjudication*, San Francisco, 2006.
- E. ESPOSITO, *Dichiarazioni eteroaccusatorie e giusto processo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 145 ss.
- L. ERCOLANI, *Incompatibilità testimoniale del coimputato e principi costituzionali*, in *Critica Penale*, 1969, p. 136 ss
- C. FAIRMAN, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?, The Original Understanding*, in 2, *Stan. L. Rev.* 5 (1949).
- V. FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in A.A.V.V., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009.
- V. FANCHIOTTI, *Alle frontiere del contraddittorio: Giles v. California*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1063 ss.
- V. FANCHIOTTI, voce *Processo penale statunitense*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, II-1, Milano, 2008, p. 808 ss.
- V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cassazione penale*, 1998, p. 314 ss.

- V. FANCHIOTTI, *La difesa prima del dibattimento nel modello angloamericano*, in *Cassazione penale*, 1996, p. 1640 ss.
- V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo “adversary”*, Genova, 1988.
- V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987.
- G. L. FANULI, *La prova dichiarativa nel processo penale*, Torino, 2007.
- G. L. FANULI, *La semiplena probatio delle dichiarazioni del “testimone assistito” al vaglio della Consulta: un’occasione mancata*, in *Archivio della Nuova Procedura penale*, 2005, p. 137 ss.
- A. D. FIELDS, *Taking the Offence: Proactive Use of the Rules of Evidence*, in *Capital defense digest*, 8, 1995-1996 p. 23 ss.
- L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista, Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. IPPOLITO E S. SPINA, Napoli, 2014.
- P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, seconda ed., 2017, Torino.
- P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, terza ed., Bologna, 2012.
- P. FERRUA, *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 2000, p. 1825 ss.
- P. FERRUA – P. TONINI, *Testimonianza volontaria dell’imputato e tutela del contraddittorio. Progetto di modifica del c.p.p. formulato da Paolo Ferrua e Paolo Tonini*, in *Cassazione penale*, 2000, p. 2868 ss.
- P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione Giustizia*, 1998, p., ss.
- P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino 1992.
- P. FERRUA, *L’iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notitia criminis*, in *Legislazione Penale*, 1986, p. ss.
- R. FONTI, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in assenza di verbalizzazione dell’atto dichiarativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, pp. 1917 ss.
- R. D. FRIEDMAN, *The Confrontation Right Across the Systemic Divide*, in *Crime, Procedure and evidence in a Comparative International Context, Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*, Edited by J. Jackson, M. Langer and, P. Tillers, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 261-271.

- R. D. FRIEDMAN, *Thoughts from Across the Water on Hearsay and Confrontation*, Crim. L.R. 697 (1998).
- R. D. FRIEDMAN, *The Confrontation Clause Re-rooted and Transformed*, Cato Sup. Ct. Rev. 439 (2004).
- G. FRIGO, *Operazione di maquillage costituzionale sulla figura del «testimone assistito»*, in *Guida dir.*, 2006, p. ss.
- I. FRIONI, *L'esame dell'imputato*, 2011, Milano.
- B. FRISHMANN, *Spillovers Theory and Its Conceptual Boundaries*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 801 (2009).
- A. A. FURBEE, *Legal Crossroads: The Hearsay Rule Meets the Sixth Amendment Confrontation Clause in Crawford V. Washington*, 38 Creighton L. Rev. 999 (2005).
- N. GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1840 ss.
- N. GALANTINI, *Atti del Convegno su "Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana" (Milano, 23-24 giugno 2011)*, a cura del Centro di studi sulla giustizia, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano,
- N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.
- R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense*, Torino, 1994.
- A. GARCIA, *The Fifth amendment: a comprehensive approach*, Westport, 2002,
- A. GARCIA, *The winding path of Bruton v. United States: a case of doctrinal inconsistency*, 26 Am. Crim. L. Rev. 401 (1988).
- F. J. GAROFOLI, *Il diritto al silenzio fra finalità garantistiche ed esigenze di non dispersione della prova*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 4867 ss.
- V. GAROFOLI, *Prova testimoniale (Diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988.
- D. P. GENTILE, *Il diritto delle prove penali*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. AMODIO e M. C. BASSIOUNI, Milano, 1988.
- P. C. GIANNELLI, *Understanding evidence, Fourth Edition*, San Francisco, 2013.
- R. S. GHIO, *The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use-Immunity*, 45 Stan. L. Rev. 229 (1992-1993).
- A. GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano, 1980.

- G. GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. ss.
- L. GIULIANI, v. *Interrogatorio di garanzia*, in *Enciclopedia del diritto, Annali III*, Milano, 2010.
- S. A. GOLDMAN, *Not So 'Firmly Rooted: Exceptions to the Confrontation Clause*, 66 N.C. L. Rev. 1 (1987).
- V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1287 ss.
- V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, settima ed., Padova, 2014.
- V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 821 ss.
- V. GREVI, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 1129 ss.
- V. GREVI, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 1153 ss.
- T. C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 Stan. L. Rev 703 (1975).
- J. P. HADDAH, *Post-Bruton developments: a reconsideration of the confrontation rationale, and a proposal for a due process evaluation of limiting instructions*, in *American criminal law review*, 18 (1980-1981).
- J. P. HADDAD - R. G. AGIN, *A Potential Revolution in Bruton Doctrine: Is Bruton Applicable Where Domestic Evidence Rules Prohibit Use of a Codefendant's Confession as Evidence Against a defendant Although Confrontation Clause Would Allow Such Use?*, 81 J. Crim. L. & Criminology 235 (1990).
- P. HALPERN, *The Confrontation Clause and Search for Truth in Criminal Trials*, 37 Buff. L. Rev. 165 (1988-1989).
- F. H. HELLER, *The Sixth Amendment to the Constitution of the United States, A Study in constitutional Development*, Westport, Connecticut, 1951.
- S. P. HEYMANN, *Il diritto al silenzio e la testimonianza dell'imputato, il processo USA e l'art. 513 c.p.p. a confronto*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 793 – 798.
- G. HUGHES, *Agreements for Cooperation in Criminal Cases*, 45 Vand. L. Rev. 1 (1992).

- G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Indice Penale*, 2002, p. ss.
- G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma 1988.
- R. R. INGRAM, *A Clash of Fundamental Rights: Conflicts between the Fifth and Sixth Amendments in Criminal Trials*, 5 Wm. & Mary Bill Rts. J. 299 (1996).
- K. ISHOLA, *Of Confrontation: The Right not to Be Convicted on The Hearsay Declarations of an Accomplice*, Utah L. Rev. 855 (1990).
- D. JAROS, *The Lessons of People v. Moscat: confronting judicial bias in domestic violence cases interpreting Crawford v. Washington*, in Am. Crim. L. Rev. 995 (2005).
- M. KADISH, *Behind the Locked Door of an American Grand Jury: Its History, Its Secrecy, and Its Process*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 1, 6 (1996).
- J. L. KAINEN, *Shields, swords and fulfilling the exclusionary rule's deterrent function*, in Am. Crim. L. Rev., 50 (2013).
- R. W. KIRST, *Does Crawford Provide a Stable Foundation For Confrontation Doctrine?*, 71 Brook. L. Rev. 35 (2005).
- J. J. KRIT, *Sixth Amendment - Confrontation and the Use of Interlocking Confessions at Joint Trial*, Cruz v. New York, 107 S. Ct. 1716, 78 J. Crim. L. & Criminology 937 (1987).
- J. R. KNOEBBER, *Say That to My Face: Applying an Objective Approach to determine the Meaning of Testimony in the Light of Crawford v. Washington*, 51 Loy. L. Rev. 497 (2005).
- H. M. KOONTZ – J. C. STODEL, *The Scope of Testimonial Immunity Under the Fifth Amendment: Kastigar v. United States*, 6 Loy. L. A. L. Rev. 350 (1973).
- W. R. LAFAVE - J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, Fourth Edition*, vol. 1, Sections 1.1-2.12, 2015.
- W. R. LAFAVE - J. H. ISRAEL, N. J. KING, O. S. KERR, *Criminal Procedure, Sixth Edition*, 2017.
- K. T. LASH, *The Fourteenth Amendment and the Privileges and Immunities of American Citizenship*, 2014, New York.
- L. LAUDAN, *Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof*, 11 Int'l Evidence & Proof 292 (2007).

- B. LATZER, *Toward the Decentralization of Criminal Procedure: State Constitutional Law and selective Disincorporation*, 87 J. Crim. L. & Criminology 63 (1996).
- A. D. LEIPOLD, *Why Grand Juries do not (and Cannot) Protect the Accused*, 80 Cornell L. Rev. 260 (1995).
- L. W. LEVY, *Origins of the Bill of Rights*, New Haven – London, 1999.
- S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008.
- G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 669 ss.
- L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.
- P. LUSHING, *Testimonial immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A Study in Isomorphism*, 73 J. Crim L. & Criminology 1690 (1982).
- M. MADDALENA, *Riforma del sistema probatorio e ruolo del pubblico ministero*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001.
- S. MAFFEI, *The European Right to Confrontation in Criminal proceedings. Absent, Anonymous and Vulnerable Witness*, Groningen, 2006.
- S. MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003.
- A. MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002.
- E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. UBERTIS- G. P. VOENA, XLI.1, Milano, 2012.
- P. MARCUS, J. A. MORENO, T. E. MILLER, D. K. DUNCAN, *The rights of the accused under the sixth Amendment. Trials, Presentation of Evidence, and Confrontation*, Chicago, 2012.
- P. MARCUS, *Re-evaluating Large Multiple Defendant Criminal Prosecution*, 11 Wm. & Mary Bill Rts. J. 67 (2002).
- T. M. MASSARO, *The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations*, 40 U. Fla. L. Rev. 863 (1988).
- O. MAZZA, *La testimonianza dell'imputato assolto fra verità processuale e autodifesa dell'onore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, p.

- O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle corti sovranazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, consultabile all'indirizzo internet www.penalecontemporaneo.it.
- O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Milano, 2014.
- O. MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen., Appendice*, Torino 2014, 713 ss.
- O. MAZZA, *Gli effetti indesiderati del contraddittorio: la coercizione del coimputato all'esame dibattimentale sul fatto proprio*, in *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011.
- O. MAZZA, *La Procedura Penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 37 ss.
- O. MAZZA, *L'autodifesa oltre il giudicato: lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011, Milano.
- O. MAZZA, *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010.
- O. MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio Inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, pp.153-166.
- O. MAZZA, *Lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, p. 3980 ss.
- O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, VII.1, Milano, 2004.
- L. MARAFIOTI, *Italian Criminal Procedure: a Sytem Caught Between Two Traditions*, in *Crime, Procedure and evidence in a Comparative International Context, Essays in Honour of Professor Mirjan Damāska*, Edited by J. JACKSON, M. LANGER AND, P. TILLERS, Oxford and Portland, 2008, pp. 81-98.
- L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000.
- P. MARCHETTI, *Testis contra se, l'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994.

- M. MARCIANÒ, *La concreta incidenza dell'obbligo di verità a carico del dichiarante: un criterio essenziale per la valutazione del contributo probatorio delle dichiarazioni rese*, in *Archivio della Nuova Procedura penale*, 2008, p. 595 ss.
- M. MARGARITELLI, *Esame di persona imputata in procedimento connesso o collegato*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Agg. III, Torino, 2005, pp. 420 ss.
- V. MERONI, *Il valore della stabilità delle decisioni assolutorie nel sistema statunitense: spunti di riflessione sulla appellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del pubblico ministero a dieci anni dalla legge Pecorella*, in *Archivio Penale*, 2016, ed. online.
- G. L. MCDOWELL – J. A. BAER, *The Fourteenth Amendment: Should the Bill of Rights Apply to the States? The Disincorporation Debate*, *Utah L. Rev.* 951 (1987).
- M. MINAFRA, *Le Sezioni Unite consentono all'indagato archiviato di testimoniare*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 1435 ss.
- M. MIRAGLIA, *Diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore: la Corte Suprema statunitense muta orientamento*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 251 ss.
- M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, ed. online, 2011.
- P. G. MOROSINI, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in A.A.V.V., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. DI CHIARA, Torino, 2009.
- P. G. MOROSINI, *Il 'testimone assistito' tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autoincriminazione (art. 197-bis c.p.p.)*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n.63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001.
- P. MOSCARINI, *L'esame del coimputato dopo la l. 7 agosto 1997, n. 267: Dal suo parziale silenzio al regime delle contestazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 65 ss.
- R. P. MOSTELLER, *Crawford v. Washington: Encouraging and Ensuring the Confrontation of Witnesses*, 39 *U. Rich. L. Rev.* 511 (2005).
- J. A. MORENO, *Finding Nino: Justice Scalia's Confrontation Clause Legacy From its (Glorious) Beginning to (Bitter) End*, 44 *Akron L. Rev.* 1211 (2011).

- C. B. MUELLER, *Tales Out of School- Spillover Confessions and Against-Interest Statements Naming Others*, 55 U. Miami L. Rev. 929 (2001).
- C. B. MUELLER, *The Federal Co-conspirator exception: Action, Assertion and Hearsay*, 12 Hofstra L. Rev. 323 (1983-1984).
- A. NAPPI, v. *Codice di procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. I, Milano, 1997.
- D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cassazione Penale*, 2014, p. 3964 ss.
- D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, 2014, Torino.
- D. NEGRI, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, 2009.
- P. NICOLAS, *But What if the Court Reporter is Lying? The Right to Confront Hidden Declarants Found in Transcripts of Former Testimony*, B.Y.U. L. Rev. 1149 (2010).
- M. NIGRO, *L'indagato sentito come testimone: quali poteri al giudice in dibattimento?*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 879 ss.
- M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 5 ss.
- M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.
- M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989.
- M. NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo. Appunti di Procedura penale dal corso del Prof. Massimo Nobili*, Bologna-Perugia, 1976.
- R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996.
- J. C. O'BRIEN, *The Hearsay Within Confrontation*, 29 St. Louis U. Pub. L. Rev. 501 (2010).
- R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002.
- R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al "grande processo"*, in *Politica del diritto*, 1994, p. 385 ss.
- C. PANSINI, *sub artt. 63-65 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. TRANCHINA, Milano, 2008.

- L. PARLATO, *Il “diritto al silenzio” del potenziale testimone e l’incidente probatorio in sede di indagini difensive*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 871 ss.
- V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell’imputato*, Torino, 2006.
- P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, seconda edizione, Torino, 2009.
- P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, Torino, 2002.
- V. PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972.
- M. PISANI, *L’imputato che “interroga” (o “esamina”)*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 514 ss.
- J.D. PLATANIA, *Resurrecting the Confrontation Clause in Virginia*, in *Capital Defense Journal*, 10 (1997-1998).
- R. A. POSNER, *On Hearsay*, 84 Fordham L. Rev. 1465 (2015-2016).
- K. R. POPPER, *Conjectures and refutations. The growth of scientific knowledge*, second ed., New York, 1963- 1965.
- D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Rivista italiana di diritto penale e processo*, 2005, p. 951ss.
- G. QUAGLIANO, *Una “formalità” rilevante: il mancato avvertimento all’incompatibile a testimoniare determina l’inutilizzabilità delle sue dichiarazioni*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1380 ss.
- T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, 2010, Milano.
- W. J. RICH, *Modern Constitutional Law, Part V. Criminal Justice*, § 30. *Protection of Criminal Defendants at Trial*, 2016.
- J. L. RITTER, *The X-Files: Joint Trials, Redacted Confessions and a Thirty Years of Sidestepping Bruton*, 42 Vill. L. Rev. 855 (1997).
- B. E. ROSENBERG, *The future of Codefendant Confessions*, 30 Seton Hall L. Rev. 516 (2000).
- R. D. ROTUNDA, J. E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure, fifth edition*, vol. 1, 2012.
- R.A. RUGGIERO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata*, in www.penalecontemporaneo.it.

- G. RUSSO, *Considerazioni sulla legge n. 63 del 2001 nella testimonianza di uno dei suoi protagonisti*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002.
- R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights 1776-1791, Revised ed.*, 1983.
- A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS - G. P. VOENA, VII.2.A, Milano, 2007.
- A. SANNA, *L'esame dell'imputato sul fatto altrui, tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2001, p. 462 ss.
- A. SCALFATI, *Aspetti dell'acquisizione dibattimentale di fonti dichiarative*, in *L'Indice penale*, 2003, p. 637 ss.
- T. D. SCANDURRO, *Immunity*, 24 Am. Crim. L. Rev. 839 (1986-1987).
- M. SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 3148 ss.
- A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità: uno studio introduttivo*, Torino, 2000.
- D. E. SEIDELSON, *The Confrontation Clause and the Supreme Court: From Faded Parchment to Flough*, in *Widener Journal of Public Law*, 3, (1993-1994).
- W. P. SIGNORELLI, *Criminal Law, Procedure, and Evidence*, Boca Raton, 2011.
- K. SLUYTER, *Evidence Sixth Amendment and the Confrontation Clause-Testimonial Trumps Reliable: The United States Supreme Court Reconsiders its Approach to the Confrontation Clause. Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), 27 U. Ark. Little Rock L. Rev. 323 (2005).
- K. SPADER-RATHSAM, *Pennsylvania Prison Society v. Commonwealth: The Supreme Court of Pennsylvania Creates a Narrow Exception to the Constitutional Requirement that Two or More Amendments to the State Constitution Must be Voted on Separately*, in *Widener Journal of Public Law*, 11 (2002).
- G. STANZIONE, *Autoincriminazione e diritto al silenzio*, Padova, 2017.
- F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, seconda edizione, Milano, 2002.
- J. T. SULLIVAN, *Crawford, Retroactivity, and the Importance of Being Earnest*, 92 Marq. L. Rev. 231 (2008).
- C. R. SUNSTEIN, *Bad Incentives and Bad Institutions*, 86 Geo. L.J. 2267 (1997-1998)

- R. S. TALBOTT, *What Remains of the 'Forfeited' Right to Confrontation? Restoring Sixth Amendment Values to the Forfeiture-by-Wrongdoing Rule in Light of Crawford v. Washington and Giles v. California*, 85 N.Y.U. L. Rev. 1291 (2010).
- M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 1967, p. 438 ss.
- G. C. THOMAS III, *When Constitutional Worlds Collide: Resurrecting the Framers' Bill of Rights and Criminal Procedure*, 100 Mich. L. Rev. 145 (2001).
- G. C. THOMAS III, *The end of the road for Miranda v. Arizona: on the history and future of the rules for police interrogation*, in *American criminal law review*, 37, 2000, p. 729 ss.
- G. C. THOMAS III, *People v. Simpson: Perspectives on the Implications for the Criminal Justice System. Solving the Double Jeopardy Mistrial Riddle*, 69 S. Cal. L. Rev. 1151 (1996).
- J. J. TOMKOVICZ - W. S. WHITE, *Criminal Procedure, Constraints Upon Investigation and Proof*, seventh edition, San Francisco, 2012.
- P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, sedicesima edizione, 2015, Milano.
- P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2014, Milano.
- P. TONINI - C. CONTI, *La prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata*, capitolo V, in AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. BARGI, Torino, 2013.
- P. TONINI, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 835 ss.
- P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del 'giusto processo'*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1º marzo 2001, n.63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001.
- P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 688 s.
- P. TONINI, *Imputato "accusatore" e imputato "accusato" nei principali ordinamenti processuali dell'Unione europea*, in A.a.V.v., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998.
- A. J. TORCHIN, *A Multidimensional Framework for the Analysis of Testimonial Hearsay Under Crawford v. Washington*, 94 Geo. L.J. 581 (2006).
- B. TRACHTENBERG, *Confronting Coventurers: Coconspirator Hearsay, Sir Raleigh, and the Sixth Amendment Confrontation Clause*, 64 Fla. L. Rev. 1669 (2012).

- B. TRACHTENBERG, *Coconspirators, "Coventurers," and the Exception Swallowing the Hearsay Rule*, 61 Hastings L.J. 581 (2009-2010).
- G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, terza ed., Torino, 2013.
- G. UBERTIS, v. *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir*, Annali II-1, 2008, Milano, p. 419-447.
- G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cassazione Penale*, 2005, p. 1091 ss.
- G. UBERTIS, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.
- G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Milano, 1992.
- G. VAN KESSEL, *Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach*, 49 Hastings L.J. 477 (1998).
- C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011.
- R. VANNI, *La revisione in pejus del giudicato penale: frana il tradizionale divieto?*, in *Legislazione penale*, 1993, p. ss.
- P. VENTURA, *Escussione della prova e contraddittorio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 3183 ss.
- D. VIGONI, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 100 ss.
- M. VITIELLO - J. C. KELSO, *Reform of California's Grand Jury System*, 35 LOY. L.A. L. REV. 513 (2002).
- G. P. VOENA, *Difesa (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Roma, 1989.
- M. VOZAKIS, *Constitutional Law - The Confrontation Clause and the New 'Primary Purpose Test' In Domestic Violence Cases*; Davis v. Washington, 126 S. CT. 2266, 7 Wyo. L. Rev. 60 (2006).
- A. P. WADSWORTH JR, *Constitutional Admissibility of Hearsay Under the Confrontation Clause: Reliability Requirement for Hearsay Admitted Under a non-'Firmly Rooted' Exception - Idaho v. Wright*, 14 Campbell L. Rev. 347 (1992).

- H. H. WELLINGTON, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 Yale L. J. 221 (1973).
- J. H. WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 5, Boston-Toronto, 1974.
- M. D. WILSON, *An Exclusionary Rule for Police Lies*, in *American Criminal Law Review*, 47, 2010.
- E. L. YEE, *Confronting the 'Ongoing Emergency': A Pragmatic Approach to Hearsay Evidence in the Context of the Sixth Amendment*, 35 Fla. St. U. L. Rev. 729 (2008).
- F. ZACCHÈ, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2011, p. 134 ss.
- G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008.
- A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Padova, 2016.
- F. ZANULI, *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Padova, 2007.

Ringraziamenti:

Giunta al termine di questo percorso, desidero esprimere un doveroso ringraziamento al Chiar.mo Prof. Oliviero Mazza per il costante incoraggiamento, il tempo dedicatomi e per i suoi preziosi consigli.