



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

**La testimonianza anonima nel processo  
penale. Un'analisi comparata**

*Relatore*

*Prof. Alberto Camon*

*Dottoranda*

*Marianna Biral*

anno accademico 2015/2016





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidata: Marianna Biral**

**LA TESTIMONIANZA  
ANONIMA NEL PROCESSO  
PENALE. UN'ANALISI  
COMPARATA**

**Relatore Prof. Alberto Camon**

Anno Accademico 2015/2016



**Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale**

**XXVIII ciclo**

**Esame finale: 11/04/2017**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof.ssa Stefania Carnevale, Università di Ferrara**

**Prof. Antonio Cavaliere, Università di Napoli Federico II**

**Prof. Gaetano Insolera, Università di Bologna**



## INDICE

INTRODUZIONE .....	1
CAPITOLO PRIMO	
IL MODELLO EUROPEO DI TESTIMONIANZA ANONIMA	
1. Testimonianza anonima e giusto processo: i termini di un binomio problematico .....	11
2. Definizioni .....	14
3. Le linee guida del Consiglio d'Europa in materia di protezione dei testimoni .....	16
4. L'art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u.....	18
5. Condizioni per un uso "equo" di prove formate in difetto di contraddittorio: tendenze di fondo e linee di sviluppo .....	23
5.1. La regola del "grado determinante". Testimonianza anonima e giusto processo: i termini di un binomio problematico.....	24
5.2. Il modello Al-Khawaja .....	29
5.3. Il "salto triplo" .....	35
6. Il modello Al-Khawaja applicato ai testi anonimi .....	38
6.1. La "buona ragione" per concedere l'anonimato .....	39
6.2. L'importanza della prova e le garanzie procedurali.....	44
7. Il modello europeo di testimonianza anonima .....	49
8. Differenziazioni nell'ambito della categoria dei dichiaranti anonimi: il teste comune, il funzionario di polizia e l'agente sotto copertura .....	50
9. Gli agenti sotto copertura: testimoni "non propriamente anonimi" .....	53
10. La gestione del contributo dei dichiaranti ad un tempo anonimi ed "assenti" .....	55
11. L'anonimo <i>de relato</i> nella giurisprudenza della Corte Edu .....	58
12. Prove anonime, contraddittorio e giusto processo. Evoluzioni e involuzioni .....	64

CAPITOLO SECONDO

LA TESTIMONIANZA ANONIMA NEL PROCESSO D'INGHILTERRA  
E GALLES

1. Le radici storiche del divieto di testimonianze anonime nel <i>common law</i> inglese .....	69
2. Le moderne “ <i>calls for anonymity</i> ” .....	74
3. I testimoni “intimiditi” dinanzi alle corti penali inglesi. Le <i>special measures directions</i> .....	80
4. (Segue) le eccezioni alla <i>rule against hearsay</i> .....	85
5. La stretta della <i>House of Lords</i> e la reazione del Parlamento .....	90
6. <i>Witness anonymity orders</i> : definizione e presupposti .....	94
6.1. <i>L’indispensabilità dell’anonimato in chiave di tutela dell’incolumità personale, del patrimonio e dell’interesse pubblico</i> .....	97
6.2. La “ <i>fair trial condition</i> ” .....	102
6.2.1. <i>Casi in cui la credibilità del testimone non è “in issue”</i> .....	104
6.2.2. <i>Casi in cui la credibilità del testimone è suscettibile di essere comunque accertata: la disclosure “proattiva”</i> .....	109
6.3. <i>L’“interesse della giustizia”: ambiguità di fondo</i> .....	113
7. La procedura applicativa .....	115
8. I <i>witness anonymity orders</i> richiesti dall’imputato .....	121
9. Disciplina domestica e giurisprudenza europea: profili d’incompatibilità .	123
10. <i>Anonymous hearsay evidence</i> .....	125



CAPITOLO TERZO

LA TESTIMONIANZA ANONIMA NEL PROCESSO ITALIANO

*Sezione prima*

1. Anonimo e processo penale: linee evolutive essenziali .....	131
1.1. <i>La legislazione italiana post-unitaria</i> .....	134
1.2. <i>Il codice Rocco: l'insanabile contraddizione fra l'impostazione inquisitoria e l'immoralità dell'anonimo nell'ideologia fascista</i> .....	136
2. La normativa anti anonimo nel codice vigente: uno sguardo d'insieme .....	139
3. Anonimo dichiarativo vs anonimo non dichiarativo .....	140
4. La <i>ratio</i> del divieto .....	142
5. La regola di esclusione: ambito applicativo e sanzione .....	144
6. Forme indirette di testimonianza anonima. L'art. 195 comma 7 c.p.p. ....	150
7. (Segue) la testimonianza <i>de relato</i> da fonte confidenziale .....	156
8. Le voci correnti nel pubblico .....	165
9. Riflessione sulla possibilità di un impiego in bonam partem della testimonianza indiretta da fonte anonima .....	168

*Sezione seconda*

1. Nuovi assetti .....	175
2. Attività sotto copertura e anonimato testimoniale: un binomio discutibile. ....	178
3. Testimonianza anonima e utilizzabilità degli elementi di prova raccolti dall'agente sotto copertura: profili d'interferenza. Il limite della provocazione.....	183
4. (Segue) i presupposti .....	186
5. (Segue) le modalità operative .....	191
6. Questioni controverse in tema di qualifica soggettiva dell'agente sotto copertura .....	196
7. Le regole di acquisizione della testimonianza .....	199
8. La testimonianza anonima dei dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza.....	202
9. Il contraddittorio "azzerato": considerazioni in tema di utilizzabilità delle .....	205

## INDICE

annotazioni (anonime) d'indagine per impossibilità sopravvenuta dell'esame testimoniale.....	
10. Il difficile inquadramento della testimonianza anonima nell'architettura costituzionale .....	207
11. Il contraddittorio inesigibile .....	211
12. Disciplina domestica e giurisprudenza europea: profili d'incompatibilità.	213
13. Rilievi <i>de iure condendo</i> .....	218
BIBLIOGRAFIA .....	221

## INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Uno sguardo nuovo su un tema antico. 4. Temi di fondo della ricerca, percorso e finalità.

### *1. Premessa.*

«Ripugnante, blasfema, inutilmente provocatoria»<sup>1</sup>, «lontana [...] dalla nostra tradizione giuridica»<sup>2</sup>, un'opzione «che noi non ammetteremmo»<sup>3</sup>: in questi termini veniva giudicata, fino pochi anni fa, la proposta d'introdurre nel nostro sistema, ad imitazione di molte altre legislazioni europee e sulla scorta delle linee guida fissate a Strasburgo, la testimonianza anonima.

Quel passo, alla fine, è stato fatto: l'art. 8 della legge 13 agosto 2010 n. 136 (successivamente modificata dall'art. 8 comma 1 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. nella legge 17 aprile 2015, n. 43) ha inserito all'art. 497 il comma 1-*bis*, a norma del quale «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e della legge 3 agosto 2007, n. 124, e successive

---

<sup>1</sup> F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, 44.

<sup>2</sup> L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000, 115; v. anche S. LONATI, *La prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata in una prospettiva europea*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea*, a cura di G. Illuminati, Bononia, 2009, 63.

<sup>3</sup> M. CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, 2002, 30.

modificazioni, invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura, utilizzate nel corso delle attività medesime».

Contrariamente a quanto ci si sarebbe potuti aspettare, la novella non ha avuto una grande eco nelle riviste giuridiche. Ciò è dipeso, probabilmente, dal fatto che la fattispecie ha un perimetro applicativo tutto sommato circoscritto: si riferisce esclusivamente ai funzionari di polizia e ai dipendenti dei servizi di sicurezza impiegati in operazioni sotto copertura (e ai privati che a tali operazioni abbiano preso parte).

Tale considerazione, tuttavia, non giustifica la scarsa attenzione riservata alla materia. Si tratta, infatti, di una novità di grande rilievo, per tre ordini di ragioni. Anzitutto perché tale scelta s'inserisce nel solco di una più ampia tendenza, registratasi a livello europeo, volta a legittimare l'anonimato testimoniale in chiave di tutela delle fonti di prova e di conservazione delle risorse investigative.

In secondo luogo, poiché s'intreccia alle evoluzioni recenti che interessano due settori nevralgici della procedura penale: da una parte, la valorizzazione del ruolo dei testimoni nel processo penale e il rinnovato interesse nei confronti delle esigenze di garanzia e sicurezza a questo ascrivibili<sup>4</sup>; dall'altra, la diffusione e il potenziamento delle tecniche "coperte" di investigazione, ossia quella variegata fenomenologia di attività d'indagine che impongono, nel corso del loro svolgimento e nel processo celebrato sulla base dei risultati in esse acquisiti, condizioni di particolare segretezza dei funzionari coinvolti<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, vol. XVI, a cura di G. Ubertis-G.P. Voena, Giuffrè, 2011, 539 s.; L. SALVADEGO, *La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 132; L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000; F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, 37; G. SPANGHER, *La protezione del testimone*, in *Studium iuris*, 1999, 1339.

<sup>5</sup> V. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011; C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Giappichelli, 2008, 395 s.; V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, 2015, 1 s.; B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "undercover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di*

La novità legislativa assume un particolare rilievo, infine, per una terza ragione: imprime una forte accelerazione e al tempo stesso innova, sotto molteplici aspetti, il dibattito sui rapporti tra fonti anonime e processo penale. Non solo perché, fino a ieri, l'idea che una persona deponesse in dibattimento senza declinare le "vere" generalità era opzione pressoché inimmaginabile, ma anche in ragione del fatto che si tratta di un anonimo diverso da quello sul quale la dottrina ha per lo più ragionato fino ad oggi: i testimoni "segreti" sono soggetti conosciuti dalle autorità inquirenti – e, in linea di massima, anche dal giudice – la cui identità viene, però, celata all'imputato; sono anonimi per la difesa, non in assoluto.

Sono diverse, di conseguenza, le questioni che si pongono all'attenzione dell'interprete. Con riferimento al nuovo istituto, il nodo fondamentale non è stabilire se l'acquisizione di una dichiarazione insuscettibile di controllo rispetti gli *standard* cognitivi consoni all'accertamento giudiziale, bensì quello di verificare se l'asimmetria informativa che si determina fra pubblico ministero e imputato sia compatibile con i diritti della difesa e, più in generale, con gli equilibri complessivi sui quali si regge il processo penale.

## 2. *Uno sguardo nuovo su un tema antico.*

Al fine di mettere a fuoco l'oggetto di questo lavoro e cogliere gli elementi di novità da ultimo evidenziati, pare opportuno porre alcune premesse di carattere definitorio.

Si può partire dall'osservare che l'aggettivo "anonimo", con cui la figura probatoria è qualificata, evoca l'idea di una conoscenza "monca", difettosa<sup>6</sup>.

La testimonianza è una tipologia probatoria complessa, che si costituisce di due profili distinti e complementari: il contenuto della dichiarazione e la fonte<sup>7</sup>. Ciò

---

*internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 565 s.; D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia, 2016, 665 s.;

<sup>6</sup> Anonimo deriva dal greco *ωνωνυμος*, letteralmente "senza nome".

che il narrante dice conta nella misura in cui i destinatari vi credano; e «il credere a quanto si è inteso dipende in larga misura da un atto di fiducia nei confronti dell'interlocutore»<sup>8</sup>.

Il *deficit* di controllo sulla paternità rende la narrazione anonima una specie conoscitiva debole, che difetta dell'incisività probatoria attribuita in linea teorica alla prova testimoniale; con essa si veicola, infatti, un'esperienza non verificabile sotto il profilo della fonte.

Tale considerazione induce ad ulteriori e più approfondite riflessioni. Se, in linea generale, l'attributo "anonimo" svaluta l'elemento di prova cui si riferisce, ad uno sguardo più attento esso rivela una variegata fenomenologia.

Sotto questo profilo, preme evidenziare come lo stato d'ignoranza sulla fonte non presenti sempre la medesima "estensione": in certi casi, attinge tutti i protagonisti che agiscono nel procedimento; in altri, solo alcuni (in particolare, l'imputato)<sup>9</sup>; in altri ancora, esclusivamente gli "spettatori" della scena processuale.

A seconda del perimetro dei soggetti interessati, muta l'orizzonte normativo e valoriale di riferimento. Quando il pubblico rimane all'oscuro dell'identità del dichiarante, ad essere intaccato è il principio di pubblicità del processo e la possibilità dei cittadini (che da tale principio discende) di esercitare un controllo sulle prove presentate in giudizio e, più in generale, sul modo in cui la magistratura esercita il proprio potere. Se il fenomeno interessa l'imputato sono il contraddittorio e il diritto di difesa ad essere vulnerati. Quando, infine, l'anonimo è assoluto, nel senso che affligge sia le parti che il giudice, il pregiudizio è ancora più radicale: a fare ingresso nel processo, in questo caso, sono conoscenze geneticamente incontrollabili.

Tale classificazione, imperniata sul diverso raggio d'azione dello stato d'ignoranza sulla fonte, introduce un'ulteriore distinzione. Nell'esperienza giudiziaria, un dato probatorio può "nascere" anonimo – nel senso che accede al

---

<sup>7</sup> V. G. DI CHIARA (*Ad faciendam fidem: i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*, in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, Giappichelli, 2003, 158.

<sup>8</sup> Così F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, 22.

<sup>9</sup> P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Cedam, 1977, 7, parla non di anonimato bensì di "segretezza", qualora l'identità della fonte sia celata all'imputato soltanto.

procedimento già con questa caratterizzazione – oppure può diventarlo, nell’eventualità in cui le autorità inquirenti o il giudice decidano di segretare i dati identificativi della fonte di prova nei confronti di determinati soggetti.

Da una parte, troviamo l’anonimato quale condizione “genetica”, che contrassegna *ab initio* una determinata conoscenza processualmente rilevante; dall’altra, l’anonimato quale strumento di tutela della fonte di prova, disposto dal giudice e modulabile, sul piano dell’estensione, secondo le esigenze del caso di specie. Nell’un caso, il problema è capire se, ed eventualmente in che termini, sia possibile impiegare una conoscenza della quale non è possibile ricostruire la provenienza soggettiva; nell’altro, valutare se, e a quali condizioni, il segreto sull’identità della fonte possa essere serbato senza pregiudicare i diritti della parte nei cui confronti opera.

La distinzione da ultimo richiamata è particolarmente rilevante ai fini di questo lavoro poiché marca il tratto evolutivo più interessante della materia.

Tradizionalmente, la riflessione dottrinale si è sviluppata sulla prima specie di anonimo – quello che abbiamo definito “genetico” – e sui divieti che, nel corso del tempo, il legislatore ha elevato (e la giurisprudenza ha, spesso con la medesima forza, smantellato) nei confronti di materiale probatorio, acquisito a vario titolo al procedimento, e accomunato da un medesimo vizio: l’incertezza esistente intorno alla fonte<sup>10</sup>. Il dibattito si è concentrato sulle possibilità dell’anonimo di assurgere a valida *notitia criminis* e sui limiti di utilizzabilità a fini probatori dei documenti – lettere, fonoregistrazioni e altro materiale rappresentativo – provenienti da fonte sconosciuta, nella maggior parte dei casi, a tutti i soggetti del procedimento<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> V. P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, cit., 152.

<sup>11</sup> La letteratura sul tema è sconfinata. Se ne cita, qui, una piccola parte al solo fine di offrire una panoramica (in molti casi, il titolo stesso del contributo appare eloquente) delle tradizionali linee di riflessione sviluppate sul tema: G. BELLAVISTA, voce *Anonimi (scritti)*. *Dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958, 503; P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, cit.; G. DE LUCA, *Le bocche della verità*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1955, 384; C. FANUELE, *L’utilizzazione delle denunce anonime per l’acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul “giusto” processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1546 s.; A. GUSTAPANE, *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell’azione penale*, in *Ind. pen.*, 2010, 61.; G. ILLUMINATI, *Una deludente pronuncia in materia di delazioni anonime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1046; F.

Minore attenzione è stata dedicata all'anonimato quale strumento di tutela processuale delle fonti di prova. Certo, non si tratta di un fenomeno sconosciuto al sistema – è ben noto e risalente nel tempo il riconoscimento del segreto di polizia in chiave di protezione dell'identità degli informatori – tuttavia, gli scenari aperti su questo versante dopo l'introduzione della testimonianza anonima sono del tutto inediti.

Se la tutela del confidente, pur presentando significativi problemi di raccordo con il diritto di difesa, è sempre stata coltivata nel rispetto della logica per cui al segreto sulla fonte immancabilmente si associa l'irrelevanza delle informazioni rese, con l'istituto oggetto d'indagine quel dogma è stato messo in discussione: è oggi consentito l'uso a fini probatori di una conoscenza anche quando questa non è controllabile, sotto il profilo della provenienza, *da ogni parte processuale*.

Il punto di rottura non è di quelli che passano inosservati. Si spiega, così, il particolare taglio che si è voluto dare al lavoro. Si è scelto di concentrarsi, fra tutte le possibili manifestazioni dell'anonimo in campo processualpenalistico, sulla testimonianza anonima poiché è attorno a tale figura probatoria che si coagulano i più significativi tratti di novità che investono la materia e che si fa sentire più forte l'esigenza di un approfondimento sistematico.

### *3. Temi di fondo della ricerca, percorso e finalità.*

Il filo conduttore dell'indagine che s'intende svolgere è rappresentato, dunque, dall'incidenza nel processo penale della testimonianza anonima, vale a dire la testimonianza resa da un soggetto con identità sconosciuta all'imputato.

Sembra opportuno prospettare sin d'ora un quadro di sintesi delle questioni di fondo che la materia presenta alla riflessione dell'interprete.

Il dato imprescindibile da cui prendere le mosse è la constatazione che quello in esame è un istituto rischioso, che sottrae materia al contraddittorio e mette in forte sofferenza il diritto di difesa e il principio di parità delle parti. D'altra parte, esso

---

LUNARI, *L'eliminazione degli scritti anonimi. Limiti del divieto e poteri del giudice*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 58; G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali delle delazioni anonime*, Giuffrè, 1978.



incontra, a livello nazionale e sovranazionale, un *favor* sempre maggiore, sulla base della convinzione che una forma di tutela della fonte di prova così radicale rappresenti una soluzione adeguata e, in qualche misura, obbligata nel contrasto a quelle strutture criminali che coltivano una cultura di “soppressione” della prova per ostacolare l’attività della magistratura.

Di qui, l’esigenza di fissare per la testimonianza anonima una cornice di legittimità – mediante la configurazione di precisi perimetri di ammissibilità, specifiche modalità di acquisizione e limiti di utilizzazione – suscettibile di arginare i pregiudizi arrecati all’imputato nonché di neutralizzare i rischi di un impiego abusivo.

Le opzioni disponibili – lo vedremo – sono varie, ma alcuni problemi di fondo rimangono, alla prova dei fatti, insolubili. Qualunque sia la soluzione privilegiata, infatti, due sono gli orizzonti che da tali premesse si dipanano: accettare che la credibilità intrinseca del dichiarante rimanga insondata, diventi un “non-tema”, o accontentarsi che tale profilo sia oggetto di una verifica unilaterale. Si tratta – è evidente – di prospettive difficilmente conciliabili con le coordinate sistematiche di qualsiasi processo che faccia del contraddittorio e della parità delle parti dei valori cardine.

Ricostruiti i temi di fondo della ricerca, se ne indicano ora, a grandi linee, il percorso e le finalità.

L’indagine sarà articolata in tre parti. In primo luogo, ci si occuperà di ricostruire il modello europeo di testimonianza anonima.

Si ritiene opportuno partire dalle linee guida dettate a Strasburgo perché è proprio la Corte europea ad aver posto le premesse per un ritorno del testimone anonimo sulla scena processuale del vecchio continente, e perché è a quello schema che le discipline nazionali si sono ispirate e si ispirano per regolamentare la materia.

Ne verrà fuori – lo si anticipa sin d’ora – un quadro caotico e poco rassicurante. Le più recenti evoluzioni della giurisprudenza europea in materia di eccezioni al contraddittorio e giusto processo, infatti, fanno registrare un duplice problematico risvolto: da un lato, un pericoloso abbassamento dello *standard* di tutela del *right to confrontation* derivante dalla propensione sempre più spiccata ad abbracciare forme di bilanciamento “puro” in cui le singole garanzie inevitabilmente

scolorano, perdono tono, si affievoliscono; dall'altro, l'incertezza delle linee proposte agli operatori giuridici degli Stati membri: la discrezionalità che la corte rivendica – in misura sempre maggiore – al momento di valutare l'equità di procedimenti in cui il confronto dialettico non è stato rispettato si risolve, sul piano interno, nell'estrema difficoltà di rinvenire principi guida sicuri.

Verrà presa in esame, in un secondo momento, la disciplina della testimonianza anonima vigente in Inghilterra e Galles. Si è scelto di dedicare un approfondimento a tale sistema per due ragioni: dimostrare che anche modelli di giustizia penale con una secolare e robusta tradizione accusatoria cedono alle lusinghe dell'anonimato testimoniale (confermando, una volta di più, il grande fascino che esercita di questi tempi la figura probatoria in esame) e mettere a confronto le soluzioni escogitate dal legislatore inglese con quelle del legislatore italiano.

Si prenderanno le mosse da una ricognizione delle ragioni storiche del divieto di testimonianze anonime nella procedura penale inglese – che affondano le radici, come quasi sempre è avvenuto nella “storia dell'anonimo”, nella volontà di ribellione verso forme di abuso del potere statale (nel caso di specie, nella volontà di ribellione verso le pratiche illiberali della Corte della Camera Stellata) – per giungere ad analizzare i motivi che in tempi recenti hanno portato, le corti prima e il Parlamento poi, ad aprire le porte del processo al testimone anonimo. Il nucleo centrale della riflessione avrà ad oggetto le ambiguità, le incongruenze e i nodi interpretativi della legge sui “*witness anonymity orders*”.

L'ultima parte della ricerca sarà dedicata al sistema italiano e sarà suddivisa in due sezioni. Nella prima, si esamineranno, in una prospettiva sia diacronica che sincronica, la *ratio*, il contenuto e i confini della regola di esclusione degli anonimi.

In particolare, troverà spazio un breve *excursus* storico sul trattamento delle notizie da fonte ignota dal primo codice pre-unitario del 1865 fino a quello attuale, il quale metterà in luce il difficile affermarsi, in un contesto segnato da un'evoluzione – normativa, giurisprudenziale e dottrinale – intrisa di contraddizioni ed incoerenze, di un netto rifiuto nei confronti dei contributi anonimi. Dall'indagine retrospettiva affioreranno inoltre i motivi che hanno determinato l'evoluzione del fondamento teorico della regola di esclusione nel passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli.

Ci si occuperà, quindi, della disciplina vigente dedicata agli anonimi, mediante una panoramica sulle disposizioni codicistiche che evidenziano lo sfavore del sistema nei confronti di notizie non soggettivamente qualificate ed esplorando le direzioni in cui si proietta l'effetto della sanzione. Una particolare attenzione sarà dedicata alle forme indirette di testimonianza anonima.

Nella seconda sezione si passerà ad analizzare la testimonianza anonima introdotta dalla legge n. 136/2010 (come modificata dal d.l. n. 7/2015, conv. nella legge n. 43/2015). Il recente intervento legislativo offre, come già accennato, interessanti spunti di riflessione poiché si pone in una prospettiva di forte discontinuità rispetto alla visione tradizionale della nostra cultura giuridica in questa materia, da sempre orientata verso posizioni di chiusura.

L'indagine sarà condotta prendendo le mosse dalla figura dell'agente sotto copertura e dalle esigenze di segretezza e protezione che vengono in rilievo nell'ambito delle attività d'infiltrazione. Una volta ricostruiti i motivi che hanno spinto il legislatore a prevedere un regime speciale di assunzione della prova dichiarativa per i soggetti impiegati in operazioni *undercover*, e verificata la (im)possibilità di conciliare l'istituto della testimonianza anonima con le coordinate costituzionali, si esaminerà nel dettaglio la disciplina contenuta nell'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. e nelle disposizioni ad esso satellitari, proponendo, in chiusura, alcuni rilievi *de iure condendo*.

Al fondo di questa ricognizione delle linee direttrici lungo le quali si svilupperà la ricerca, preme tornare a ribadire la ragione che ha orientato la scelta di approfondire questo particolare tema. Quello della testimonianza anonima è un istituto che schiude tanti, e tanto importanti, orizzonti d'indagine: il ruolo crescente del testimone nel processo e il consolidarsi delle esigenze di sicurezza ad esso riconducibili; lo sviluppo delle tecniche "coperte" d'investigazione, nuova frontiera nella repressione dei reati; l'espansione della logica del bilanciamento, una categoria concettuale molto in voga in questo periodo e che, particolarmente in questo settore, viene evocata e mostra la sua intrinseca fragilità; la dialettica fra il principio di autorità e il principio di libertà, il cui modo di atteggiarsi può essere dedotto con sufficiente chiarezza, e forse in special modo, dal trattamento riservato dal legislatore proprio alle notizie anonime.

## INTRODUZIONE

È, insomma, una materia “viva” più che mai e con questo lavoro si vuole accreditare, se non i risultati della ricerca, quantomeno l’opportunità di dedicare a questi temi una riflessione di carattere sistematico.

## CAPITOLO PRIMO

### IL MODELLO EUROPEO DI TESTIMONIANZA ANONIMA

SOMMARIO: 1. Testimonianza anonima e giusto processo: i termini di un binomio problematico. – 2. Definizioni. – 3. Le linee guida del Consiglio d'Europa in materia di protezione dei testimoni. – 4. L'art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u. – 5. Condizioni per un uso "equo" di prove formate in difetto di contraddittorio: tendenze di fondo e linee di sviluppo. – 5.1. La regola del "grado determinante". – 5.2. Il modello Al-Khawaja. – 5.3. Il "salto triplo". – 6. Il modello Al-Khawaja applicato ai testi anonimi. – 6.1. La "buona ragione" per concedere l'anonimato. – 6.2. L'importanza della prova e le garanzie procedurali. – 7. Il modello europeo di testimonianza anonima. – 8. Differenziazioni nell'ambito della categoria dei dichiaranti anonimi: il teste comune, il funzionario di polizia e l'agente sotto copertura. – 9. Gli agenti sotto copertura: testimoni "non propriamente anonimi". – 10. La gestione del contributo dei dichiaranti ad un tempo anonimi ed "assenti". – 11. L'anonimo *de relato* nella giurisprudenza della Corte Edu. – 12. Prove anonime, contraddittorio e giusto processo. Evoluzioni e involuzioni.

#### *1. Testimonianza anonima e giusto processo: i termini di un binomio problematico.*

Si specchiano equilibri difficili in quel principio – ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – secondo cui «l'uso di dichiarazioni di testimoni anonimi per fondare una sentenza di condanna non è in ogni caso incompatibile con la Convenzione»<sup>1</sup>.

L'affermazione fotografa il tentativo dei giudici di Strasburgo di raggiungere una sintesi tra spinte contrapposte: da una parte, la protezione della fonte di prova, perseguita mediante l'occultamento dell'identità; dall'altra, i diritti della difesa che

---

<sup>1</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.3.1996, Doorson c. Paesi Bassi, § 69; Corte eur. dir. uomo, 27.4.1997, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, § 52; Corte eur. dir. uomo, 28.5.2002, Krasniki c. Repubblica Ceca, § 76. Tutte le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo citate in questo lavoro sono reperibili sul sito <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

impongono un confronto dialettico paritario ed effettivo tra accusato e accusatore.

L'anonimato è uno strumento portentoso di tutela del testimone: impedisce che azioni ritorsive ai danni delle persone chiamate a deporre possano essere portate a segno; allo stesso tempo, il *deficit* conoscitivo che esso comporta spunta in misura considerevole le armi a disposizione dell'imputato, il quale può di fatto essere privato della *chance* di dimostrare l'ostilità o l'inattendibilità del dichiarante.

La complessità dell'intreccio degli interessi in gioco emerge nitidamente dalla trama delle pronunce della Corte Edu che si occupano di questo tema; meno chiaro è come riuscire a coniugare le due prospettive, quali le condizioni e i limiti entro i quali l'impiego probatorio *contra reum* di dichiarazioni provenienti da fonti segretate alla difesa risulta compatibile con il diritto riconosciuto ad ogni persona sottoposta a procedimento penale di esaminare o avere esaminati i testimoni a carico (art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u).

Eppure, tale intreccio va sciolto, portato a composizione. Ad esigerlo sono i principi del "giusto processo".

L'ampiezza di contenuti che connota il *fair trial* e gli orizzonti di tutela che da esso si dipanano sono messi a fuoco in un passaggio della sentenza Doorson c. Paesi Bassi che vale la pena richiamare: «innegabilmente l'art. 6 C.e.d.u. non si riferisce ai diritti del testimone e della persona offesa. È altresì vero che la vita, la libertà e la sicurezza personale di questi ultimi possono essere messe in pericolo in occasione di un procedimento penale, così come altri valori che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 8 C.e.d.u. In via di principio, gli interessi dei testimoni e delle vittime sono protetti da altre disposizioni della Convenzione; ciò comporta che gli Stati membri sono chiamati a organizzare il proprio procedimento penale in modo tale da evitare rischi ingiustificati. In quest'ottica, i principi dell'equo processo impongono che, in determinate e opportune circostanze, gli interessi della difesa siano bilanciati con quelli degli individui chiamati a fornire la propria testimonianza»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi, § 70. M. CHIAVARIO (*Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 939) e M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"*, in *Giur. it.*, 1998, 856)

Alla base di questa affermazione c'è la presa d'atto, da parte dei giudici europei, di quanto complessi siano i problemi con cui la giurisdizione deve oggi confrontarsi; problemi tali da imporre strategie che tengano conto e valorizzino nello stesso tempo le esigenze di imputato e testimoni. Non solo: s'intravede dietro queste parole una precisa assiologia, nel cui ambito la tutela della fonte di prova non è un interesse recessivo rispetto al suo "antagonista" (il diritto al confronto), ponendosi piuttosto sullo stesso piano.

Si deve evidenziare, peraltro, che un altro ingrediente entra in gioco in questa delicata miscela: l'interesse della collettività. Di primo acchito, viene da pensare che esso militi in favore dell'ammissione dell'anonimato. Non si può negare, infatti, che un sistema di tutela della fonte di prova così radicale produca un effetto positivo: l'inquirente può contare sulla deposizione del testimone, messo al riparo da intimidazioni e ritorsioni. A trarne giovamento è l'attività di accertamento dei reati, con particolare riferimento a quei contesti criminosi nei quali è coltivata una cultura della "soppressione della prova" per ostacolare l'opera della magistratura<sup>3</sup>.

Se questo è vero, tale considerazione va, tuttavia, subito relativizzata: il beneficio per la funzione repressiva nasconde, nell'altra faccia della medaglia, il rischio di gravi degenerazioni<sup>4</sup>. Si deve, allora, correggere il tiro: la collettività ha interesse non all'accertamento dei reati *ad ogni costo*, bensì ad «un'equa amministrazione della giustizia»<sup>5</sup>, che si svolga mediante procedure trasparenti e controllabili.

In questa prospettiva, si può dire che ogni limitazione al contraddittorio pregiudica tanto l'interesse di chi deve difendersi dalle accuse quanto l'interesse della collettività a che il risultato dell'accertamento sia il più possibile "giusto"<sup>6</sup>.

---

sottolineano l'importanza di questo passaggio ai fini della tematizzazione dei rapporti tra i diritti dei testimoni e dell'imputato e della ricostruzione dei contenuti del *fair trial*.

<sup>3</sup> V. E. SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, 2419.

<sup>4</sup> Si sofferma sul tema dell'uso di fonti anonime nel processo penale in rapporto agli interessi di cui la società civile è portatrice, M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea*, cit., 852.

<sup>5</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 20.11.1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 44.

<sup>6</sup> Richiama l'attenzione sull'esistenza di un interesse pubblico alla tutela dei diritti fondamentali, L.C.H. HOYANO, *What is balanced on the scales of justice? In search of the essence of the right to a*

Ecco, quindi, che i fili tornano ad annodarsi, anche in questa prospettiva di analisi più generale. Si delinea un quadro quanto mai complesso<sup>7</sup>: le criticità che la testimonianza anonima trascina con sé si riverberano non solo sulla dimensione “particolaristica” del rapporto tra testimone e imputato, ma anche ad un livello che trascende la singola vicenda processuale e coinvolge gli equilibri della società civile.

È dunque di questa complessità che occorre tener conto nell’esaminare lo statuto elaborato a Strasburgo per un’equa gestione del sapere dei narrati anonimi, sia sotto il profilo delle soluzioni individuate, sia sotto quello, altrettanto importante, dei criteri metodologici adottati dalla Corte.

## 2. Definizioni.

Nell’ottica del giudice europeo, la testimonianza anonima è e, allo stesso tempo, *non è* contraria alla Convenzione europea: in alcuni casi ed entro certi limiti, è compatibile con il “giusto processo”; in altri, no<sup>8</sup>. L’istituto non è illegittimo in assoluto: diventa convenzionalmente conforme ove la sua “carica esplosiva” venga disinnescata.

Prima di entrare *in medias res* ed esaminare i principi che governano l’ammissione, l’assunzione e la valutazione di questo delicato mezzo di prova, è necessario stabilire alcuni punti fermi sul piano terminologico.

Anzitutto, conviene soffermarsi sulla nozione di “testimone”, alla quale la Corte Edu riconosce un significato ampio: è tale ogni soggetto che, nell’ambito del procedimento e per finalità connesse all’accertamento dei fatti, renda dichiarazioni

---

*fair trial*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, 24-25. Su questo punto, si vedano anche le condivisibili osservazioni di A. DU BOIS-PEDAIN (*Hearsay exceptions and fair trial rights in Strasbourg*, in *Cambridge Law Journal*, 2012, 260): «*the rights the Convention guarantees to defendants are not private privileges. They signal that the public interest lies in prosecuting defendants in trials in which these rights are respected*».

<sup>7</sup> M. VOGLIOTTI (*La logica floue della Corte europea*, cit., 852) parla di un vero e proprio «circolo vizioso».

<sup>8</sup> G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1098.



destinate ad essere utilizzate dal giudice per la decisione sulla colpevolezza<sup>9</sup>. Tale qualifica va riconosciuta, dunque, non solo alla persona esaminata nell'udienza dibattimentale, ma anche a chi renda dichiarazioni in fase d'indagini, qualora di queste si tenga conto ai fini della sentenza. Ciò che rileva, infatti, non è il modo con cui le informazioni accedono al processo, bensì la loro attitudine ad incidere sulla formazione del convincimento di chi deve esprimere il giudizio definitivo sulla responsabilità dell'imputato<sup>10</sup>.

Il termine, inoltre, ha un significato autonomo rispetto alle classificazioni invalse nei sistemi processuali degli stati membri: include sia i testimoni in senso stretto, sia i co-imputati<sup>11</sup> che i periti<sup>12</sup>. L'elasticità del concetto è funzionale ad estendere l'ambito applicativo delle garanzie difensive di cui all'art. 6 par. 3 lett. *d* così che il *right to confrontation* sia riconosciuto nei confronti di tutti i soggetti che rilascino dichiarazioni suscettibili di essere prese in considerazione per la decisione finale<sup>13</sup>.

Il testimone è "anonimo" quando la sua reale identità anagrafica non è resa nota alla difesa<sup>14</sup>. Nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il concetto di anonimo è costruito in rapporto al diritto al contraddittorio dell'imputato<sup>15</sup>; è tale garanzia a tracciare il perimetro di rilevanza del fenomeno

---

<sup>9</sup> «[A person] who have provided statements to the authorities as part of the prosecutorial process» per A. KEANE, P. MCKEOWN, *The modern law of evidence*, 10<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2014, 291; v. anche J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Hart Publishing, 2008, 43.

<sup>10</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 20.11.1989, Kostovski, cit., § 40; Corte eur. dir. uomo, 2.7.2002, S.N. c. Svezia, § 45.

<sup>11</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 27.2.2001, Lucà c. Italia, § 41.

<sup>12</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 6.5.1985, Bönisch c. Austria, § 32.

<sup>13</sup> V. S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico*, Giappichelli, 2008, 178; S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, 2844.

<sup>14</sup> A. BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea*, in *Cass. pen.*, 2006, 3008; S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1702.

<sup>15</sup> V. G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1101.

rispetto alle norme della Convenzione. Da ciò deriva che non può dirsi anonimo il testimone i cui contrassegni personali siano celati solo al pubblico. In questo caso, infatti, si determina una restrizione della pubblicità del processo<sup>16</sup>, ma non un *vulnus* al diritto al confronto potenzialmente in grado di determinare una violazione dell'equità processuale.

Sotto altro profilo, non basta, affinché il dichiarante possa essere definito “anonimo” che le sue generalità siano segretate: per ritenerlo tale, tutti i dati personali, suscettibili di condurre all'identificazione, devono essere occultati. Se così non fosse, l'imputato si troverebbe nella condizione di risalire induttivamente all'identità del testimone, che dunque non potrebbe (più) ritenersi anonimo.

Infine, l'anonimia rilevante ai sensi dell'art. 6 par. 3 lett. *d* è quella che viene mantenuta per tutto il corso del procedimento. Procrastinare la *discovery* della fonte di prova fino all'ultimo momento utile per un efficace esercizio dei diritti difensivi non determina profili di incompatibilità con il canone del “giusto processo”<sup>17</sup>.

### 3. *Le linee guida del Consiglio d'Europa in materia di protezione dei testimoni.*

Lo statuto europeo della testimonianza anonima è stato elaborato dalla Corte sulla base dei criteri fissati da due importanti Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: la Raccomandazione (1997)<sup>18</sup> e la

---

<sup>16</sup> L'art. 6 par. 1 C.e.d.u. espressamente prevede che il regime di pubblicità del processo possa essere derogato, nella misura giudicata strettamente necessaria, «nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale, [...] quando lo esigono gli interessi dei minori i la protezione della vita privata delle parti in causa», o, ancora, quando siano gli «interessi della giustizia» (ai quali, evidentemente, può essere ricondotto l'interesse alla tutela della fonte testimoniale) a richiederlo.

<sup>17</sup> «La Convenzione non preclude l'impiego di fonti anonime in fase investigativa»; a sollevare «questioni di compatibilità con le garanzie convenzionali» è l'eventuale utilizzo in dibattimento. Così, Corte eur. dir. uomo, 24.3.1996, Doorson c. Paesi Bassi, § 69.

<sup>18</sup> Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (97)13 del Comitato dei Ministri in materia di intimidazione dei testimoni e diritti della difesa*, in [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/recR\\_97\\_13e.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/recR_97_13e.pdf).

Raccomandazione (2005)9<sup>19</sup>.

Nell'ambito delle considerazioni preliminari di tali fonti normative si sottolinea la crescente attenzione per il ruolo svolto dai testimoni nei processi penali, la cui deposizione risulta spesso cruciale per accertare la responsabilità penale di soggetti coinvolti in ambienti criminali "chiusi", quali la criminalità organizzata e terroristica e la criminalità all'interno della famiglia.

In quest'ottica, se è vero – afferma il Comitato dei Ministri – che esiste un preciso dovere civico di rendere testimonianza, è altrettanto vero che l'adempimento di tale dovere non deve comportare il sacrificio della libertà e della sicurezza delle persone chiamate a deporre. Da ciò deriva che, in tutti i casi in cui sia accertata l'esistenza di un pericolo concreto per l'incolumità del testimone, l'occultamento dell'identità rappresenta un'opzione legittima.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione eccezionale; le Raccomandazioni evidenziano la necessità di verificare, prima di decidere in tal senso, che nel caso di specie non siano attivabili forme di protezione egualmente idonee ad impedire intimidazioni e/o ritorsioni, ma meno pregiudizievoli per la difesa (ad esempio, l'esame a distanza).

Inoltre, la segretazione delle generalità della fonte di prova può essere disposta solo ove il giudice accerti la sussistenza di due presupposti: primo, che la vita del testimone o dei suoi familiari è seriamente minacciata o che, nel caso di agente sotto copertura, il disvelamento della reale identità, possa mettere a rischio un suo eventuale reimpiego; secondo: che la prova è significativa per l'accertamento dei fatti e la fonte appare, sulla scorta di un sindacato preliminare, credibile<sup>20</sup>.

Ove poi s'intenda ulteriormente rafforzare la tutela del teste, possono adottati

---

<sup>19</sup> Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (2005)9 del Comitato dei Ministri in materia di protezione dei testimoni e dei collaboratori di giustizia*, in [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/rec\\_2005\\_9E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/rec_2005_9E.pdf).

Nel documento di accompagnamento alla stesura della Raccomandazione n. 9/2005 il Comitato dei Ministri precisa che l'obiettivo perseguito dallo strumento normativo non è quello di legittimare l'anonimato testimoniale in Paesi in cui tale opzione non sia previsto, ma di fornire delle linee guida uniformi e "convenzionalmente orientate" ai Paesi membri che di tale istituto fanno uso.

<sup>20</sup> Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (97)13*, cit., § 11; Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (2005)9*, cit., § 20.

accorgimenti ulteriori quali l'uso di congegni per la distorsione della voce e/o di mezzi per impedire all'imputato la vista del volto del testimone.

A questa significativa apertura nei confronti degli interessi dei testimoni fa da contrappunto il richiamo all'adesione ai principi del "giusto processo". Il Comitato dei Ministri afferma che la tutela della fonte di prova va perseguita nel rispetto dei diritti della difesa; il che significa, anzitutto, coinvolgere l'imputato nella procedura di concessione dell'anonimato. Prima che una decisione in tal senso possa essere adottata, questi deve vedersi riconoscere l'opportunità di contestare l'ammissibilità di una forma di protezione così radicale<sup>21</sup>.

In secondo luogo, alle dichiarazioni accusatorie provenienti da fonte segreta va riconosciuto un peso limitato: non possono essere l'elemento unico o decisivo su cui fondare una sentenza di condanna<sup>22</sup>.

#### 4. *L'art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u.*

Dopo alcune premesse di carattere definitorio, e una volta richiamati i documenti del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è tempo di volgere l'attenzione alla Convenzione e, più nello specifico, alla norma – l'art. 6 par. 3 lett. *d* – che riconosce all'imputato il diritto «di esaminare o aver esaminati i testimoni a carico». È questa, infatti, la garanzia più duramente colpita dall'anonimato, il che rende fondamentale, nell'ottica di ricostruire condizioni e limiti dell'impiego processuale di dichiarazioni provenienti da fonti segrete, esaminare il significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo.

Il *right to confrontation* di matrice europea esige, in via di principio, che le dichiarazioni testimoniali siano rese «pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità è resa nota all'accusato, in presenza di questi e del suo difensore oltre che dell'organo giudicante, e, infine, s[ia]no sottoposte al confronto

---

<sup>21</sup> Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (97)13*, cit., § 10; Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (2005)9*, cit., § 19.

<sup>22</sup> Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (97)13*, cit., § 13; Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (2005)9*, cit., § 21.

dialettico con la difesa»<sup>23</sup>.

Tale “schema processuale ideale” di acquisizione delle prove orali non ha, tuttavia, carattere indefettibile. Percependo la difficoltà di imporre sempre e comunque l’adozione integrale del modello, e riconoscendo l’opportunità che, in certi casi, il diritto di difesa sia bilanciato con esigenze diverse e potenzialmente in conflitto<sup>24</sup>, la Corte tende ad accontentarsi di uno *standard* qualitativamente meno elevato. A scongiurare la violazione del dettato convenzionale, è sufficiente che l’imputato abbia a disposizione «un’opportunità adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l’autore, nel momento della deposizione o successivamente»<sup>25</sup>.

Da un’analisi della giurisprudenza in materia, emerge come questa occasione adeguata di contrastare il teste d’accusa di cui parla la Corte Edu abbia consistenza e caratteristiche variegata.

In primo luogo, non è necessario, affinché tale condizione si realizzi, che l’imputato fronteggi il testimone nel momento in cui la prova viene ad esistenza: lo può fare anche *successivamente*. È sufficiente, cioè, anche un contraddittorio «differito»<sup>26</sup>.

Nell’ottica dei giudici di Strasburgo, il confronto *ex post* vale a determinare

---

<sup>23</sup> V., fra le tante, Corte eur. dir. uomo, 27.2.2001, Lucà c. Italia, § 39.

<sup>24</sup> Le esigenze che si contrappongono ad una attuazione “integrale” del contraddittorio sono molteplici. Una l’abbiamo già accennata: l’interesse alla tutela del testimone da atti d’intimidazione o di ritorsione. La Corte ne valorizza anche altre: ad esempio, la protezione dello sviluppo psico-fisico dei testi minorenni che impone, in certe circostanze, cautele particolari in fase di assunzione della testimonianza, oppure il diritto al silenzio dei coimputati. Per una rassegna delle occasioni in cui la Corte Edu ha bilanciato il principio del contraddittorio con altri valori potenzialmente in conflitto, v. S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, 2000, 99; C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1448 e s.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2000, 57.

<sup>25</sup> Corte eur. dir. uomo, 20.11.1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 41. È irrilevante che l’accusato se ne sia effettivamente avvalso; basta, affinché l’equità complessiva del procedimento sia rispettata, che egli sia stato messo nella condizione di esercitare il diritto al controesame. Vedi, in proposito, C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio*, cit., 1449.

<sup>26</sup> Così G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2102.

una sorta di sanatoria rispetto al *deficit* dialettico che affligge l'elemento di prova unilateralmente formato.

Sulla scorta di questa impostazione, è conforme al dettato convenzionale l'utilizzo di dichiarazioni rese nell'indagine preliminare da un testimone che le abbia successivamente ritrattate in dibattimento, nella misura in cui, in questa sede, la difesa abbia potuto contestarne il contenuto<sup>27</sup>.

Sotto altro profilo, la Corte ritiene che possa essere integrata un'occasione adeguata di confronto anche qualora le prerogative normalmente connesse al controesame non siano pienamente assicurate – per esempio, nel caso in cui la difesa non sia materialmente presente nel luogo ove si svolge l'esame (e tuttavia possa seguirlo attraverso un collegamento audiovisivo) e non le sia concesso di porre direttamente le domande al testimone<sup>28</sup> – e anche qualora l'autorità giurisdizionale sia assente all'unico episodio di confronto diretto tra accusato e accusatore<sup>29</sup>.

Ciò che rileva, nell'ottica dei giudici di Strasburgo, affinché il *right to confrontation* possa dirsi rispettato, è che la prova sia inserita nel «circuito del contraddittorio»<sup>30</sup> e che, in ultima analisi, la difesa abbia la possibilità di mettere in dubbio la versione dei fatti introdotta in giudizio dal testimone<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Corte eur. dir. uomo, 16.3.2000, Camilleri c. Malta, compendiata in *Cass. pen.*, 2002, 1815 con nota di S. MAFFEI, *Un caso in tema di dichiarazioni testimoniali d'accusa "ritrattate" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*.

Tale approccio, se mostra più di qualche assonanza con il regime di "ripescaggio" degli atti d'indagine stabilito dall'art. 500, commi 3, 4 e 5 c.p.p., nella versione precedente alla riforma intervenuta con la legge 1° marzo 2001, n. 63, è tuttavia molto distante dalla disciplina vigente oggi in materia di contestazioni, la quale radicalmente esclude, fatte salve le ipotesi eccezionali di cui ai commi 4, 6 e 7 dell'art. 500, l'uso in chiave probatoria del "precedente difforme". La dottrina ha correttamente rilevato come i limiti alla piena utilizzabilità delle contestazioni, (re)introdotti dalla riforma sul giusto processo, rappresentano una delle espressioni più significative dei criteri più stringenti imposti dal novellato art. 111 Cost. rispetto all'art. 6 C.e.d.u. in materia di tutela del contraddittorio (A. SACCUCCI, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti umani sulle regole di formazione e valutazione della prova*, in *Giusto processo e prove penali*, Giuffrè, 2000, 304, nota 32).

<sup>28</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 19.2.1991, Isgrò c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 20.1.2005, Accardi c. Italia.

<sup>29</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 2.7.2002, S.N. c. Svezia.

<sup>30</sup> G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio*, cit., 2102.

<sup>31</sup> I giudici europei veicolano una nozione di controesame che «prescinde dalla funzione maieutica» dello strumento e va a collocarsi «sul versante delle *chances* difensive di sottoporre a contestazione e

Ebbene: anche a fronte di questa versione depotenziata e slabbrata di contraddittorio, l'uso di narrati anonimi presenta delle difficoltà insuperabili. È evidente, infatti, che se anche l'imputato è messo nella condizione di interrogare il teste (al momento della deposizione o in seguito), gli saranno precluse tutte le domande suscettibili di condurre all'identificazione di questi. L'esame, quindi, se anche ha luogo, è gravato da limiti "contenutistici" importanti. Non solo: la tutela apprestata alla fonte di prova molto spesso implica l'adozione, da parte dell'autorità giudiziaria, di misure volte ad impedire che il dichiarante possa essere visto o sentito dalla difesa.

Molto difficile, a queste condizioni, ritenere soddisfatta quella «occasione adeguata di confronto» che vale ad evitare di scendere al di sotto della soglia intangibile di equità processuale indicata dall'art. 6 par. 3 C.e.d.u. Ad essere impedita, infatti, è proprio la possibilità di contestare la credibilità dell'accusatore che rappresenta il "nocciolo duro" di quel paradigma<sup>32</sup>.

Le peculiari problematiche implicate dall'uso di dichiarazioni anonime sono espressamente individuate dalla Corte Edu nella prima sentenza nella quale si è dovuta misurare con questo tema: «quando la difesa è all'oscuro dell'identità della persona da esaminare può di fatto essere privata di ogni mezzo per dimostrarne l'ostilità o l'inattendibilità. Le dichiarazioni dell'anonimo potrebbero essere false o semplicemente erranee; per la difesa sarà assai difficile provarlo, non avendo quest'ultima accesso ad informazioni che suggeriscano l'inaffidabilità del teste o del suo racconto»<sup>33</sup>. L'anonimato, insomma, costituisce un «*handicap* quasi

---

mettere in dubbio la versione dei fatti introdotta nel processo dal dichiarante». Si esprime in questi termini, C. CESARI (*Prova irripetibile e contraddittorio*, cit., 1451) la quale mette in relazione questi due differenti modi di intendere il contraddittorio con i diversi «mondi concettuali» che fanno capo, da una parte, al sistema costituzionale e, dall'altra, a quello della Convenzione. Per M. REDMAYNE (*Confronting confrontation*, in *Criminal evidence and human rights*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Hart Publishing, 2012, 287) «*the core of the right [...] seems to be that the accused should have some opportunity to put questions to the witness*».

<sup>32</sup> V. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, 2011, 125.

<sup>33</sup> Corte eur. dir. uomo, 20.11.1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 42.

insormontabile»<sup>34</sup> per l'imputato<sup>35</sup>.

Come è possibile allora che la Corte ritenga tale istituto «non in tutti i casi incompatibile con il giusto processo»?

La verità è che, nei percorsi argomentativi dei giudici europei, il *deficit* dialettico non equivale automaticamente ad una violazione del *fair trial*. Inquadrando il disposto dell'art. 6 par. 3 lett. *d* nella più ampia dimensione del diritto ad un equo processo (art. 6 par. 1), la Corte non esclude che gli ostacoli eretti sul sentiero della difesa possano essere appianati da forme di compensazione diverse<sup>36</sup>.

Tradizionalmente, questi fattori di bilanciamento sono individuati in sede di valutazione della prova. Tuttavia, in tempi recenti, la Corte europea ha battuto nuove strade e si è misurata con strumenti diversi di salvaguardia delle prerogative difensive. In relazione a questi aspetti, il panorama giurisprudenziale appare in

---

<sup>34</sup> Sono sempre parole dei giudici europei, questa volta tratte da Corte eur. dir. uomo, 27.9.1990, Windisch c. Austria, § 28.

<sup>35</sup> Nel documento di accompagnamento alla Raccomandazione n. 9/2005 (reperibile su [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805da918](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805da918)) sono individuati i principali rischi connessi all'uso di prove anonime (in particolare al § 60). Il cono d'ombra proiettato sui contrassegni personali del teste impedisce alla difesa di venire a conoscenza di circostanze – quali passati disturbi mentali o precedenti episodi di reticenza o falsità – suscettibili di mettere in discussione la credibilità del dichiarante; anche forme di connessione diretta o indiretta con una o più parti potrebbero non emergere impedendo una seria valutazione dell'esistenza di “conflitti di interessi” o motivi di ostilità nei confronti dell'accusato; infine, i limiti conoscitivi che gravano sulla difesa rendono molto difficile dimostrare eventuali forme di collusione fra accusa e testimoni ai danni dall'imputato.

<sup>36</sup> È formula tratteggiata quella per cui «l'art. 6 par. 3 lett. *d* costituisce un aspetto specifico del diritto ad un equo processo garantito dall'art. 6 par. 1 e di esso si deve tenere conto in ogni indagine sulla *fairness* processuale». Per questa ragione, i ricorsi che lamentano una violazione del diritto al confronto devono essere esaminati «alla luce delle due disposizioni lette congiuntamente». V., fra le tante, Corte eur. dir. uomo, 9.2.2013, Gani c. Spagna, § 36. Per verità, tale affermazione non pare immune da critiche sul piano logico. Nella prima parte, la Corte afferma che il *right to confrontation* rappresenta un requisito essenziale del “giusto processo”. Da ciò si dovrebbe dedurre che in ogni caso di violazione del primo, irrimediabilmente risulti leso il secondo. Invece, nella seconda parte del discorso, la Corte è rovescia i termini del rapporto: l'equità del procedimento resta in piedi anche se manca il confronto dialettico. Mette in luce l'incoerenza di questa impostazione, L.C. H. HOYANO, *What is balanced on the scales of Justice?*, cit., 21.



evoluzione come non mai.

*5. Condizioni per un uso “equo” di prove formate in difetto di contraddittorio: tendenze di fondo e linee di sviluppo.*

L’impiego *contra reum* di dichiarazioni “carenti” dal punto di vista dialettico è una questione che ha interessato spesso la Corte di Strasburgo.

Il tema non riguarda solo le deposizioni anonime, ma ha portata più ampia. L’imputato è privato della *chance* di contestare la prova d’accusa non solo se la fonte da esaminare è segretata, ma anche in tutti i casi in cui sono coinvolti testimoni “assenti” (coloro che, dopo aver rilasciato dichiarazioni in fase investigativa, non si presentano in dibattimento) che la difesa non abbia mai avuto modo di esaminare<sup>37</sup>. Non solo: anche i dichiaranti cd. “vulnerabili” sollevano, in certi casi, problemi analoghi. L’espressione allude a persone che, per particolari condizioni fisiche o psichiche, si trovino in una posizione di debolezza tale da esigere che l’assunzione della prova avvenga nel rispetto di particolari cautele; cautele che – è agevole intuirlo – implicano restrizioni al controesame suscettibili di svuotare di significato il confronto dialettico.

Se si ripercorrono i tracciati giurisprudenziali della Corte Edu sui rapporti tra prove formate al di fuori del contraddittorio e “giusto processo”, si possono idealmente isolare tre momenti.

Il primo va dalla metà degli anni ’80 fino al 2011 ed è dominato dalla cd. regola del “grado determinante”. Il punto di equilibrio tra esigenze repressive e prerogative della difesa è individuato in sede di valutazione della prova, sulla scorta del principio per cui sussiste *sempre* una violazione dell’art. 6 C.e.d.u. quando la prova mai sottoposta al confronto sia stata l’unica prova della colpevolezza o abbia comunque avuto un peso decisivo per la sentenza di condanna.

Il secondo prende avvio nel 2011 quando la Grande Camera rimodula il canone di valutazione (da inflessibile questo diviene flessibile), individua forme di

---

<sup>37</sup> Si rinvia, per tutti, all’indagine di S. MAFFEI, *The right to confrontation in Europe: absent, anonymous and vulnerable witnesses*, European Law Publishing, 2012, 49 s.

compensazione diverse e fissa un *test* articolato in tre passaggi che la Corte è chiamata ad applicare ogni volta che per l'affermazione di responsabilità di un imputato il giudice abbia fatto affidamento su prove con un *deficit* dialettico<sup>38</sup>.

L'ultima fase si apre alla fine del 2015, con la sentenza Schatschaschwili c. Germania<sup>39</sup>, la quale si fa carico di risolvere un conflitto interpretativo sorto fra le diverse sezioni della Corte Edu sul modo di applicare il *test* elaborato pochi anni prima e finisce per ridisegnare l'assetto dei principi per la corretta "gestione" dei contributi narrativi mai sottoposti al confronto con la difesa.

### 5.1. La regola del "grado determinante".

Secondo l'orientamento tradizionale, qualora l'imputato non abbia, in nessuna fase del procedimento, la possibilità di esaminare il teste d'accusa, l'effetto pregiudizievole che la deposizione mai sottoposta al confronto esercita sui diritti della difesa è recuperato sul terreno della valutazione della prova. La Corte Edu impone, cioè, un uso "limitato" degli elementi "carenti" dal punto di vista dialettico<sup>40</sup>. In particolare, questi non possono costituire «la prova unica o determinante della colpevolezza».

Nell'ottica dei giudici europei, il fatto di attribuire alle informazioni viziate un ruolo marginale nel quadro probatorio consente di circoscrivere il *vulnus* arrecato

---

<sup>38</sup> La sentenza dell'*overruling* è Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito. La pronuncia è stata commentata da svariati autori. A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837; M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere del diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, 197; R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3115; P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 396.

<sup>39</sup> La pronuncia è compendiata su *Cass. pen.*, 2016, 2626 con nota di R. CASIRAGHI, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti*. Si rinvia, inoltre, a S. MIRANDOLA, *Uso probatorio delle dichiarazioni di testimoni assenti e giurisprudenza europea: variazioni sul tema "Al-Khawaja"*, in *Cass. pen.*, 2017, 368.

<sup>40</sup> M. MONTAGNA, *Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste*, in *Arch. pen.*, 2011, 672.

all'imputato e lasciare impregiudicato il tasso di equità del procedimento<sup>41</sup>.

Tale approccio si colloca agli antipodi rispetto alla nostra impostazione in materia, imperniata su una netta distinzione tra regole di esclusione (che predeterminano in astratto gli elementi legittimamente acquisibili) e regole di valutazione (che guidano il giudice nell'attribuzione di valore agli elementi probatori). Nel nostro sistema, l'assenza di contraddittorio per lo più impedisce alla prova viziata di entrare a far parte del materiale consultabile dal giudice: qualora siano malferme le premesse (la dichiarazione assunta al di fuori del contraddittorio è intrinsecamente inaffidabile), non si può rimediare sul piano valutativo; la conoscenza si arresta a questo primo radicale filtro.

In ambito europeo, viceversa, non sono contemplate regole di esclusione<sup>42</sup>. La Corte Edu, sulla scorta di un consolidato atteggiamento di *self-restraint*, funzionale ad assicurare l'autonomia degli stati membri in materia di diritto delle prove, offre una tutela "minimale" del contraddittorio: le prove raccolte in violazione delle garanzie convenzionali non sono escluse, ma «trattate con cautela»<sup>43</sup>; sono utilizzabili, ma a patto che non condizionino troppo l'affermazione di responsabilità dell'imputato.

Ad un assetto (quello interno) nel quale la rigorosa delimitazione della gamma degli elementi utilizzabili in giudizio si accompagna, di regola, ad una piena libertà nella formazione del convincimento del giudice, la Corte Edu preferisce un sistema che privilegia un diverso punto di equilibrio: una maggiore larghezza nell'ammettere il materiale probatorio, alla quale fanno da contrappunto strettoie in

---

<sup>41</sup> Osserva A. TAMIETTI (*Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, 2993) che «la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. [può] essere esclusa [...] se l'esito del processo non [è] stato influenzato dalle dichiarazioni rese nelle "segrete stanze"»; in questo caso, infatti, gli svantaggi arrecati all'imputato non hanno compromesso le *chances* difensive.

<sup>42</sup> V'è, per verità, un'eccezione. Le prove acquisite in violazione del divieto di tortura (art. 3 C.e.d.u.), se utilizzate per pronunciare una sentenza di condanna, determinano in ogni caso una violazione dell'equità processuale. A fronte dell'importanza del principio tutelato, la Corte assume un ruolo più "interventista" e tutela la disposizione convenzionale attraverso una regola di ammissione e non di valutazione. V. Corte eur. dir. uomo, 11.7.2006, Jalloh c. Germania, § 105.

<sup>43</sup> V. F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. al fasc. 12, 129, nota 10.

fase di valutazione<sup>44</sup>.

La regola del “grado determinante” – elaborata per la prima volta nel 1986, con il caso *Unterpertinger c. Austria*<sup>45</sup> – ha acquisito nel tempo una centralità sempre maggiore, fino a diventare un vero e proprio «catalizzatore»<sup>46</sup> nella verifica della tenuta del canone del “giusto processo” a fronte dei pregiudizi sofferti dalla difesa.

Di fatto, da quando il parametro valutativo ha fatto capolino nella giurisprudenza, l’attenzione dei giudici di Strasburgo si è concentrata sempre di più sul momento conclusivo del procedimento probatorio, all’interno del quale esso opera sprigionando una sorta di forza “catartica” rispetto alle deviazioni – di qualunque sorta – dallo “statuto” dei diritti dell’accusato *ex art. 6 C.e.d.u.*<sup>47</sup>.

Per cogliere questo *trend*, basta scorrere le motivazioni delle pronunce che hanno deciso i ricorsi in materia di violazione del *right to confrontation* tra la metà degli anni ’80 e il 2011, quando la Grande Camera – lo vedremo fra poco – ha rimodulato l’assetto dei principi in materia di gestione dei contributi acquisiti in difetto di contraddittorio.

Da una parte, la Corte respinge le doglianze relative all’art. 6 par. 3 lett. *d* nei casi in cui il contributo della fonte di prova mai sottoposta a confronto non risulti decisivo<sup>48</sup>; dall’altra, condanna gli stati membri, qualora per l’affermazione di colpevolezza sia risultata determinante una dichiarazione assunta in violazione del contraddittorio<sup>49</sup>.

I giudici europei misurano l’importanza rivestita dalla prova “viziata”

---

<sup>44</sup> V. A. BALSAMO, *La cultura della prova del giudice nazionale e l’interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. mer.*, 2007, 2045-2046.

<sup>45</sup> Corte eur. dir. uomo, 24.11.1986, *Unterpertinger c. Austria*.

<sup>46</sup> La definizione è di C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, 256.

<sup>47</sup> J. JACKSON, S. SUMMERS (*Internationalisation of criminal evidence*, Cambridge: University Press, 2012, 338-339) definiscono la regola in esame come «*one of the defining factors in the ECHR’s interpretation of Art. 6(3)(d)*».

<sup>48</sup> V., per esempio, Corte eur. dir. uomo, 8.2.2007, *Kollaku c. Italia*, §§ 69-72; Corte eur. dir. uomo, 10.4.2007, *Panarisi c. Italia*, §§ 107-114; Corte eur. dir. uomo, 8.12.2009, *Previti c. Italia*, §§ 223-225.

<sup>49</sup> V., fra le tante, 5.12.2002, *Craxi c. Italia*, §§ 88-94; Corte eur. dir. uomo, 13.10.2005, *Bracci c. Italia*, §§ 59-61; Corte eur. dir. uomo, 19.10.2006, *Majadallah c. Italia*, §§ 39-43.

valutandola insieme agli altri elementi disponibili a sostegno dell'accusa<sup>50</sup>. La diagnosi di “non decisività” è raggiunta quando ricorrono due condizioni: l'esistenza di elementi di riscontro e il preponderante valore dimostrativo degli stessi nell'economia globale della causa<sup>51</sup>.

Questo *modus operandi* presenta svariati aspetti critici. Non è chiaro, in primo luogo, quali siano gli elementi suscettibili di essere impiegati a fini corroborativi. Secondo l'orientamento più rigoroso<sup>52</sup>, rilevano in tal senso solo i mezzi di prova che non stanno in rapporto di dipendenza con le dichiarazioni mai sottoposte al confronto (il teste indiretto non può convalidare quanto affermato dalla fonte di prima mano non esaminata<sup>53</sup>) e che non patiscano gli stessi “vizi da mancanza di contraddittorio” (è esclusa la *mutual corroboration* tra contributi di due “testimoni assenti”<sup>54</sup>). In altri casi, tuttavia, la Corte si è mostrata più tollerante e ha conferito la patente di riscontro a risultanze che, alla luce dell'orientamento più

---

<sup>50</sup> Si rinvia a Corte eur. dir. uomo, 13.10.2005, Bracci c. Italia, § 57. In dottrina, vedi A. BALSAMO, “Processo equo” e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione e della Corte Suprema del Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2011, 4506 e A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico*, cit., 2994-2995, il quale osserva come tale metodo di valutazione rischi, nella maggior parte dei casi, di risolversi in una «verifica scontata: se i giudici interni hanno condannato sulla base delle dichiarazioni incriminate e delle altre prove, è evidente che le seconde sono apparse sufficienti a raggiungere un verdetto di colpevolezza unitamente alle prime. Resterebbero decisive, allora, unicamente le testimonianze non riscontrate da alcun altro elemento».

<sup>51</sup> Quasi mai i giudici europei hanno proceduto ad una vera e propria “prova di resistenza”, a svolgere, cioè, un ragionamento ipotetico consistente nell'espungere dal quadro conoscitivo la testimonianza sfuggita al confronto e nel saggiare la tenuta dell'accusa in seguito alla rimodulazione della base probatoria. Tale approccio – più rigoroso – consentirebbe, secondo la dottrina, di imprimere alla nozione “prova decisiva” un significato «univoco e trasparente». V. C. GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 288 s.

<sup>52</sup> Corte eur. dir. uomo, 24.11.1986, Unterpertinger c. Austria, § 33.

<sup>53</sup> Corte eur. dir. uomo, 19.10.2006, Majadallah c. Italia, §§ 40-42.

<sup>54</sup> Corte eur. dir. uomo, 19.12.1990, Delta c. Francia, § 37.

stringente, tale veste non assumerebbero<sup>55</sup>.

Sotto altro profilo, non è mai stato chiarito quale sia esattamente l'oggetto della *corroboration*. Anche su questo punto, le variabili sono più d'una: la deposizione non sottoposta al vaglio difensivo potrebbe considerarsi pienamente utilizzabile solo ove risultino avvalorate le circostanze in essa contenute (accezione "radicale"), ma potrebbe anche bastare una conferma più generica del quadro d'accusa (accezione "moderata"); o magari una corroborazione meramente soggettiva, che tocchi, cioè, solo l'attendibilità del dichiarante.

Infine, non esistono linee guida univoche nemmeno con riferimento al sindacato cui la Corte è chiamata a sottoporre le valutazioni dei giudici nazionali. Non è chiaro, cioè, se, per salvare l'equità complessiva del procedimento, basti rinvenire in motivazione la formale menzione di altri elementi di prova, oltre a quello difettoso, a sostegno dell'accusa, «ovvero se sia imprescindibile apprezzare in concreto il peso specifico assunto dagli stessi nel ragionamento sotteso alla condanna»<sup>56</sup>.

I nodi interpretativi emersi in venticinque anni di giurisprudenza sono molti e importanti; dimostrano come, sotto molti profili, quella regola rappresenti uno strumento di tutela del diritto al confronto imperfetto, malleabile, molto spesso inadeguato.

Tuttavia, al netto delle significative incongruenze riscontrate sul piano applicativo, due aspetti positivi vanno comunque evidenziati. Innanzitutto, la capacità (astratta quantomeno) del criterio di valutazione di preservare il nocciolo duro del contraddittorio europeo, stabilendo un confine oltre il quale il *right to confrontation* non può essere schiacciato, l'interesse pubblicistico si deve arrestare e ogni forma di bilanciamento risulta preclusa. In secondo luogo, l'attitudine ad essere agevolmente recepito da sistemi processuali anche molto diversi fra loro, la quale ha consentito alla Corte di veicolare per molto tempo uno *standard* di tutela del contraddittorio comune a tutti i paesi firmatari della Convenzione.

---

<sup>55</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.4.1991, Asch c. Austria, § 30. In questo caso, la testimonianza *de relato* del funzionario di polizia che aveva raccolto la deposizione della persona offesa è stata considerata un valido riscontro.

<sup>56</sup> C. GABRIELLI, *Condanna fondata*, cit., 278.

## 5.2. Il modello Al-Khawaja

Nel 2011, con la sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, l'approccio "binario" (dichiarazione viziata decisiva uguale iniquità della procedura; dichiarazione viziata non decisiva uguale equità della procedura) è superato in favore di un sistema di controllo della *fairness* processuale più complesso.

In particolare, la Gran Camera afferma, in contrapposizione rispetto al passato, che il peso determinante della prova non deve essere (più) considerato un indicatore automatico della lesione dell'art. 6 C.e.d.u., bensì un «fattore molto importante di cui tenere conto»<sup>57</sup> nel valutare se l'equità del procedimento sia stata compromessa<sup>58</sup>.

Ritrovata libertà al momento di formazione del convincimento, dunque. Una condanna può essere basata in misura decisiva su una deposizione acquisita in difetto di contraddittorio senza ripercussioni negative sulla tenuta del "giusto processo", ma ad una condizione: che sussistano, nel caso di specie, «compensazioni adeguate» per i pregiudizi arrecati alla difesa.

Nell'ottica della Corte, l'attenuazione del canone della "utilizzabilità limitata" risulta in linea con i principi generali che governano la tutela dei diritti umani nell'orizzonte europeo, refrattario a regole troppo rigide che non siano capaci, in sede applicativa, «di flettersi per tenere in considerazione le sfumature e le esigenze, per molti versi irripetibili, del caso concreto»<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 147.

<sup>58</sup> Il cambio di passo è illustrato in maniera molto chiara da B. DE WILDE (*A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2013, vol. 17, n. 2, 166): «the principle in Strasbourg is that violations of the rights of the defence must be counterbalanced. In the context of the right to examine witnesses, counterbalancing factors are methods for establishing the reliability of a witness statement other than by direct questioning. Counterbalancing factors can prevent a violation of the right to examine witnesses. A new factor in the Grand Chamber's judgement is that this can even be the case if the witness statement is of decisive importance and questioning of the witness was not possible».

<sup>59</sup> Così M. VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., 860.

Alla rimodulazione – in termini flessibili – della regola del “grado determinante” si affianca la predisposizione di un *test*, sviluppato in tre passaggi, al quale sottoporre le prove formate in violazione dei principi fissati dall’art. 6 C.e.d.u. al fine di valutare il loro impatto sull’equità complessiva del procedimento.

In primo luogo, bisogna verificare le ragioni che hanno impedito l’esplicitarsi del confronto dialettico secondo gli *standard* normalmente richiesti dalla Corte. Si tratta – secondo quanto espressamente affermato dalla Gran Camera – di una «questione preliminare», la quale va risolta prima ancora di considerare il “peso” rivestito dalla prova nell’economia globale della causa.

Nella sentenza Al-Khawaja i giudici europei chiariscono in quali casi e a quali condizioni lo stato di timore costituisca una buona ragione per “esonerare” il testimone dalla deposizione dibattimentale e recuperare a fini probatori le dichiarazioni rilasciate all’autorità inquirente in fase investigativa<sup>60</sup>. Affermano, anzitutto, che si deve distinguere a seconda che la paura sia generata dall’imputato o da qualcuno per lui ovvero dipenda da circostanze diverse. Nel primo caso, l’accusato non può lamentare la perdita della *chance* di controesaminare il proprio accusatore: avendo tenuto un comportamento intimidatorio, egli ha rinunciato a tale diritto<sup>61</sup>.

Nell’ipotesi in cui, invece, il timore del dichiarante non sia riconducibile, neanche indirettamente, alle iniziative minacciose dell’imputato, il teste può essere dispensato dall’esame dibattimentale solo quando la paura da questi rappresentata abbia delle basi oggettive («*objective grounds*»).

Più in generale, in ogni caso in cui la deroga al contraddittorio è giustificata dai timori espressi dal dichiarante, vige un principio di stretta necessità che impone alle autorità nazionali di verificare la concreta praticabilità di misure alternative a tutela della fonte di prova. Solo qualora tale sindacato dia esito negativo, l’“assenza”

---

<sup>60</sup> Il *test* viene elaborato dalla Gran Camera nell’ambito di una sentenza che decide un caso afferente al filone dei testimoni “assenti”. I ricorrenti, infatti, lamentavano di essere stati condannati sulla base di dichiarazioni rese da un soggetto con il quale la difesa non aveva avuto modo di confrontarsi in nessuna fase del procedimento. Tuttavia – lo vedremo diffusamente in seguito (vedi *infra*, § 6) – i principi affermati con riferimento a tale specifica ipotesi di deviazione dal contraddittorio, possono agevolmente essere applicati anche con riferimento ai testimoni anonimi.

<sup>61</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 123.



del teste dal dibattimento risulta legittima.

Nella giurisprudenza successiva, sono esaminate altre situazioni suscettibili di determinare restrizioni del *right to confrontation*. L'irreperibilità della fonte di prova, per esempio, la quale legittima l'impiego a fini probatori di dichiarazioni pre-dibattimentali mai sottoposte al confronto solo al ricorrere di determinati presupposti.

In particolare, secondo i giudici europei, non basta che il testimone sia regolarmente citato né si devono ritenere sufficienti delle ricerche di *routine*<sup>62</sup>. Occorre che le autorità procedenti compiano tutte le indagini che si rendono necessarie per scoprire dove si trovi la fonte di prova e si adoperino («*must take positive steps*») affinché il confronto dialettico possa realizzarsi, anche attivando, se del caso, forme di assistenza giudiziaria con altri Stati<sup>63</sup>.

La Corte di Strasburgo, dunque, veicola una nozione stringente di irreperibilità, che presuppone un obbligo di diligenza in capo all'autorità procedente. Solo quando la parte che ha interesse all'acquisizione della prova ha fatto quanto in suo potere per assicurare alla difesa un'occasione di confronto, senza tuttavia riuscirvi, la prova "difettosa" può essere utilizzata *in damno* dell'accusato senza ripercussioni per l'equità processuale<sup>64</sup>. Viceversa, lo strappo al contraddittorio non può essere considerato in linea con l'art. 6 C.e.d.u.

Per quanto attiene all'infermità, fisica o psichica, della fonte dichiarativa, la Corte esige che questa sia attestata da certificati medici<sup>65</sup>. Stesso dicasi per lo stato di

---

<sup>62</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012, Gabrielyan c. Armenia, §§ 81-83.

<sup>63</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.2.2015, Colac c. Romania, § 49.

<sup>64</sup> «La Corte deve accertare che l'assenza del testimone non sia imputabile alle autorità nazionali». In questi termini si esprime la Corte in Corte eur. dir. uomo, 22.11.2012, Tseber c. Repubblica Ceca, § 48; v. anche Corte eur. dir. uomo, 27.2.2014, Lucic c. Croazia, § 79.

<sup>65</sup> Corte eur. dir. uomo, 5.11.2015, Chukayev c. Russia, § 125; Corte eur. dir. uomo, 27.3.2014, Matytsina c. Russia, § 163. In generale, l'approccio adottato dalla Corte su questo tema appare meno rigoroso di quello imposto dalla disciplina domestica. In particolare, non è chiaro se il meccanismo di recupero delle dichiarazioni precedenti sia attivato solo in presenza di una radicale impossibilità di esperire l'esame (nel caso Matytsina c. Russia, per esempio, i medici avevano giudicato il confronto semplicemente «non raccomandabile» perché avrebbe potuto aggravare le condizioni psichiche della persona offesa e tanto è bastato alla Corte di Strasburgo per ritenere positivamente superato il primo *step* del *test* Al-Khawaja). Sotto altro profilo, nessuna considerazione viene spesa sull'opportunità di

vulnerabilità della persona offesa, il quale esonera il teste dall'esame dibattimentale solo se le condizioni di particolare debolezza sono acclarate dal parere di medici ed esperti<sup>66</sup>.

Il secondo passaggio del *test* si concentra sul peso della prova. Se questa riveste un'importanza decisiva<sup>67</sup> per l'affermazione di responsabilità dell'imputato, ciò non determina automaticamente una violazione del "giusto processo"; semplicemente, il giudice europeo dovrà sottoporre il procedimento ad un vaglio particolarmente rigoroso al fine di appurare se sussista, nel caso di specie, un sistema di contrappesi adeguato, che consenta, in particolare, di verificare se il contributo utilizzato sia attendibile.

Si passa, così, al terzo *step* della verifica, il quale concerne una gamma indefinita di possibili fattori di bilanciamento. In primo luogo, rilevano le garanzie procedurali previste nel diritto probatorio dei diversi Paesi membri. Prendendo le distanze da quanto sostenuto in precedenza<sup>68</sup>, la Corte afferma la necessità di tenere conto, nella valutazione complessiva sulla *fairness*, del coefficiente di tutela che le differenti discipline interne assicurano<sup>69</sup>.

In particolare, nei casi in cui il teste è assente dal dibattimento, la Corte presta

---

legittimare la deroga al contraddittorio solo qualora l'insorgere o l'aggravarsi della malattia non fosse prevedibile *ex ante*.

<sup>66</sup> Corte eur. dir. uomo, 18.7.2013, Vronchenko c. Estonia, § 58.

<sup>67</sup> È decisiva la prova «che riveste un'importanza tale da condizionare l'esito del processo». Corte eur. dir. uomo, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 131.

<sup>68</sup> Corte eur. dir. uomo, 27.2.2001, Lucà c. Italia, § 40.

<sup>69</sup> Nel caso Al-Khawaja e Tahery la Corte giudica robusti i contrappesi predisposti dal sistema processuale inglese. In particolare, sono ritenute misure adeguate a soddisfare i diritti difensivi: a) gli stringenti presupposti a cui è subordinato il recupero delle conoscenze pre-dibattimentali; b) il divieto di cumulo dello *status* di testimone assente ed anonimo; c) l'obbligo per il giudice del dibattimento di fare una prognosi circa l'impatto che la prova potrebbe avere in termini di pregiudizio per la difesa, andando ad escludere quella dichiarazione la cui ammissione porterebbe più svantaggi che vantaggi (in termini di equità del procedimento); d) l'obbligo di arrestare il procedimento nel caso in cui ci si accorga che esso si regge unicamente o in misura determinante su una fonte probatoria talmente poco convincente che, considerata la sua rilevanza, un'eventuale condanna sarebbe ingiusta; e) la necessità che la giuria venga messa in guardia circa i rischi connessi all'affidamento su una prova estranea al contraddittorio.

attenzione alle modalità con cui le dichiarazioni pre-dibattimentali furono acquisite e agli spazi di partecipazione e confronto offerti all'imputato in quell'occasione.

Il fatto che la difesa fosse presente all'assunzione di sommarie informazioni<sup>70</sup> o che abbia quantomeno potuto porre al teste delle domande per iscritto<sup>71</sup> rappresentano, nell'ottica dei giudici europei, compromessi suscettibili di rendere meno radicale la deviazione dai principi dell'art. 6 C.e.d.u.

In termini positivi è valutata anche l'adozione di forme di documentazione (quali la videoregistrazione) delle dichiarazioni rese durante le indagini, che consentano al giudice del dibattimento – e anche all'accusato, qualora non abbia preso parte all'"intervista preliminare" – di formarsi un'impressione diretta della credibilità del testimone<sup>72</sup>.

Ancora, tra le «*procedural safeguards*» in grado di rimediare alla lesione del contraddittorio, la Corte annovera la possibilità per l'accusato di dare la propria versione dei fatti e di chiamare a deporre testimoni a discarico. Tale considerazione, tuttavia, genera molte perplessità in ordine alla tutela del diritto al silenzio e al rispetto dell'onere della prova. Dire che l'imputato può difendersi dalla dichiarazione accusatoria opponendo la propria diversa ricostruzione dei fatti significa forzare il suo diritto a rimanere in silenzio. Il riferimento alla possibilità di citare testimoni a discarico, poi, rovescia la regola per cui è onere dell'accusatore raccogliere elementi su cui costruire l'imputazione; al suo posto, s'introduce un principio secondo il quale la tesi accusatoria (basata su un elemento "debole") si rafforza perché non è stata fornita la controprova. L'irresistibilità delle prospettazioni dell'accusa sembra

<sup>70</sup> Corte eur. dir. uomo, 27.2.2014, Lucic c. Croazia, § 82.

<sup>71</sup> Corte eur. dir. uomo, 18.7.2013, Vronchenko c. Estonia, § 61.

<sup>72</sup> Corte eur. dir. uomo, 2.4.2013 (dec.), D.T. c. Paesi Bassi, § 50. Nel caso Corte eur. dir. uomo, 18.7.2013, Vronchenko c. Estonia, tuttavia, i giudici europei hanno escluso che la possibilità per l'imputato di vedere la videoregistrazione delle dichiarazioni rese dalla persona offesa durante le indagini, in assenza di altri fattori di bilanciamento, costituisca una tutela adeguata dei diritti difensivi. Si tratta, infatti, di una misura di bilanciamento che si limita ad assicurare un contraddittorio sulla prova molto accurato, ma non restituisce all'imputato la possibilità di influire, anche solo in piccola parte e in modo indiretto, alla formazione dell'elemento di prova mediante la proposizione di domande. In dottrina, v. A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2846.

derivare dalla mancata attivazione dell'imputato: una scelta difensiva legittima, che non dovrebbe produrre effetti in suo danno.

Su un piano diverso – quello della formazione del convincimento del giudice – rilevano, in qualità di *counterbalancing factors*, i riscontri alle dichiarazioni viziate<sup>73</sup> e la valutazione prudente di queste compiuta dall'organo decidente<sup>74</sup>.

Al fondo di questa ricognizione, qualche dato va messo in evidenza. L'*overruling* intervenuto con riferimento alla portata della regola del “grado determinante” ha portato la logica del bilanciamento alle estreme conseguenze: è caduta la soglia minima al di sotto della quale i diritti della difesa non possono cedere il passo ad interessi concorrenti; di fatto si può validamente fare a meno del contraddittorio, anche se l'elemento “viziato” ha importanza capitale per l'esito della causa<sup>75</sup>. Come contropartita, si richiedono salvaguardie procedurali che compensino, nella misura maggiore possibile, le *chance* difensive precluse.

E, tuttavia, i contrappesi enucleati dalla Corte sono afflitti da indeterminatezza, alcuni sono fragili e altri addirittura discutibili dal punto di vista della loro compatibilità con i principi generali.

---

<sup>73</sup> È stata proprio la *corroboration* a “salvare” l'equità del procedimento in una delle due vicende esaminate nella sentenza sottoposta alla Gran Camera nel 2011. In un caso (Al-Khawaja), infatti, la veridicità della dichiarazione della persona offesa mai esaminata dalla difesa era stata riscontrata da una serie di dati; nell'altro (Tahery), viceversa, non esisteva alcun elemento utile a confermare la deposizione dell'unico testimone oculare. Osserva M. REDMAYNE (*Hearsay and Human Rights: Al-Khawaja in the Grand Chamber*, in *Modern Law Review*, 2012, 873): «*the simplest way to distinguish Al-Khawaja's and Tahery's cases is in terms of the degree of corroboration: the Grand Chamber found strong corroboration in the former but not in the latter*».

<sup>74</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.1011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 157.

<sup>75</sup> «*It is clear that the right to examine witnesses has diminished*» è la diagnosi perentoria di B. DE WILDE, *A fundamental review*, cit., 182. Del medesimo tenore, le riflessioni di L.C.H. HOYANO (*What is balanced on the scales of justice?*, cit., 26) la quale osserva: «*after Al-Khawaja v United Kingdom the “essence of the right” constraint seems no longer to exist in substance. It can no longer be said that there is a “minimum irreducible core of fairness” to art. 6*».

### 5.3. Il “salto triplo”.

In (parziale) controtendenza rispetto alle derive di cui s'è detto, nel nuovo assetto delineato dalla Gran Camera nel 2011 c'è un elemento che sembra irrobustire le garanzie difensive.

In un passaggio significativo della pronuncia *Al-Khawaja*, i giudici europei affermano che dal principio enucleato dall'art. 6 par. 3 lett. *d*, secondo il quale all'imputato deve essere assicurata una occasione sufficiente ed adeguata di confronto con il proprio accusatore, discende, come corollario, l'esigenza che ogni deviazione da quel paradigma sia dovuta ad una «buona ragione». Il sindacato sulla solidità dei motivi che legittimano la deroga al contraddittorio (il primo *step* del *test Al-Khawaja*) ha natura di «*preliminary question*» da risolvere prima di verificare l'importanza della prova nell'economia globale della causa e la sussistenza o meno di garanzie procedurali suscettibili di controbilanciare gli svantaggi sofferti dalla difesa<sup>76</sup>.

L'annacquamento della regola di valutazione è “recuperato”, dunque, sul terreno dei presupposti di ammissione dei contributi dichiarativi formati al di fuori del contraddittorio. L'impressione è che ne derivi un sistema con un nuovo anticipato baricentro: il ruolo marginale della conoscenza viziata nel quadro probatorio non è più il principale baluardo in difesa del giusto processo; l'attenzione si sposta sulle circostanze che consentono legittimamente di derogare al metodo dialettico, le quali devono avere «*objective grounds*» ed essere improntate ad un principio di stretta necessità<sup>77</sup>.

Dietro le parole della Corte si potrebbe leggere, addirittura, un cambio di paradigma: non più un sistema di canoni di valutazione a tutela del *right to confrontation*, ma una più solida regola di esclusione. Un'interpretazione stringente del principio enucleato dalla Corte, infatti, conduce a diagnosticare una lesione della *fairness* processuale in tutti i casi i cui siano impiegate *contra reum* (in modo

<sup>76</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, §§ 119-120. In dottrina, v. A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti*, cit., 2846.

<sup>77</sup> Per R. CASIRAGHI (*Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola*, cit., 3124) l'esistenza di solidi motivi per rinunciare o attenuare il contraddittorio costituisce una «premessa ineludibile per tollerare un impiego (anche determinante) delle dichiarazioni».

decisivo e non) dichiarazioni provenienti da fonti mai sottoposte al confronto con la difesa qualora risulti che tale confronto non è stato assicurato senza una valida ragione.

Letto nella prospettiva delle autorità nazionali, questo principio altro non è se non una regola di esclusione: in assenza delle condizioni che il giudice europeo ha qualificato come presupposti legittimi per rinunciare al contraddittorio, il giudice domestico – onde evitare di incorrere in una violazione dell’art. 6 C.e.d.u. – deve dichiarare inammissibile la prova.

Nella giurisprudenza successiva, tuttavia, si consolidano due diversi orientamenti su questo punto. Secondo un filone di pronunce che interpreta in maniera rigorosa l’impostazione delineata dalla Gran Camera, l’accertamento di un *deficit* giustificativo in relazione ai motivi che hanno impedito l’esplicarsi del confronto si risolve, in maniera inevitabile e irrimediabile, in una violazione dell’art. 6 C.e.d.u. Tale diagnosi rende, pertanto, irrilevante la verifica dei profili ulteriori indicati dal *test*<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> In tal senso, si veda Corte eur. dir. uomo, 11.7.2013, Rudnichenko c. Ucraina. Nel caso di specie, la Corte ritiene non provata l’esistenza di una buona ragione per l’assenza del testimone dal dibattimento (questi non era stato citato e non risultava, dagli atti della causa, che le autorità inquirenti avessero svolto alcuna verifica per localizzarlo). A fronte dell’esito negativo dell’accertamento sulla prima delle questioni contemplate dal *test* Al-Khawaja, i giudici europei ritengono assorbita ogni considerazione ulteriore. «In queste circostanze, la Corte non ritiene necessario passare alla seconda parte del *test*» (segnatamente, ad esaminare se la condanna si sia basata solamente ovvero in misura determinante sulle dichiarazioni del teste e, nel caso, se sussistano o meno contrappesi adeguati). Sulla stessa linea anche Corte eur. dir. uomo, 16.10.2014, Suldin c. Russia, § 58.

Un approccio contraddittorio è adottato nella sentenza *Colac* (Corte eur. dir. uomo, 10.2.2015, Colac c. Romania). La Corte, dopo aver concluso che l’irreperibilità della fonte di prova – in assenza di un’indagine seria tesa a scoprire il suo indirizzo o altre informazioni utili per raggiungerla – non costituiva un motivo valido per il recupero delle dichiarazioni pre-dibattimentali, e che questa considerazione era «sufficiente, di per sé, a concludere che ci fosse stata una violazione dell’art. 6 par. 3 lett. d)», si spinge nondimeno ad esaminare gli altri parametri rilevanti del *test* (l’importanza della prova per la pronuncia di colpevolezza e le garanzie procedurali). Il giudizio complessivo rimane negativo e gli argomenti relativi al peso considerevole della prova per la sentenza di condanna e all’assenza di adeguate contromisure procedurali vengono spesi in un’ottica di rafforzamento della conclusione raggiunta nel vagliare la questione preliminare; tuttavia, ciò che rileva, ai fini del nostro discorso, è che la Corte non abbia interpretato il requisito della “buona ragione” per derogare al

In altri casi, la Corte adotta un atteggiamento più blando: l'insussistenza di una valida giustificazione per il recupero a fini probatori di dichiarazioni sfuggite al confronto dialettico non "chiude la partita". L'accertamento sulla *fairness* processuale va condotto mediante una valutazione "d'insieme" dei diversi profili considerati rilevanti<sup>79</sup>.

Nel dicembre del 2015, la Corte Edu, di nuovo nella sua composizione più autorevole, interviene per risolvere il conflitto interpretativo e avvalora l'orientamento più sfumato: «la mancanza di una buona ragione per l'assenza del testimone non può essere considerata indice automatico di iniquità del procedimento»<sup>80</sup>. Una scarsa attenzione da parte dei giudici nazionali in fase di ammissione della prova può di fatto essere compensata dall'uso marginale dell'elemento probatorio o da altre garanzie individuabili nel caso di specie.

I tre momenti del *test Al-Khawaja* – afferma la Gran Camera – sono, dunque, intimamente connessi e il giudizio sull'adesione ai principi garantiti dell'art. 6 C.e.d.u. non può che basarsi su una valutazione congiunta degli stessi<sup>81</sup>.

A sostegno della propria posizione, i giudici di Strasburgo richiamano le considerazioni spese quattro anni prima per giustificare la scelta di rendere flessibile la regola del "grado determinante". La verifica dell'adesione ai canoni del "giusto processo" non è compatibile con parametri di giudizio rigidi, che non tengano conto delle specificità del singolo caso<sup>82</sup>. Considerare *unfair* un processo per il solo fatto che la deroga al contraddittorio non si fondi su un valido motivo (magari a fronte dell'incidenza marginale della prova nell'economia globale della causa) significa creare una «*indiscriminate rule*» che, al pari della regola del grado determinante "vecchia maniera", non risulta in linea con i principi generali che governano il

---

contraddittorio come un filtro radicale, sentendosi in dovere di proseguire nell'esame degli ulteriori passaggi del *test*.

<sup>79</sup> Esemplicativa di tale opzione esegetica, Corte eur. dir. uomo, 4.12.2014, Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Russia.

<sup>80</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2015, Schatschaschwili c. Germania, § 113.

<sup>81</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2015, Schatschaschwili c. Germania, § 118. Nell'ambito di questo esame "a tutto tondo", non è nemmeno detto che il vaglio sui motivi che hanno giustificato l'allontanamento dal paradigma del contraddittorio debba essere condotto per primo.

<sup>82</sup> Vedi § 5.2.

sindacato sul rispetto delle garanzie convenzionali<sup>83</sup>.

Il risultato del *revirement* è che il triplice *test* fissato dalla sentenza *Al-Khawaja* perde consistenza, i suoi passaggi si sovrappongono e confluiscono in un'unica complessiva valutazione<sup>84</sup>. La Corte non è chiamata a valutarli uno alla volta, ma a fare un vero e proprio «salto triplo»<sup>85</sup>.

L'approdo è rappresentato da un approccio globale e multicriteriale, che mescola (e confonde) fattori non omogenei: presupposti di ammissione della dichiarazione del testimone assente, valutazione del comportamento tenuto dalle autorità statali nel corso dell'*iter* processuale, l'importanza della prova, i riscontri, la prudenza in fase di formazione del convincimento e non meglio specificati «altri elementi del caso concreto». Tutti questi aspetti stanno sullo stesso piano, vanno esaminati congiuntamente e “nello stesso momento”.

#### 6. Il modello *Al-Khawaja* applicato ai testi anonimi.

Secondo una linea di pensiero costantemente ribadita, se i problemi sollevati dai testimoni assenti e quelli posti dai testimoni anonimi non sono identici – in un caso il confronto dialettico non ha luogo, nell'altro (tendenzialmente<sup>86</sup>) sì, ma con limitazioni tali da risultare, il più delle volte, prive di effettività<sup>87</sup> – essi risultano,

<sup>83</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2015, Schatschaschwili c. Germania, § 112.

<sup>84</sup> In questi termini, anche S. MIRANDOLA, *Usa probatorio delle dichiarazioni di testimoni assenti e giurisprudenza europea: variazioni sul tema “Al-Khawaja”*, in *Cass. pen.*, 374.

<sup>85</sup> La definizione provocatoria è coniata dal giudice Sicilianos nell'opinione dissenziente alla sentenza Aleksandr Valeryevich Kazakov c. Russia. Il giudice, nel mettere a confronto i due opposti orientamenti relativi al modo di intendere il vaglio sui presupposti della deroga al contraddittorio, sostiene che solo l'approccio più rigoroso consente di applicare il *test* in modo che i tre passaggi siano presi in considerazione in maniera autonoma. Viceversa, se si nega il carattere di “preliminare” al sindacato sulla “buona ragione” per esonerare il teste dal confronto dialettico, si annulla la differenza tra i tre momenti e si fa appunto un “salto triplo”.

<sup>86</sup> Vedi *infra*, § 10.

<sup>87</sup> «Le difficoltà poste dal testimone assente derivano dal fatto che la sua versione dei fatti non può essere sottoposta ad uno scrutinio approfondito da parte della difesa. Tuttavia, l'identità dell'accusatore è nota all'imputato, il quale è, dunque, nella posizione di dimostrarne la falsità. I



quantomeno, assimilabili<sup>88</sup>.

Entrambe le situazioni sono suscettibili di generare collisioni con i diritti della difesa; segnatamente, con il principio in forza del quale l'imputato in un procedimento penale deve avere un'adeguata possibilità di contrastare le accuse mosse a suo carico e metterne in dubbio la credibilità.

Di qui l'opportunità che il *test Al-Khawaja*, sebbene "tarato" sull'ipotesi in cui la deroga al contraddittorio dipenda dall'assenza del testimone dal dibattimento, trovi applicazione anche con riferimento ai contributi probatori provenienti da fonti sconosciute alla difesa.

Il *modus procedendi* è quello in precedenza analizzato.

### 6.1. La "buona ragione" per concedere l'anonimato.

In primo luogo, il giudice europeo deve verificare che vi sia un motivo valido per tenere segreta l'identità del dichiarante. Di fatto, nei casi in cui sono coinvolti testimoni anonimi, tale ragione è rappresentata quasi esclusivamente<sup>89</sup> dal timore di rappresaglie.

Non è sufficiente, tuttavia, che il soggetto chiamato a deporre si mostri spaventato perché gli venga accordata la protezione richiesta. In linea con i principi espressi in materia di testi assenti, occorre che gli stati emotivi abbiano basi oggettive. È indispensabile, cioè, accertare l'esistenza di un pericolo serio per l'incolumità del dichiarante.

---

testimoni anonimi, viceversa, si sottopongono al controesame della difesa, la quale ha così la possibilità di evidenziare e chiedere conto di tutte le contraddizioni e incongruenze emerse nella deposizione. Il giudice, inoltre, ha modo di valutarne il contegno. Ciò che difetta, in questo caso, è l'opportunità di indagare sulle ragioni per le quali il testimone potrebbe essere ritenuto inattendibile». Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012, Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito, § 74.

<sup>88</sup> Corte eur. dir. uomo, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 127; Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito, § 74; Corte eur. dir. uomo, 6.12.2012, Pesukic c. Svizzera, § 45.

<sup>89</sup> A questa se ne affianca un'altra: l'esigenza di preservare le risorse investigative, nel caso in cui il teste sia un agente sotto copertura. Per questi aspetti, vedi *infra*, § 8.

Gli indicatori presi in considerazione a questi fini sono vari: l'esistenza di minacce indirizzate alla persona chiamata a deporre, la personalità dell'imputato, l'ambito criminale nel quale è maturato l'episodio delittuoso ecc.<sup>90</sup>.

Si sono registrate oscillazioni in giurisprudenza in ordine al seguente problema: se sia legittimo o meno dedurre il rischio semplicemente dalla gravità dei reati contestati o dal contesto criminale, senza operare alcuna valutazione "individualizzante"<sup>91</sup>.

Un approccio di questo tipo viene respinto nelle sentenze *Van Mechelen*<sup>92</sup> e *Visser*<sup>93</sup>. Nelle rispettive motivazioni si contesta ai giudici nazionali una verifica superficiale del pericolo necessario per attivare lo scudo dell'anonimato. Nell'un caso (*Van Mechelen*), infatti, l'apparato giustificativo della misura si era concentrato esclusivamente sulla gravità dei reati oggetto di accertamento (rapina e tentato omicidio); nell'altro (*Visser*), il rischio di azioni vendicative ai danni dei testimoni era stato desunto dalla reputazione violenta di uno dei complici dell'imputato.

La medesima linea rigorosa viene tenuta dalla Corte nel caso *Krasniki*<sup>94</sup>. Il ricorrente era stato condannato per il reato di produzione e possesso illegale di sostanza stupefacente dall'autorità giudiziaria della Repubblica Ceca. Ad accusarlo due tossicodipendenti ai quali l'imputato aveva venduto alcune dosi di eroina. I testimoni, preoccupati delle ritorsioni che la loro deposizione avrebbe potuto

---

<sup>90</sup> V. A. BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie*, cit., 3010.

<sup>91</sup> In proposito, v. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005, 318 s.

<sup>92</sup> Corte eur. dir. uomo, 23.4.1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*. I ricorrenti sono imputati dei reati di rapina e tentato omicidio. L'accusa si regge sulle dichiarazioni anonime rese da alcuni funzionari di polizia, che avevano prima pedinato e poi inseguito gli imputati. Alcuni di questi erano rimasti feriti nelle operazioni di arresto poiché gli imputati, braccati, avevano aperto il fuoco. La segretezza dell'identità dei testimoni viene disposta dalle autorità nazionali in ragione della gravità dei reati contestati.

<sup>93</sup> Corte eur. dir. uomo, 14.2.2002, *Visser c. Paesi Bassi*. L'accusa mossa nei confronti del ricorrente è quella di essere stato complice in un sequestro di persona. La principale prova a carico dell'imputato è la deposizione resa al giudice per le indagini preliminari (e utilizzata ai fini del giudizio) da parte di una persona informata dei fatti che chiede di rimanere anonima in ragione del rischio di subire azioni ritorsive.

<sup>94</sup> Corte eur. dir. uomo, 28.2.2006, *Krasniki c. Repubblica Ceca*.

scatenare, avevano chiesto (e ottenuto) che la propria identità rimanesse celata. A sostegno della richiesta, i due avevano raccontato di aver subito minacce in passato da parte di persone di nazionalità jugoslava – la stessa dell'imputato – e dedite allo spaccio di droga. Questi generici riferimenti al tipo etnico e criminologico, però, non avevano offerto alcuna prova di un collegamento, diretto o indiretto, tra gli episodi di intimidazione riportati e l'imputato. Per tale ragione, la Corte europea ravvisa un *deficit* di giustificazione nel disporre la protezione delle fonti di prova. Gli inquirenti – sostengono i giudici europei – «non hanno accertato la ragionevolezza dei timori espressi»; alla luce di queste circostanze, «l'interesse dei testimoni a rimanere anonimi non giustifica la limitazione dei diritti della difesa»<sup>95</sup>.

In altre occasioni, tuttavia, la Corte veicola l'idea che sulla base di considerazioni – generiche – relative al tipo di contesto criminale in cui affonda le radici il reato contestato si possa validamente inferire l'esistenza di un pericolo per la sicurezza delle persone chiamate a deporre. Ad esempio, nella sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*<sup>96</sup> i giudici di Strasburgo ritengono immune da censure la decisione con la quale l'autorità giudiziaria domestica aveva disposto la segretazione dell'identità dei testimoni in ragione del fatto che «gli spacciatori di droga ricorrono frequentemente a minacce o alla violenza nei confronti delle persone che testimoniano contro di loro»<sup>97</sup>.

S'inserisce nel medesimo solco anche la più recente pronuncia *Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito*<sup>98</sup>. I fatti oggetto di accertamento erano maturati nel contesto di una faida tra bande criminali e la Corte europea, nell'esaminare la ragionevolezza

---

<sup>95</sup> Corte eur. dir. uomo, 28.2.2006, *Krasniki c. Repubblica Ceca*, §§ 81-83.

<sup>96</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.3.1996, *Doorson c. Paesi Bassi*. Nel corso di un'operazione di contrasto al traffico di stupefacenti, alcuni membri delle forze di polizia scattano delle fotografie ai soggetti impegnati nelle operazioni di spaccio e le mostrano, qualche tempo dopo, a svariati tossicodipendenti. Otto persone riconoscono il ricorrente, il quale viene arrestato e sottoposto a procedimento penale. Fra gli accusatori, sei rimangono anonimi e solo due fra questi vengono esaminati dal giudice alla presenza della difesa. L'imputato subisce una condanna per i fatti a lui addebitati. Davanti alla Corte europea, questi contesta, fra le altre cose, la necessità di disporre l'anonimato a fronte dell'assenza di prove circa l'esistenza di alcun reale pericolo per i dichiaranti.

<sup>97</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.3.1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 71.

<sup>98</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), *Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito*.

della scelta del giudice inglese di proteggere le fonti di prova, osserva che gli autori di reati “*gang-related*” «spesso contano sul fatto che i testimoni saranno riluttanti a muovere delle accuse nei loro confronti per paura di ripercussioni per l’incolumità propria o dei familiari»; in questi casi, il silenzio serbato da chi è a conoscenza di elementi utili per il processo «permette ai responsabili di agire impunemente». Di qui, la considerazione che l’anonimato è uno strumento importante nel contrasto a questo genere di fenomeni e che, nel caso di specie, ci fosse senz’altro una buona ragione per concederlo<sup>99</sup>.

La fragilità degli argomenti è di tutta evidenza: i giudici europei non fanno riferimento a concreti fattori di rischio per i dichiaranti e si limitano a supposizioni, ipotesi astratte. Di più: i toni della motivazione sembrano suggerire una sorta di legittimazione generale dell’istituto in tutti i casi in cui si proceda per delitti maturati in contesti criminali che destino un particolare allarme sociale.

L’indirizzo interpretativo da condividere è quello che – improntato ad un maggiore rigore – esige una valutazione caso per caso, secondo cadenze “individualizzanti”, dei pericoli incombenti sui testimoni (e della correlativa esigenza di protezione). Ragionare diversamente significa avallare presunzioni tali per cui, ad esempio, nei processi per fatti di criminalità organizzata, l’anonimato dei testimoni finisce per trasformarsi in regola e l’onere motivazionale del giudice in una vuota formula<sup>100</sup>. È vero che, statisticamente, il condizionamento delle fonti di prova è un fenomeno legato soprattutto a determinati ambiti criminosi e a particolari tipologie di reati<sup>101</sup>; tuttavia, automatismi di questo tipo si pongono in radicale contrapposizione

---

<sup>99</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito, § 80.

<sup>100</sup> Un’impostazione di questo tipo è fortemente criticata da A. ASHWORTH, *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Sweet & Maxwell, 2002, 77 s.; F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del convegno Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, p. 54; S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime*, cit., p. 1703; VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., p. 860.

<sup>101</sup> Per un’analisi della stretta correlazione tra condotte intimidatorie e reati maturati in “istituzioni chiuse” (come le associazioni criminali), si veda E. SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, 2419. Per una disamina sui tratti comuni dei procedimenti in cui si fa uso di testimonianze anonime, si rinvia a S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime*, cit., 1705.

con la logica di *extrema ratio* che permea l'istituto, così insidioso per il diritto di difesa.

Sulla scorta di quanto già ricordato in via generale, per ritenere positivamente superato il primo *step* del *test Al-Khawaja* non è sufficiente accertare la sussistenza di un pericolo attuale e concreto per l'incolumità del testimone. C'è una "buona ragione" per concedere l'anonimato, infatti, solo se tale forma di protezione risulta indispensabile. Di qui, l'obbligo per il giudice di verificare la possibilità di adottare misure alternative, egualmente efficaci ma meno pregiudizievoli per l'imputato (ad esempio, l'esame a distanza)<sup>102</sup>.

Si profila, a questo riguardo, una questione spinosa: a fronte della paura di sottoporsi al confronto, è preferibile che il soggetto chiamato a deporre sia dispensato dall'esame dibattimentale (con relativo recupero delle dichiarazioni precedentemente rese) o che la sua identità sia celata all'imputato? Si pone, cioè, un problema di coordinamento tra misure eccezionali; bisogna capire quale fra le due rappresenti davvero l'*extrema ratio*.

L'*impasse* è stata superata dalla sentenza *Al-Khawaja*. All'atto di esaminare a quali condizioni lo stato di timore legittimi il recupero di atti formati in fase pre-dibattimentale, la Grande Camera specifica che, qualora sia possibile assumere la testimonianza in forma anonima, questa soluzione è preferibile rispetto all'esonero dall'esame<sup>103</sup>.

Dunque, il criterio di stretta necessità vale per entrambe le deviazioni dal contraddittorio, ma esiste una precisa gerarchia. Tra una testimonianza assunta nel dibattimento con tutti i limiti contenutistici implicati dall'anonimato e una testimonianza formata unilateralmente, ma proveniente da fonte nota, è bene privilegiare la prima soluzione.

La Corte Edu non esplicita le ragioni che giustificano tale enunciazione di principio, la quale potrebbe risultare, per certi versi, opinabile; sicuramente, è azzardata la scelta di attribuirvi una portata generale. Il tema è delicatissimo: in astratto, è impossibile decidere se sia meno pregiudizievole il contributo di un testimone anonimo o di uno "assente".

<sup>102</sup> Corte eur. dir. uomo, 23.4.1997, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, § 58.

<sup>103</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 125.

Nell'ottica di valorizzare al massimo le prerogative difensive, la Corte avrebbe forse dovuto evitare di pronunciarsi in maniera categorica e riservarsi un margine di manovra per individuare, di volta in volta, la soluzione più conforme ai principi del "giusto processo".

Ad ogni modo, questa presa di posizione ha un effetto immediatamente percepibile: essa è suscettibile di espandere il bacino applicativo dell'anonimato. Gli stati membri sanno che, a fronte di una situazione in cui la tutela del teste può essere perseguita sia mediante il ricorso all'occultamento dell'identità sia attraverso l'esonero dall'esame, la prima soluzione è ritenuta maggiormente in linea con la Convezione.

## 6.2. *L'importanza della prova e le garanzie procedurali.*

In seconda battuta, occorre verificare il peso delle dichiarazioni anonime nell'economia globale della causa. Se hanno giocato un ruolo decisivo (o anche solo significativo) per l'accertamento della colpevolezza, il loro impiego è compatibile con l'art. 6 C.e.d.u. solo se si rinvencono, nel caso di specie, garanzie procedurali in grado di neutralizzare i pregiudizi della difesa<sup>104</sup>.

Speciale attenzione è dedicata al profilo cognitivo: le contromisure attivate in favore dell'accusato sono adeguate se consentono una valutazione dell'attendibilità della prova sfuggita al confronto.

Il primo fattore di bilanciamento a venire in rilievo è la conoscenza da parte del giudice della reale identità del testimone<sup>105</sup>. Nell'ottica della Corte di Strasburgo,

---

<sup>104</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito, § 78; Corte eur. dir. uomo, 6.12.2012, Pesukic c. Svizzera, § 45; Corte eur. dir. uomo, 18.12.2014, Scholer c. Germania, § 58.

<sup>105</sup> Tale requisito si ricava, *a contrario*, dal caso Kostovski c. Paesi Bassi. Nell'ambito del procedimento, anche il giudice era rimasto all'oscuro dei contrassegni personali dei testimoni e non aveva pertanto potuto procedere a vagliarne la credibilità soggettiva. In queste circostanze – rileva la Corte – «non può dirsi che gli handicap della difesa abbiano trovato adeguata compensazione» (§ 43). V. anche: Corte eur. dir. uomo, 6.3.2013, Pesukic c. Svizzera, §14. In dottrina, si vedano: A. BALSAMO, *Testimonianze anonime*, cit., 3011; M. VOGLIOTTI, *La logica floue*, cit., 858.

una limitazione del contraddittorio sul vaglio di credibilità della fonte di prova è accettabile solo se trova spazio una previa verifica da parte di un'authority giudiziaria imparziale. Non è indispensabile, tuttavia, che si tratti del giudice incaricato di decidere il caso: può anche essere quello della fase preliminare<sup>106</sup>.

È importante, in secondo luogo, che la difesa sia messa nella condizione di assistere all'esame del testimone anonimo<sup>107</sup> e di svolgere la *cross-examination*. L'equità della procedura si misura anche e soprattutto sul tasso di "partecipazione" assicurato all'imputato, sul suo coinvolgimento attivo nella formazione della prova.

Non è necessaria la presenza fisica nel luogo ove la deposizione è resa: anche un collegamento audio-visivo (al limite, anche solo audio<sup>108</sup>) va bene, a condizione che consenta all'imputato di vedere la scena cogliere le reazioni dell'esaminato.

Nel caso *Papadakis*<sup>109</sup> i giudici di Strasburgo ha condannato lo stato macedone poiché le procedure seguite per la raccolta del sapere del teste anonimo erano state troppo restrittive dei diritti dell'accusato: questi, escluso dall'aula d'udienza, non aveva potuto valutare il contegno della fonte di prova. In queste circostanze – rileva la Corte – non si possono ritenere sufficienti le misure di bilanciamento attivate.

A scalfire tale assunto non vale la considerazione che il giudice ha comunque accertato la credibilità del testimone; questo non compensa, infatti, la mancata opportunità per la difesa di maturare una «propria opinione sull'attendibilità della prova d'accusa»<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.3.1996, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, § 73.

<sup>107</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito, § 82.

<sup>108</sup> Corte eur. dir. uomo, 6.12.2013, Pesukic c. Svizzera, § 51.

<sup>109</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.2.2013, Papadakis c. Macedonia.

<sup>110</sup> Corte eur. dir. uomo, 26.2.2013, Papadakis c. Macedonia, § 91. Una pronuncia più risalente, che condivide tale impostazione, è Corte eur. dir. uomo, 26.3.1996, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, § 62. Anche qui, il ricorrente aveva lamentato l'assenza di garanzie procedurali adeguate, in ragione del fatto che, nel momento in cui l'esame del teste aveva avuto luogo, la difesa si trovava in una stanza separata, collegata con l'aula d'udienza solo via audio. Non era stato possibile, pertanto, studiare le reazioni del dichiarante. La Corte europea ravvisa, nel caso di specie, una violazione dell'art. 6 C.e.d.u., valorizzando proprio il *deficit* relativo al mancato "approccio visivo".

In senso difforme, vedi però Corte eur. dir. uomo, 6.12.2012, Pesukic c. Svizzera. Il testimone era stato sentito dal giudice in assenza dell'imputato, il quale, collocato in una stanza separata, poteva

L'orientamento va senz'altro condiviso: analizzare il comportamento dell'esaminato è fondamentale anche al fine di condurre adeguatamente il controesame e decidere se e come rivolgere ulteriori domande.

Un dato, però, va tenuto presente: tutelare l'identità del testimone spesso significa (anche) adottare cautele tese ad evitare che, al momento dell'escussione, il volto del soggetto sia visibile. In questi casi, una parte significativa del linguaggio non verbale rimane inaccessibile alle valutazioni della difesa, e la garanzia, inevitabilmente, si slabbra.

Affinché l'attendibilità della prova d'accusa sia efficacemente vagliata, occorre poi che la difesa abbia la possibilità di sottoporre il testimone anonimo alla *cross-examination*. Devono poter essere rivolte tutte le domande ritenute utili per contestare la deposizione, salvo quelle suscettibili di condurre all'identificazione della fonte di prova.

Non è chiara, tuttavia, la portata dell'eccezione: la Corte non indica un catalogo di temi il cui approfondimento sia, in via generale, inibito alla difesa; d'altra parte, nemmeno attribuisce al giudice un ruolo di arbitro rispetto alla "pericolosità" degli interrogativi proposti. Di fatto, il dichiarante decide autonomamente – e senza che nessuno possa sindacare tale scelta – a quali domande rispondere e a quali no<sup>111</sup>.

---

solo sentire la sua voce (peraltro distorta). La Corte, in motivazione, riconosce che «la difesa era stata privata della possibilità di osservare il contegno dell'esaminato e valutarne così l'attendibilità». Tuttavia, valorizza il fatto che l'imputato aveva potuto porre delle domande al teste tramite il collegamento audio, che l'organo incaricato della decisione – al quale la vista del testimone non era stata preclusa – aveva potuto cogliere le reazioni del dichiarante e, infine, che il giudice aveva osservato particolare cautela in fase di valutazione della prova. Sulla scorta di tali elementi, la valutazione dei giudici europei è positiva: nel caso di specie, il tasso di equità del procedimento non è sceso al di sotto della soglia minima accettabile (§§ 51-52).

<sup>111</sup> Nel caso *Pesukic*, il ricorrente lamenta il fatto che l'accusatore (l'unico testimone oculare di un omicidio) si fosse rifiutato di rispondere a molte delle domande poste dalla difesa, ritenute di notevole importanza per la verifica dell'attendibilità della prova. Il teste aveva considerato suscettibili di condurre alla propria identificazione una serie nutrita di interrogativi, concernenti i temi più vari: se facesse uso o meno di occhiali, quale comportamento avesse tenuto prima e dopo l'episodio criminoso, con quale mezzo di locomozione fosse arrivato e se ne fosse andato dal luogo dei fatti, se avesse o meno precedenti penali ecc. Nel complesso, i limiti contenutistici del controesame appaiono



È evidente, a fronte di questo assetto, quanto sia mutevole la consistenza della garanzia in esame in relazione alle circostanze del caso concreto.

Un altro aspetto che misura l'effettività della *cross-examination* è la quantità e qualità delle informazioni fornite dall'accusa circa la credibilità soggettiva del teste. Si tratta di un corredo informativo che consente alla difesa di scegliere quali domande porre, quali punti approfondire, quali affermazioni contestare. È idoneo, insomma, a riempire i "buchi neri" che attengono al *background* e ai possibili motivi di astio o inattendibilità del teste.

Nella sentenza *Ellis, Simms e Martin*<sup>112</sup>, la Corte ha valorizzato precisamente questo aspetto. La violazione dell'art. 6 C.e.d.u. è stata esclusa poiché, nel corso del procedimento, c'era stata una significativa *disclosure*: l'autorità inquirente aveva reso note una serie di notizie (circa il coinvolgimento del teste nel mondo delle bande criminali, i suoi rapporti con le forze dell'ordine e i motivi della collaborazione) che, in forza dello scudo dell'anonimato, sarebbero altrimenti rimaste inaccessibili per la difesa. In questo modo – osserva la Corte – era stata possibile una «estesa ed approfondita *cross-examination*»: l'imputato aveva potuto lanciare un «formidabile attacco alla credibilità» del dichiarante e alle accuse mosse<sup>113</sup>.

Il fatto che il *deficit* di conoscenza che affligge la difesa possa essere superato grazie alle informazioni fornite dall'accusa risulta, per certi versi, paradossale. In sostanza, il materiale e gli argomenti utili a screditare il testimone sono procurati da chi ha il maggiore interesse a che questi sia ritenuto credibile.

Si tratta di un sistema di controllo dell'attendibilità della prova che può essere

---

considerevoli e, in alcuni casi, opinabili (risulta difficile credere che, se anche il testimone avesse dichiarato di avere o meno precedenti penali, avrebbe corso un serio rischio di venire identificato).

<sup>112</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012, *Ellis, Simms e Martin*. Il 2 gennaio 2003 due donne vengono uccise e altre due ferite da colpi di arma da fuoco, fuori da un salone di parrucchieri a Birmingham. Le indagini sono indirizzate da subito verso l'ipotesi di una vendetta fra bande criminali. La tesi dell'accusa è che l'omicidio e il ferimento delle donne costituisca una reazione violenta ad un omicidio avvenuto qualche tempo prima, probabilmente ad opera di alcuni membri della *gang* avversaria. L'individuazione degli autori materiali della sparatoria poggia sulle dichiarazioni di alcuni testimoni anonimi, presenti al momento dei fatti.

<sup>113</sup> Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), *Ellis, Simms e Martin*, § 86.

definito «*“all-in-the-family”*»<sup>114</sup>: l'accusa svolge anche il lavoro della difesa, presenta sia la tesi che l'antitesi.

I nodi problematici sono immediatamente percepibili: chi controlla i controllori? Come fa l'accusato ad avere la sicurezza che le informazioni somministrate siano corrette ed esaustive? E anche a prescindere da questo (poniamo che l'accusa svolga le indagini più minuziose), rimane il fatto che gli accertamenti svolti dall'autorità inquirente, anche quelli che hanno ad oggetto i profili di incoerenza e debolezza della prova, sono influenzati dall'obiettivo che la parte pubblica ha di mira: provare la solidità della tesi accusatoria. È impensabile che chi ha questo interesse possa calarsi in maniera effettiva nel ruolo di chi è portatore dell'interesse opposto; di più: pare difficile che riesca anche solo ad assumere un atteggiamento imparziale nello svolgere tali verifiche. C'è, insomma, un problema di “prospettiva”: l'atteggiamento e le finalità perseguite contano nel modo in cui si svolgono le indagini e si approfondiscono i temi di prova.

Infine, esistono anche altri contrappesi – diversi dalle garanzie procedurali di cui si è detto – suscettibili di neutralizzare i pregiudizi della difesa. Si tratta di fattori di bilanciamento che agiscono sul piano della valutazione della prova. Rilevano, in questo senso, i riscontri: il fatto che la testimonianza viziata sia messa in relazione con altri elementi del compendio probatorio che ne confermino l'attendibilità

---

<sup>114</sup> L'espressione è impiegata dai giudici Zupancic, Yudkivska e De Gaetano nella *separate opinion* alla sentenza Scholer c. Germania (per un resoconto della vicenda v. *infra*). Nel caso di specie, il giudice nazionale aveva concesso all'imputato di rivolgere al testimone d'accusa (un agente sotto copertura che aveva preso parte alle indagini che avevano condotto all'incriminazione del sig. Scholer) le domande ritenute utili per svolgere la propria difesa; tali domande erano pervenute al teste per il tramite del funzionario di polizia che aveva supervisionato le operazioni investigative (e che «aveva il maggiore interesse a che l'imputato fosse condannato», sottolineano i tre giudici), il quale aveva provveduto poi a far avere al giudice le risposte. Secondo i giudici dissenzienti, tale *modus operandi* è fortemente sbilanciato dalla parte dell'accusa (la quale finisce con il gestire il controesame) risultando incompatibile con i canoni del “giusto processo”. Le medesime criticità possono essere riscontrate anche con riferimento al sistema della “*disclosure rafforzata*”, in forza del quale – come detto – spetta all'accusa colmare le lacune conoscitive dipendenti dall'anonimato del teste. Non solo: rientra nel novero dei sistemi di controllo della credibilità del teste “*all-in-the-family*” anche la soluzione di far testimoniare gli ufficiali di polizia incaricati delle indagini sulla credibilità del teste d'accusa. V. in proposito, Corte eur. dir. uomo, 6.3.2013, Pesukic c. Svizzera, § 50.

consente di ritenere parzialmente neutralizzati i rischi connessi all'assenza di un effettivo confronto dialettico<sup>115</sup>. È importante, inoltre, che il giudice, al momento di attribuire valore alle dichiarazioni del testimone anonimo, osservi particolare cautela e dimostri di essere consapevole dei difetti “genetici” che affliggono questo tipo di deposizioni<sup>116</sup>.

### 7. *Il modello europeo di testimonianza anonima.*

Alla luce dell'analisi svolta nei paragrafi precedenti in merito alle più rilevanti applicazioni del *test Al-Khawaja* ai casi concernenti testimonianze anonime, si può tentare di ordinare i principi affermati dalla Corte e ricostruire il modello europeo di gestione dei contributi provenienti da fonti sconosciute alla difesa.

La compatibilità dei narrati anonimi con il “giusto processo” – l'abbiamo visto – dipende dalla predisposizione di una serie di contrappesi volti a riequilibrare i pregiudizi arrecati all'imputato. I fattori di bilanciamento enucleati afferiscono al procedimento probatorio nella sua interezza.

Mettiamoli in ordine. L'ammissibilità della prova è subordinata alla sussistenza di tre presupposti. In primo luogo, un giudice imparziale deve essere a conoscenza della reale identità del testimone, in modo da svolgere un'indagine sulla sua credibilità<sup>117</sup>. In secondo luogo, l'occultamento dell'identità è legittimo solo a fronte di un pericolo attuale e concreto per l'incolumità del dichiarante o dei suoi familiari. Infine, deve essere rispettato il principio di *extrema ratio*, che impone al giudice di verificare, prima di adottare una misura di protezione così radicale, che

---

<sup>115</sup> Nel caso *Ellis, Simms e Martin* (vedi § 84), il giudice del dibattimento sottolinea l'importanza che gli elementi utili per la *corroboration* siano indipendenti rispetto alle dichiarazioni anonime.

<sup>116</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 149; Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), *Ellis, Simms e Martin*, § 85.

<sup>117</sup> L'affidabilità *prima facie* della fonte di prova sembra rappresentare una *condicio sine qua non* per l'adozione della misura. Lo si ricava, *a contrario*, dal caso *Ellis, Simms e Martin*, nel quale il giudice europeo valuta positivamente il comportamento dell'autorità giurisdizionale domestica, la quale aveva negato l'anonimato ad uno dei testi dell'accusa poiché aveva ritenuto la sua credibilità eccessivamente compromessa (§ 83).

forme di tutela meno pregiudizievoli per i diritti della difesa siano inadeguate o non praticabili<sup>118</sup>.

I presupposti applicativi della misura devono essere sottoposti ad un monitoraggio costante, al fine di assicurare che il principio di stretta necessità sia rispettato in ogni fase del procedimento e non solo al momento in cui l'anonimato viene disposto<sup>119</sup>.

In sede di assunzione della testimonianza, s'impongono una serie di garanzie di partecipazione, funzionali a consentire all'imputato di contrastare la prova d'accusa nella maniera più incisiva possibile. Rilevano, in tal senso, la possibilità di osservare il contegno del dichiarante e di svolgere la *cross-examination*, la cui effettività dipende da una serie di variabili: la contestualità o meno con l'esame del pubblico ministero; l'estensione dei limiti contenutistici; la quantità e qualità del materiale offerto dall'accusa in relazione ai possibili motivi di inaffidabilità del teste.

In fase di valutazione, infine, giocano un ruolo importante i riscontri alle dichiarazioni viziate e la prudenza osservata dal giudice al momento di verificare il valore dimostrativo degli elementi non sottoposti a confronto.

*8. Differenziazioni nell'ambito della categoria dei dichiaranti anonimi: il teste comune, il funzionario di polizia e l'agente sotto copertura. Riflessi sul regime di ammissibilità della prova.*

La categoria del testimone anonimo non è, sul versante soggettivo, indifferenziata. Essa ricomprende figure – che posseggono particolari qualità e *status* – in relazione alle quali (parzialmente) diverse sono le ragioni che giustificano la tutela dell'identità, così come diversa è anche l'intensità con cui s'impone l'esigenza di protezione.

In questa prospettiva, occorre distinguere fra comuni cittadini e agenti di

---

<sup>118</sup> V. S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime*, cit., 1705.

<sup>119</sup> Nel caso *Ellis, Simms e Martin*, la Corte valorizza questo profilo. Il giudice del dibattimento aveva verificato per tre volte, in momenti successivi, sia l'esigenza di tutelare la fonte di prova sia la sua credibilità. Il fatto di sottoporre questi aspetti ad un controllo continuo rappresenta, nell'ottica dei giudici europei, un significativo fattore di bilanciamento (§ 82).

polizia giudiziaria. Nella sentenza *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, i giudici di Strasburgo osservano che il bilanciamento di interessi tra i diritti della difesa e le esigenze di tutela dei testimoni presenta problemi peculiari quando l'anonimato è concesso ai funzionari di polizia. Innanzitutto – si sottolinea – non si tratta di soggetti terzi, disinteressati ai fatti della causa; in secondo luogo, «è nella natura delle cose che fra i loro doveri [...] vi sia quello di deporre in udienza pubblica»<sup>120</sup>. Di qui, l'esortazione a limitarne l'impiego quali testi anonimi in maniera (ancora) più rigorosa e a rendere il vaglio di ammissibilità della prova più severo<sup>121</sup>.

La Corte mette in evidenza due aspetti, connessi al ruolo e alla posizione rivestita dai membri delle forze di polizia, che valgono a restringere, con riferimento a questi ultimi, l'area di ammissibilità della testimonianza anonima. I rapporti che fisiologicamente essi intrattengono, nell'ambito del procedimento penale, con il pubblico ministero li rendono degli accusatori "sospetti"; ne deriva un più forte interesse della difesa a non vedersi contrapposto alcun ostacolo nella verifica sull'attendibilità della fonte di prova. Non solo: il dovere civico di prestare testimonianza apertamente, senza trincerarsi dietro lo scudo dell'anonimato, assume, con riferimento agli agenti di polizia, connotati maggiormente imperativi. Questi ultimi, infatti, sono chiamati a combattere la criminalità anche nelle aule di tribunale, tenendo in considerazione che l'esposizione al pericolo rientra, in qualche misura, "nel mestiere"<sup>122</sup>.

I giudici di Strasburgo si soffermano, poi, su una particolare categoria di funzionari di polizia: quelli impiegati in attività sotto copertura. In relazione agli *undercover* – affermano – l'anonimato è funzionale non solo a tutelare la vita e la sicurezza degli agenti, ma anche in un'ottica di conservazione delle risorse investigative<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Corte eur. dir. uomo, 23.4.1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, § 56.

<sup>121</sup> V. S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime*, cit., 1703.

<sup>122</sup> Ciò non significa, ovviamente, che, in presenza di una minaccia seria all'incolumità personale, gli appartenenti alle forze dell'ordine non siano meritevoli di protezione; semplicemente, i timori e le preoccupazioni da essi rappresentati in merito alla propria sicurezza andranno vagliati con maggiore rigore.

<sup>123</sup> Un riferimento esplicito a questa ulteriore giustificazione per la tutela dell'identità degli *undercover* è contenuto nella Raccomandazione 1997/13 del Consiglio d'Europa (in particolare al

Si profila, così, una triplice articolazione nell'ambito della categoria dei dichiaranti anonimi. I testimoni comuni<sup>124</sup> – disinteressati ai fatti della causa e maggiormente bisognosi di protezione – godono di un regime di tutela più “generoso” rispetto ai funzionari di polizia, per i quali l'esposizione al pericolo rientra, entro determinati limiti, nei doveri di servizio e che lavorano a stretto contatto con la pubblica accusa. In una posizione intermedia, troviamo gli *undercover* in relazione ai quali vale un regime di “doppia specialità”: all'accentuazione del carattere di eccezionalità della concessione dell'anonimato (dovuto alle predette implicazioni connesse alla qualifica di agente di polizia) «fa da *pendant* una più ampia gamma di ragioni legittimanti la scelta di ammettere tale forma di protezione»<sup>125</sup>.

L'adesione alla logica di *extrema ratio* che permea l'istituto impone di diversificare la posizione dei “comuni” funzionari di polizia e di quelli che svolgono attività di infiltrazione sotto mentite spoglie. L'eventualità che il reimpiego futuro di un agente possa essere compromesso, infatti, viene in rilievo solo nell'ipotesi in cui questi, nel corso delle indagini, sia entrato in contatto con i soggetti che ha contribuito ad arrestare, non invece qualora abbia svolto delle attività sì “coperte” (pensiamo ad un pedinamento), ma che non abbiano implicato rapporti diretti con l'indagato né l'adozione, nel corso delle operazioni investigative, di generalità fittizie.

Tale distinzione, tuttavia, non ha trovato finora riscontro nella giurisprudenza europea. Il principio per cui le autorità di polizia hanno un legittimo interesse a

---

§11, nel quale si legge che «l'anonimato è garantito quando l'autorità giudiziaria [...] rileva che la vita o la libertà della persona coinvolta è seriamente messa in pericolo ovvero, nel caso di un agente sotto copertura, il suo reimpiego futuro risulti fortemente a rischio»).

<sup>124</sup> Un discorso a parte va fatto con riferimento al testimone anonimo-persona offesa. L'anonimato in chiave di tutela della vittima del reato ha senso solo in relazione ai soggetti “non individuabili” da parte del reo. S. MAFFEI (*The right to confrontation in Europe*, cit., 58) porta come esempio l'attentato terroristico “di massa”, ove il *target* viene selezionato dagli attentatori in via generica. Nei casi in cui il reato è stato commesso contro certe persone proprio perché si tratta di quelle persone (con una selezione su base individuale, quindi), l'imputato conosce l'identità dell'offeso; si rivela pertanto inutile, in questi casi, tutelare la fonte di prova occultandone i contrassegni personali. Sottolinea questo aspetto anche M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, Cedam, 2014, 55.

<sup>125</sup> V. A. BALSAMO, *Testimonianze anonime*, cit., 3011.

mantenere il riserbo sulla reale identità dei propri agenti è stato infatti enunciato in relazione ad una vicenda (la citata sentenza Van Mechelen) che non vedeva coinvolto alcun agente *undercover*. Nel caso di specie, i funzionari di polizia avevano compiuto una mera attività di osservazione e controllo “a distanza” degli indagati, senza stabilire con gli stessi alcun contatto e senza che ci fosse stato bisogno, nel corso delle indagini, di farsi attribuire un’identità di copertura.

Ebbene, non si vede come, in un caso del genere, si potesse profilare il rischio di compromissione delle risorse investigative: non esisteva alcuna copertura che potesse venire “bruciata” e gli imputati non avevano alcun elemento per ricollegare le generalità declinate in dibattimento con le fattezze fisiche dei dichiaranti, con i quali non avevano avuto alcuna relazione diretta significativa.

#### 9. *Gli agenti sotto copertura: testimoni “non propriamente anonimi”.*

C’è un ulteriore profilo di specialità che – secondo i giudici europei – contraddistingue gli *undercover* e che incide sulla possibilità di qualificare gli stessi quali dichiaranti autenticamente anonimi.

Sulla scorta di un’analisi delle pronunce più significative in materia<sup>126</sup>, emerge come la Corte sia incline ad escludere che, nei casi in cui è tutelata l’identità dell’agente sotto copertura, la difesa abbia a che fare con un vero e proprio testimone anonimo. Per due ragioni: in primo luogo – si dice – si tratta di un funzionario di polizia; in secondo luogo, egli è conosciuto “fisicamente” dall’imputato.

Tale impostazione desta più di qualche perplessità, sia per gli argomenti – fragili - sui quali si regge, sia per l’obiettivo preso di mira, ossia minimizzare l’impatto che l’occultamento dell’identità del soggetto chiamato a deporre produce sui diritti difensivi nei casi in cui siano coinvolti agenti *undercover*.

Andiamo con ordine. Se ci si sofferma sulla prima delle considerazioni spese, s’intravede, nel discorso dei giudici europei, un’indebita sovrapposizione di due piani distinti. Il testimone è anonimo quando la sua reale identità anagrafica rimane

---

<sup>126</sup> Si vedano, in particolare, Corte eur. dir. uomo, 15.6.1992, Ludi c. Svizzera, § 49 e Corte eur. dir. uomo, 26.2.2013, Papadakis c. Macedonia, § 90.

celata alla difesa; non incide, su questo stato di cose, l'eventuale qualifica di funzionario di polizia riconosciuta in capo al dichiarante.

Insomma, il testimone è "tecnicamente" anonimo, tuttavia – questa sembra essere, in realtà, l'idea veicolata dalla Corte – nei casi in cui a deporre sia un membro delle forze di polizia non sorgono questioni sulla credibilità soggettiva della fonte; da ciò deriva che la tutela dell'identità non risulta, in fondo, così pregiudizievole per i diritti difensivi.

L'approccio appare infondato e pericoloso. Presunzioni rigide, basate su astratte considerazioni circa la "moralità" di determinate categorie di testimoni, sono apodittiche e fuorvianti, nella duplice direzione nella quale possono essere spinte. Così come è sbagliato dire che i criminali sono sempre inattendibili, allo stesso modo è sbagliato sostenere che tutti i soggetti appartenenti alle forze dell'ordine sono senz'altro affidabili.

Anche l'argomento per cui il testimone è "un po' meno anonimo" perché l'imputato lo conosce "fisicamente" presta il fianco a solide obiezioni critiche. È vero che quando l'accusato è venuto in contatto con l'agente ha acquisito alcune informazioni che attengono ai contrassegni personali e al carattere del dichiarante che può utilizzare per contrastare le accuse mosse a suo carico e per costruire una linea difensiva.

Si deve considerare, tuttavia, che la fenomenologia delle operazioni sotto copertura è variegata. In alcuni casi – si pensi ad un acquisto simulato di droga – la relazione instauratasi tra l'*undercover* e l'indagato può essere effimera e, dunque, non significativa in tal senso<sup>127</sup>. Se un qualche fondamento può essere riconosciuto al principio in esame, esso appare predicabile con limitato riferimento alle ipotesi di infiltrazione di lunga o medio-lunga durata.

È bene ricordare, inoltre, che il rapporto tra l'*undercover* e l'indagato si basa su una *fictio*. La creazione del profilo fasullo implica una serie nutrita e non

---

<sup>127</sup> La Corte europea ha enunciato il principio per cui la conoscenza "fisica" dell'agente rende il testimone non propriamente anonimo (anche) con riferimento ad una vicenda nella quale il contatto tra *undercover* e indagato si era risolto in un unico incontro per stabilire il prezzo e le modalità di consegna della sostanza stupefacente. V. Corte eur. dir. uomo, 12.6.2014, *Doncev e Burgov c. Macedonia*, § 58.



astrattamente predeterminabile di “inganni” sull’aspetto fisico, sul passato, sulle caratteristiche soggettive e caratteriali dell’agente. Non è detto, pertanto, che le informazioni apprese dall’imputato corrispondano al vero<sup>128</sup>.

Infine, se anche l’imputato è in grado di ricollegare le generalità di copertura a una persona con determinate fattezze esteriori (che ha frequentato per un periodo più o meno prolungato) alcuni profili utili per valutare la credibilità soggettiva del testimone rimangono comunque insondabili.

Sulla base delle considerazioni svolte, è bene ridimensionare il principio espresso dalla Corte; il *vulnus* che si determina sui diritti della difesa ogni volta che la reale identità del testimone viene celata può risultare forse, in certi casi particolari, attenuato, ma certamente non colmato, dalla circostanza che l’imputato ha conosciuto “fisicamente” il dichiarante.

#### *10. La gestione del contributo dei dichiaranti ad un tempo anonimi ed “assenti”.*

In alcune occasioni la Corte si è trovata a giudicare il tasso di equità di procedimenti nei quali la condanna del ricorrente si era fondata su dichiarazioni, rese in forma anonima, da soggetti che la difesa non aveva mai potuto interrogare: dichiarazioni, insomma, di testimoni contemporaneamente anonimi ed “assenti”.

In questi particolarissimi casi – nei quali la «deviazione dal paradigma del contraddittorio raggiunge l’apice»<sup>129</sup> (l’imputato si trova a fronteggiare una prova d’accusa “preconfezionata” dal pubblico ministero e proveniente da una fonte sconosciuta) – la *fairness* processuale poggia, anzitutto, su uno scrutinio rigoroso delle circostanze che impongono una deroga così intensa ai diritti della difesa. I presupposti che legittimano la tutela dell’identità del dichiarante, da una parte, e quelli che giustificano il recupero della deposizione pre-dibattimentale, dall’altra, vanno accertati in maniera rigorosa e indipendente, in aderenza al principio secondo

---

<sup>128</sup> Un esempio banale: l’agente potrebbe aver fatto intendere di avere una vista perfetta, quando invece, per tutto il periodo d’infiltrazione, ha portato delle lenti a contatto.

<sup>129</sup> A. TAMIETTI, *Le testimonianze anonime*, cit., 1706.

cui il *right to confrontation* deve subire il minor sacrificio possibile<sup>130</sup>.

In questa prospettiva, la concessione dell'anonimato non è, di per sé, una ragione sufficiente per esonerare il testimone dall'esame<sup>131</sup>: le ragioni di protezione che giustificano il ricorso a tale misura non sono, infatti, messe a repentaglio dall'assunzione della deposizione dibattimentale, qualora questa avvenga con degli accorgimenti tali da renderla "protetta"<sup>132</sup>.

Solo al ricorrere di condizioni (davvero) eccezionali è consentito l'impiego a fini probatori delle dichiarazioni rese in fase d'indagine dal testimone la cui identità venga mantenuta segreta.

Aderisce a questo approccio stringente la sentenza Scholer c. Germania<sup>133</sup>. Nel caso di specie, l'imputato viene condannato per reati connessi al traffico di droga sulla base delle accuse mosse da un informatore di polizia e da un agente sotto copertura, entrati in contatto con lui in qualità di fittizi acquirenti di sostanza stupefacente. Ai due è concesso l'anonimato e vengono altresì dispensati dall'esame dibattimentale: il ministero dell'interno (e poi l'autorità giudiziaria) valuta troppo alto il rischio che i dichiaranti potessero essere riconosciuti se una qualche forma di confronto con la difesa fosse stata organizzata.

La Corte europea, nell'escludere che il *vulnus* alle prerogative difensive avesse determinato una violazione dell'art. 6 C.e.d.u., pone l'accento su due aspetti.

In primo luogo, accerta l'esistenza di un pericolo particolarmente intenso di azioni ritorsive ai danni dei testimoni: l'imputato apparteneva ad una banda molto violenta, organizzata su scala internazionale. Egli aveva inoltre offerto una

---

<sup>130</sup> La possibilità di utilizzare le dichiarazioni pre-dibattimentali del teste anonimo dipende dall'esistenza di una "buona ragione" per escludere l'esame dibattimentale, sulla scorta dei principi elaborati nella giurisprudenza relativa ai testimoni "assenti". V. S. MAFFEI, *The right to confrontation in Europe*, cit., 100.

<sup>131</sup> E, sul versante speculare, il verificarsi dei presupposti per il recupero a fini probatori di dichiarazioni unilateralmente formate impone di riconsiderare l'esigenza di mantenere l'anonimato. In caso di morte del dichiarante, per esempio, vengono meno le ragioni di tutela della sua incolumità; la sua reale identità, dunque, deve essere rivelata alla difesa. Solo al ricorrere di un rischio di ritorsioni ai danni dei familiari del dichiarante risulta giustificato il mantenimento del segreto sulla fonte di prova.

<sup>132</sup> In questo modo si evita che alla difesa, già sensibilmente menomata per la mancata conoscenza dell'identità dell'accusatore, venga tolta in radice ogni possibilità di confronto con il testimone.

<sup>133</sup> Corte eur. dir. uomo, 18.12.2014, Scholer c. Germania.

dimostrazione tangibile della sua dimestichezza con le armi (ne aveva sempre una carica con sé) e della propensione a vendicare le azioni percepite come un torto: in uno degli incontri, aveva chiesto all'informatore di polizia se fosse disposto, dietro il pagamento di una somma di denaro, a picchiare un ex membro del gruppo, il quale – a suo dire – si era macchiato di tradimento nei confronti dell'organizzazione criminale.

In secondo luogo, i giudici di Strasburgo valorizzano l'atteggiamento particolarmente rigoroso delle autorità domestiche nel verificare la (im)possibilità di allestire una audizione protetta senza pregiudizio per la sicurezza dei testimoni<sup>134</sup>.

Una rigida delimitazione dei casi in cui è consentito utilizzare *contra reum* dichiarazioni provenienti da fonti di prova al contempo anonime ed "assenti" è condizione necessaria ma non sufficiente per mantenere l'equità processuale al di sopra della soglia minima prescritta dall'art. 6 C.e.d.u.

S'impone una garanzia ulteriore: all'imputato deve essere assicurata l'opportunità di testare l'attendibilità del teste "in differita", ossia sottoponendo a questi, tramite il giudice, un elenco di domande scritte<sup>135</sup>.

Nella vicenda Papadakis contro Macedonia, l'inadeguatezza dei fattori di bilanciamento rilevata dai giudici di Strasburgo dipendeva (anche) dal fatto che alla difesa era stato concessa solo un'ora per studiare il verbale dell'esame testimoniale (avvenuto alla presenza unicamente dell'accusa e del giudice) e formulare domande e contestazioni che il giudice avrebbe poi presentato al dichiarante.

Nell'apparato motivazionale della pronuncia emerge chiaramente come il *deficit* di garanzia diagnosticato dalla Corte abbia a che vedere con quei sessanta

---

<sup>134</sup> Celebrare l'udienza escludendo il pubblico e gli imputati dall'aula non fu considerato opportuno, considerata la possibilità che persone legate al *clan* dell'imputato potessero sorvegliare l'edificio dove si teneva il processo. Nemmeno far sentire i testimoni da un giudice *ad hoc* al di fuori dell'aula di udienza venne considerata una soluzione adeguata. C'era il pericolo, infatti, che i difensori passassero delle informazioni ai loro assistiti consentendo loro l'identificazione degli accusatori. Fu scartata, infine, anche l'opzione di procedere all'esame in video-conferenza con oscuramento del volto e distorsione della voce, poiché sussisteva comunque una possibilità, seppur piccola, di riconoscimento.

<sup>135</sup> È banale dire che il tasso di effettività del confronto è pericolosamente basso, se paragonato a quello associato alla *cross-examination*. L'unità temporale fa il contraddittorio: se gli apporti delle parti non sono contestuali, il risultato è la somma di due elementi di prova creati separatamente.

minuti concessi all'imputato: troppo poco per elaborare una linea difensiva<sup>136</sup>. Ciò che si ricava, *a contrario*, è che, a fronte di un lasso di tempo adeguato, anche un confronto differito e indiretto è suscettibile di salvaguardare le prerogative dell'accusato.

Tale impostazione è stata ribadita anche in una sentenza più recente. Nell'esaminare la vicenda *Doncev e Burgov*<sup>137</sup>, il giudice europeo ha escluso che lo stato macedone fosse incorso in una violazione del *fair trial* poiché aveva concesso al ricorrente di porre al teste domande per iscritto. Questa opportunità – non raccolta dall'imputato<sup>138</sup> – «avrebbe permesso un adeguato accertamento dell'affidabilità della prova»<sup>139</sup>.

### 11. *L'anonimo de relato nella giurisprudenza della Corte Edu.*

Tutte le pronunce richiamate fin qui riguardano casi in cui è coinvolto un soggetto che riferisce in giudizio, in forma anonima, fatti dei quali ha avuto percezione diretta: egli è, allo stesso tempo, la fonte materiale della notizia e la persona che quella notizia veicola nel processo. Il fatto che deponga occultando la propria identità fa della sua deposizione una “testimonianza anonima”, con quel che ne consegue sul piano dei limiti e delle condizioni affinché l'impiego a fini probatori della stessa possa considerarsi conforme ai dettami dell'art. 6 C.e.d.u.

Ancora non ci siamo soffermati sull'ipotesi – diversa, ma contigua alle logiche che hanno ispirato l'elaborazione giurisprudenziale della quale si è dato

<sup>136</sup> Corte eur. dir. uomo, 27.2.2013, *Papadakis c. Macedonia*, § 94.

<sup>137</sup> Corte eur. dir. uomo, 12.6.2014, *Doncev e Burgov c. Macedonia*. La vicenda ha ad oggetto fatti di corruzione. Due poliziotti addetti al controllo del traffico sono sospettati di accettare denaro per non contestare le infrazioni rilevate. Le indagini vengono condotte per mezzo di due agenti *undercover*, i quali, dopo aver transitato ad una velocità superiore al limite consentito, offrono del denaro ai funzionari di polizia affinché questi omettano di fare il verbale. L'accusa si regge sulla registrazione del colloquio fra gli agenti sotto copertura e gli indagati (dal quale emerge l'offerta del denaro, ma non l'accettazione) e le dichiarazioni degli *undercover* (in sostanza, l'unico elemento a provare che il tentativo di corruzione fosse andato a buon fine).

<sup>138</sup> Il quale, nell'ottica della Corte, avrebbe così rinunciato ai propri diritti *ex art. 6 C.e.d.u.*

<sup>139</sup> Corte eur. dir. uomo, 12.6.2014, *Doncev e Burgov c. Macedonia*, § 58.

conto – in cui il testimone sia noto alla difesa e riporti informazioni “di seconda mano”, apprese da qualcuno di cui non vuole, non è in grado o non può rivelare l’identità. In questo caso, l’imputato conosce colui che si fa latore dell’informazione in giudizio, ma rimane all’oscuro della persona dalla quale questi ha attinto le proprie conoscenze.

A rigore, non si può parlare di “testimonianza anonima” poiché ad essere ignoto non è il testimone, ma la fonte originaria da cui le notizie sono state mutate. Eppure, il *vulnus* per la difesa è in buona sostanza lo stesso, ossia l’estrema difficoltà di contestare accuse la cui provenienza rimane oscura. A fronte dell’identità del pregiudizio, ci si chiede se i principi che fanno capo alla sentenza *Al-Khawaja c. Regno Unito* debbano trovare applicazione anche in ipotesi di questo genere.

Il tema è affrontato dalla Corte nella pronuncia *Donohoe c. Irlanda*. Nel caso di specie, i ricorrenti, condannati dalle autorità irlandesi per partecipazione all’associazione sovversiva *Irish Republican Army (IRA)*, lamentano di aver ricevuto un processo iniquo, in ragione della mancata *disclosure* della fonte confidenziale dalla quale il sovrintendente all’unità investigativa speciale in materia di criminalità sovversiva aveva tratto elementi utili per formarsi l’opinione – riferita in dibattimento e posta a fondamento della sentenza di condanna – che gli imputati fossero affiliati all’IRA.

L’indagine aveva preso le mosse dall’avvistamento di un furgone sospetto a *Corke Abbey*, un sobborgo di Dublino. Ricevuta la notizia, la polizia si mette sulle tracce del veicolo, lo intercetta e chiede al guidatore di identificarsi. Questi fornisce un nome falso; gli agenti decidono, così, di perquisire il furgone e rinvennero, all’interno del vano posteriore, alcuni passamontagna, un martello, due picconi e una torcia. Le persone a bordo vengono arrestate.

Il processo penale scaturito da questi fatti si conclude con una sentenza di condanna, fondata essenzialmente sugli esiti delle perquisizioni effettuate e sulla testimonianza del sovrintendente all’unità speciale dedicata alle indagini in materia di criminalità terroristica. Chiamato in ragione dell’esperienza maturata nel settore (in qualità, dunque, di “testimone esperto”) a rilasciare un parere sull’appartenenza o meno degli imputati all’IRA, questi afferma con sicurezza che gli stessi fossero membri attivi dell’organizzazione terroristica. Tale certezza – egli esplicitamente

dichiara – prescindeva dagli esiti degli accertamenti compiuti a Corke Abbey; si basava piuttosto sulle confidenze, a lui pervenute in forma sia orale che scritta, da alcuni informatori dei quali tuttavia rifiutava di fare il nome, adducendo esigenze di tutela della sicurezza pubblica e di protezione delle fonti.

I giudici di Strasburgo, pur riconoscendo la difficoltà di ricondurre la fattispecie sottoposta al loro scrutinio alla categoria concettuale della “testimonianza anonima”, decidono ugualmente di applicare il *test* Al-Khawaja; ritengono, infatti, che si tratti dello strumento più adeguato per verificare l’impatto sulla *fairness* processuale della mancata *disclosure* delle fonti consultate dal sovrintendente.

L’accertamento corre lungo i consueti binari: indagine circa l’esistenza di una buona ragione per mantenere il segreto sull’identità dei confidenti; controllo del “peso” rivestito dalla testimonianza nell’economia globale della causa; individuazione delle garanzie procedurali suscettibili di controbilanciare i diritti della difesa.

La Corte rileva, in primo luogo, che la decisione di occultare le fonti del sovrintendente fosse giustificata («*compelled and substantive*»). È molto difficile – si legge nella sentenza – condurre indagini esaustive in materia di criminalità terroristica in assenza di un apparato di informatori capaci di penetrare gli ambienti interessati e messi al riparo dal rischio (molto elevato nell’ambito di organizzazioni particolarmente violente quali appunto l’Irish Republican Army) di vendette e ritorsioni. L’anonimato delle fonti di prova rappresenta, in questi settori, uno «strumento vitale» per gli inquirenti<sup>140</sup>.

Con riferimento al secondo passaggio del *test*, la Corte conclude che la testimonianza avesse avuto un peso significativo per la pronuncia della sentenza di condanna. Gli altri elementi a sostegno dell’accusa – gli esiti della perquisizione del veicolo utilizzato al momento dell’arresto e gli esiti delle perquisizioni successivamente eseguite nelle abitazioni degli imputati – non sarebbero stati sufficienti, in assenza della deposizione del capo dell’unità investigativa anti-terrorismo, a ritenere raggiunta la prova dell’affiliazione<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Corte eur. dir. uomo, 12.12.2013, *Donohe c. Irlanda*, §§ 80-81.

<sup>141</sup> Corte eur. dir. uomo, 12.12.2013, *Donohe c. Irlanda*, § 85.

Sono esaminati, infine, i contrappesi attivati in favore della difesa<sup>142</sup>. Il giudice europeo valorizza, in questa prospettiva, la particolare natura della deposizione del sovrintendente, acquisita non come dichiarazione assertiva della verità di un certo fatto, bensì come valutazione di un esperto. L'attenzione è posta, poi, sul fatto che la corte aveva avuto accesso ai documenti consultati dal testimone e aveva escluso che fossero di alcuna rilevanza per lo svolgimento delle tesi difensive. È dato risalto, infine, alla possibilità concessa agli imputati di esaminare il capo della sezione investigativa anti-terrorismo, seppur con i limiti derivanti dall'apposizione del segreto sulla provenienza delle informazioni confidenziali. La *cross-examination*, anche se circoscritta ai temi collaterali della deposizione, aveva assicurato la dimensione dialettica del confronto.

L'analisi del giudice europeo ha come esito una valutazione positiva: non è ravvisato, nel caso di specie, un *deficit* al contraddittorio tale da compromettere l'equità globale del procedimento.

Nel complesso, la pronuncia è deludente: il bilanciamento fra le esigenze di tutela della fonte di prova e le prerogative difensive non appare ragionevole. Troppo fragili i contrappesi attivati in favore dell'imputato. In particolare, lascia perplessi la capacità "sanante" attribuita al controesame del testimone, posto che le domande ammesse avevano riguardato aspetti marginali, ininfluenti ai fini della contestazione del giudizio espresso dal sovrintendente. Stesso dicasi per quanto attiene alla diagnosi circa l'assoluta necessità di mantenere celati i nomi degli informatori, derivata non da una ricognizione di specifici fattori di rischio, ma basata, fondamentalmente, su presunzioni.

È da condividere, invece, l'impostazione adottata dalla Corte, vale a dire la scelta di richiamare e applicare le linee guida della giurisprudenza sulle testimonianze anonime. In tutti i casi in cui dichiarazioni anonime con un contenuto sfavorevole all'imputato sono impiegate dal giudice per la decisione, infatti, a prescindere dalla circostanza che l'anonimo sia veicolato in giudizio direttamente (poiché il testimone è anche la fonte materiale della notizia e provvede a riversarla nel processo in prima persona) oppure in via mediata (come nel caso di specie), il *test Al-Khawaja* offre i parametri più adeguati per effettuare il bilanciamento degli

---

<sup>142</sup> Corte eur. dir. uomo, 12.12.2013, *Donohe c. Irlanda*, §§ 88-92.

interessi in gioco<sup>143</sup>.

Bene ha fatto la Corte a operare tale inquadramento nonostante la deposizione resa dal sovrintendente sia una prova d'opinione<sup>144</sup>. Si tratta di un profilo di notevole importanza, sebbene il giudice europeo non vi abbia dedicato adeguata attenzione. Si potrebbe, infatti, dubitare che vi sia stato un effettivo impiego nel processo delle informazioni provenienti dai confidenti e, dunque, della correttezza del richiamo ai criteri elaborati nella giurisprudenza sui “testimoni anonimi”.

Il dubbio nasce a fronte del particolare rapporto esistente fra colui che rilascia un parere esperto e le fonti delle quali si è servito per formulare le proprie valutazioni.

Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza di fatti, ad altra persona,

---

<sup>143</sup> Risultano, viceversa, inadeguati – al contrario di quanto sostenuto dal giudice Lemmens nella *separate opinion* alla decisione in esame – i principi (che fanno capo alle sentenze Rowe e Davis c. Regno Unito e Edwards e Lewis c. Regno Unito) elaborati in materia di mancata *disclosure* di prove d'accusa. L'apposizione del segreto su elementi raccolti dalle autorità inquirenti dei quali l'accusa – si badi bene – non intende avvalersi nel processo rappresenta un problema del tutto diverso. In questi casi, l'asimmetria informativa tra parte pubblica e imputato è suscettibile di pregiudicare la *fairness* processuale qualora il materiale tenuto nascosto fornisca elementi a discarico o comunque attenga a temi potenzialmente rilevanti per la difesa. Semplificando, si potrebbe dire che il problema, qui, non sta nel fatto che le prove anonime sono utilizzate, bensì nel fatto che non lo sono, o meglio che, tenendo l'imputato all'oscuro della loro esistenza, se ne preclude un possibile impiego in chiave difensiva.

In queste circostanze, è necessario che il giudice accerti (nell'ambito di un procedimento incidentale di verifica che coinvolga, nella misura maggiore possibile, l'imputato) la fondatezza delle esigenze di segretezza poste dall'accusa a sostegno della scelta di omettere la *disclosure* ed escluda che prove rilevanti per la difesa rimangano, in conseguenza di quella scelta, sconosciute e inutilizzate.

In astratto, si può dire che l'occultamento dell'identità delle fonti pregiudica la difesa sia quando l'elemento probatorio è impiegato nel processo per provare la colpevolezza dell'imputato, sia quando non è utilizzato (e nemmeno portato a conoscenza della controparte), nell'ipotesi in cui l'anonimo veicoli notizie rilevanti in chiave difensiva. Nel primo caso, l'equità del procedimento si misura applicando i principi elaborati con riferimento ai “testimoni anonimi” (che presuppongono, appunto, che dell'anonimo si sia fatto uso *contra reum*); nel secondo, viene in gioco la giurisprudenza sulla mancata *disclosure* (i cui criteri sono stati costruiti con riferimento ai casi in cui il segreto cada su prove *unused*).

<sup>144</sup> Mediante l'*opinion evidence* il testimone non riferisce fatti, bensì valutazioni. V. A. KEANE, P. MCKEOWN, *The modern law of evidence*, cit., 542 s.



egli agisce come vettore a fini processuali delle informazioni acquisite dalla sua fonte. Egli è, in tutto e per tutto, una fonte di seconda mano.

Nell'ipotesi in cui il dichiarante, invece, si serva di notizie apprese da altri per rilasciare un parere tecnico, il rapporto con la fonte scolora. Egli di quelle dichiarazioni non si fa semplice latore a fini processuali, ma le “lavora”, le interpreta, le mette in collegamento con altri dati. L'elemento valutativo trascende i dati sui quali il giudizio è stato costruito e genera una prova che da quei dati è, in qualche misura, indipendente.

Se questo è vero, tuttavia, tale indipendenza non va comunque sovrastimata. L'elemento valutativo trasforma il dato alla base, ma non può prescindervi; per vagliare la qualità e l'affidabilità di un giudizio occorre conoscere gli elementi informativi dai quali è stato tratto<sup>145</sup>. Ne deriva, in caso di segretazione, un pregiudizio per la difesa di fatto assimilabile a quello che si verifica nelle ipotesi di anonimo *de relato* “puro” (intendendosi per tale il rapporto di derivazione diretta e non mediata da dinamiche valutative di una notizia).

Al fondo di tale ricostruzione, appare confermata la ragionevolezza dell'approccio adottato dalla Corte Edu. Siccome le notizie provenienti dalle fonti confidenziali avevano costituito la base del parere tecnico rilasciato dal sovrintendente dell'unità investigativa speciale – nell'ambito della propria deposizione questi aveva esplicitamente ammesso che la certezza circa l'affiliazione degli imputati derivava proprio da quanto appreso dai suoi informatori – si può dire che esse abbiano effettivamente avuto un impiego nel processo e che, pertanto, l'entità del *vulnus* arrecato alla difesa dovesse essere misurata alla stregua dei criteri elaborati nella giurisprudenza sulle “testimonianze anonime”.

---

<sup>145</sup> Tale aspetto è sottolineato dalla stessa Corte Edu: «È vero che [...] le fonti [occultate alla difesa] non erano parte del materiale probatorio del quale l'accusa aveva fatto uso. Tuttavia, la Corte ritiene opportuno, in ragione della potenziale *unfairness* causata alla difesa dal mancato disvelamento delle fonti del sovrintendente, applicare, nell'esaminare le doglianze dei ricorrenti, i principi enucleati nella sentenza *Al-Khawaja*».

12. *Prove anonime, contraddittorio e giusto processo. Evoluzioni e involuzioni.*

L'analisi della disciplina elaborata dalla giurisprudenza europea in materia di prove anonime svela alcune tendenze di fondo. Un dato, in particolare, s'impone all'attenzione dell'interprete: la progressiva erosione del contraddittorio, determinata dalla sinergia di tre fattori.

Il primo è connesso all'inquadramento nella cornice del "giusto processo" di diritti e interessi riconducibili a soggetti diversi dall'imputato.

La nostra indagine sui rapporti tra testimonianze anonime e *fairness* processuale ha preso le mosse da un passo della sentenza Doorson c. Paesi Bassi (uno dei *leading case* nella materia di cui ci occupiamo) nel quale la Corte esplicitamente afferma che un processo per potersi dire "giusto" deve tenere in adeguata considerazione gli interessi facenti capo alle persone offese dal reato e ai testimoni e che – questo è il corollario – il riconoscimento di tali interessi impone, in determinate circostanze, di limitare i diritti dell'accusato.

Tale impostazione è stata ribadita di recente dalla Gran Camera nella sentenza Al-Khawaja, nella quale si legge che «il compito della Corte è di valutare l'equità del procedimento nel suo complesso. Nello svolgere tale accertamento, essa deve considerare sia i diritti della difesa sia l'interesse della società e delle vittime che i reati siano perseguiti e, quando è necessario, anche i diritti dei testimoni»<sup>146</sup>.

L'affermazione ha delle implicazioni relevantissime poiché legittima la logica del bilanciamento in relazione a garanzie – quelle riconosciute all'imputato dall'art. 6 par. 3 C.e.d.u. – che dovrebbero esserne teoricamente immuni<sup>147</sup>.

Se è certamente vero, infatti, che il bilanciamento è lo strumento generalmente impiegato dalla Corte europea per governare la dialettica degli interessi

<sup>146</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 118.

<sup>147</sup> Per un'interessante analisi dell'approccio ambivalente della Corte in materia di protezione dei diritti umani – da una parte, persegue un «*over-inclusive approach*», ossia riconosce garanzie non esplicitamente previste (es.: diritto al silenzio dell'imputato, ricavato implicitamente dall'art. 6 par. 1 C.e.d.u.); dall'altra, limita diritti perfetti («*strong rights*», nella tassonomia dell'Autore) secondo un «*under-inclusive approach*» – si rinvia a N.A.J. CROQUET, *The European Court of human rights' norm-creation and norm-limiting processes: resolving a normative tension*, in *Columbia journal of european law*, 2011, 308 s.

in conflitto sui quali è chiamata a pronunciarsi, è altrettanto vero che per il bilanciamento nell'ambito dell'art. 6 par. 3 C.e.d.u. non sembrerebbe esservi spazio<sup>148</sup>.

Infatti, a differenza delle disposizioni successive (artt. 8-11), nell'ambito delle quali all'affermazione dello specifico diritto tutelato si affianca l'indicazione delle circostanze e delle condizioni al ricorrere delle quali lo stesso può venire limitato, la norma che elenca le prerogative dell'accusato è formulata in termini assoluti.

Adeguata attenzione deve essere rivolta, poi, al fatto che tali prerogative sono espressamente qualificate come «garanzie minime» per un giusto processo, con ciò intendendo evidentemente che esse rappresentano il risultato di un contemperamento fra interessi contrapposti già risolto dagli Stati contraenti al momento di redigere la Convenzione, senza lasciare alcuno spazio ulteriore alla Corte per “rinegoziare” gli equilibri fissati nella disposizione<sup>149</sup>.

Ebbene, il bilanciamento, teoricamente escluso dalla lettera della norma, viene legittimato sulla base di una lettura ampia – e “creativa” – del concetto di equità processuale<sup>150</sup>. Sempre meno “imputato-centrico”, il *fair trial* si è progressivamente aperto a nuovi significati<sup>151</sup>, legittimando letture restrittive dei

---

<sup>148</sup> Di contrario avviso, I. DENNIS (*The human rights act and the law of evidence: ten years on*, in *Syd. Law Rev.*, 2011, 332) il quale ritiene che l'intero testo della Convenzione sia permeato dal principio di proporzionalità; di qui, la possibilità di bilanciare le garanzie dell'art. 6 seppur in assenza di un'indicazione specifica in tal senso nell'ambito della disposizione.

<sup>149</sup> W.E. O'BRIAN (*Confrontation: the defiance of the English courts*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2011, 104) osserva correttamente: «*article 6(3) [...] refers to [...] “minimum” rights, implying that while a fair trial might require other things in some cases, it requires at least the rights specified in article 6(3)*».

<sup>150</sup> Si è forzato «lo spirito, se non proprio la lettera dell'art. 6», secondo il giudizio – condivisibile – di V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, 2012, 37.

<sup>151</sup> «*It is not only the defendant who can lay claim to a fair trial, but all participants, and so the court has an obligation to ensure that judicial processes are conducive to a trial that is fair to all*». L. HOYANO (*What is balanced on the scales?*, cit., 24) interpreta così l'ampliamento del concetto di “giusto processo”. V. anche L. SALVADEGO, *La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 147-148.

diritti difensivi<sup>152</sup>.

Non pare un caso che la Corte si sia espressa per la prima volta in questi termini in merito ai rapporti tra i diritti dell'imputato e quelli dei testimoni e delle persone offese nell'ambito di una pronuncia (Doorson c. Paesi Bassi) nella quale si discuteva della legittimità convenzionale dell'impiego probatorio *contra reum* di dichiarazioni anonime. Il *vulnus* che l'anonimato produce sul versante del diritto di difesa è talmente scoperto che la sua compatibilità con i principi del giusto processo può essere predicata solo se a quel paradigma si riconosce una portata più ampia di quella tradizionalmente accolta, che trascenda cioè la posizione dell'imputato e abbracci istanze diverse, provenienti da altri soggetti del procedimento, quali, appunto, i testimoni<sup>153</sup>.

C'è dunque un nesso tra la legittimazione, da parte di Strasburgo, dell'uso di prove anonime nel processo penale, la "virata" del concetto di *fairness* processuale verso contenuti inediti e, a cascata, l'indebolimento del contraddittorio.

Il secondo fattore sul quale occorre soffermarsi è l'evoluzione delle modalità di tutela del *right to confrontation*.

Il sindacato sulla compatibilità convenzionale dell'uso *contra reum* di

---

<sup>152</sup> Denuncia gli effetti di una lettura "vittimocentrica" del *fair trial* sulle garanzie enucleate dall'art. 6 par. 3 C.e.d.u., V. VALENTINI (*Diritto penale intertemporale*, cit., 42), il quale osserva che «dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 8 della Convenzione [...] la Corte ricava in via ermeneutica una sorta di "statuto dei diritti processuali" del testimone e della vittima-testimone confliggente e vincente sulle garanzie dell'accusato ex art. 6».

<sup>153</sup> Una precisazione. È difficile negare che un processo "giusto" è quello nel quale sono tutelati gli interessi di tutti coloro che vi prendono parte. Ciò che si contesta è che gli interessi riconducibili ai testimoni e alle vittime del reato abbiano lo stesso peso e debbano ricevere la medesima protezione (o addirittura maggiore) rispetto a quelli dell'imputato. In questa prospettiva, vanno senz'altro condivise le parole di J.R. SPENCER (*Criminal procedure: the rights of the victim, versus the rights of the defendant*, in *Reconcilable rights? Analysing the tension between victims and defendants*, a cura di E. Cape, Legal Action Group, 2004, 37) in merito alla necessità di riconoscere all'imputato il ruolo di "catalizzatore" del processo penale: «*the defendant must of necessity be the centre of the proceedings. It is he or she whose behaviour is being investigated, and, if the allegations made against them are found proved, it is he or she who will suffer punishment. Other's people concerns – for example, those of victims and witnesses – are important, and must not be forgotten; but they must inevitably take second place*».

elementi carenti dal punto di vista dialettico nel corso del tempo si è slabbrato, ha perso rigore. La Corte ha abbandonato regole rigide in favore di meccanismi di giudizio più liberi, sganciati da parametri vincolanti, fino ad arrivare ad avallare forme di bilanciamento “puro”.

Ne è derivata una vertiginosa crescita del tasso di discrezionalità delle decisioni dei giudici europei, con correlativa perdita di effettività della garanzia fissata dall’art. 6 par. 3 lett. *d*, il cui contenuto risulta oggi rimesso, di volta in volta, alle valutazioni contingenti della Corte<sup>154</sup>.

Il contraddittorio si è svalutato, infine, perché il giudice europeo ne ha sminuito il valore, veicolando l’idea che si tratti di una garanzia alla quale si può rinunciare qualora sia accertabile *altrimenti* l’attendibilità della prova.

Tale convinzione trapela in maniera molto chiara da un paio di passaggi della motivazione della sentenza Al-Khawaja.

Nel ricostruire la *ratio* della regola del “grado determinante”, la Gran Camera afferma che essa è «predicata sull’assunto che maggiore è l’importanza della prova, maggiore il potenziale pregiudizio per la difesa nel caso in cui sia concesso l’anonimato al testimone o lo stesso sia esonerato dall’esame dibattimentale e maggiore la necessità che l’attendibilità della prova unilateralmente formata possa essere adeguatamente accertata»<sup>155</sup>.

Il secondo passaggio è ancora più significativo. Al momento di precisare le conseguenze che l’intervenuta flessibilizzazione della *sole or decisive rule* produce sul sindacato in materia di lesioni al contraddittorio ed equità processuale, il giudice

---

<sup>154</sup> L’accresciuto margine di manovra assicurato al giudice europeo dal nuovo metodo di valutazione della *fairness* processuale, risultante dal combinato disposto delle sentenze Al-Khawaja c. Regno Unito e Schatschaswili c. Germania, ha determinato anche un altro effetto significativo. La Corte è portata, ancora più di prima, a decidere i casi sottoposti alla sua attenzione valorizzando le specificità di ogni singola vicenda e del singolo sistema processuale interessato. Ne deriva un quadro di pronunce caotico, dal quale è difficile enucleare principi validi in astratto, trapiantabili in un ordinamento diverso da quello con riferimento al quale sono stati pronunciati. L’accresciuta discrezionalità della Corte pregiudica, insomma, la capacità di veicolare in Europa uno *standard* uniforme di tutela del contraddittorio. Evidenzia questi aspetti, S. MIRANDOLA, *Uso probatorio delle dichiarazioni di testi assenti e giurisprudenza europea: variazioni sul tema “Al-Khawaja”*, in *Cass. pen.*, 2017, 381.

<sup>155</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 139.

europeo chiarisce che l'ammissione e l'impiego decisivo di dichiarazioni non sottoposte al confronto dialettico non produce automaticamente una lesione dell'art. 6 C.e.d.u. Se l'elemento viziato è «*sufficiently reliable*» - spetta ai riscontri e/o alle garanzie procedurali sulle quali ci siamo soffermati nei paragrafi precedenti farsi carico di attestare tale qualità – la condanna dell'imputato che su tale elemento si fonda non risulta lesiva dell'equità processuale<sup>156</sup>.

Il ragionamento della Corte è a grandi linee questo: il contraddittorio serve a garantire l'attendibilità della prova; se la prova è attendibile, il contraddittorio non serve<sup>157</sup>.

Si tratta di un'argomentazione tanto lineare quanto fallace. Il giudice europeo postula una dimensione "oggettiva" della credibilità, sganciata dal riconoscimento delle prerogative difensive<sup>158</sup>. Non è così: la testimonianza formata in difetto di contraddittorio non potrà mai essere attendibile poiché l'attendibilità può essere predicata proprio in ragione del contraddittorio, in virtù del fatto cioè che il contributo probatorio ha superato il vaglio critico della difesa.

Il corollario della tesi accolta a Strasburgo è una radicale limitazione della sfera applicativa dell'art. 6 par. 3 lett. *d*: l'imputato, oggi, ha diritto ad esaminare i testimoni a carico, *a meno che non si tratti di testimoni attendibili* (perché altri dichiaranti confermano la loro deposizione magari, oppure perché l'imputato, rifiutando di dare la propria versione dei fatti, indirettamente rafforza le accuse mosse a suo carico ecc.).

---

<sup>156</sup> Corte eur. dir. uomo, 15.12.2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 147.

<sup>157</sup> Condivide tale linea di pensiero, I. DENNIS (*Witness anonymity in the criminal process*, in *Essays in criminal law in honour of sir Gerald Gordon*, a cura di J. Chalmers-F. Leverick-L. Farmer, Edinburgh University Press, 2010, 257), il quale così argomenta: «*if adequate alternative indications of reliability [of the evidence] exist, or other means of testing reliability can be put in place, the handicaps to the defence are adequately compensated for even where the evidence is critically important*».

<sup>158</sup> «*Article 6(3)(d) requires that reliability is tested by cross-examination, not by judicial fiat*» efficacemente osserva W.E. O'BRIAN, *Confrontation: the defiance of the English courts*, cit., 114.

## CAPITOLO SECONDO

### LA TESTIMONIANZA ANONIMA NEL PROCESSO D'INGHILTERRA E GALLES

SOMMARIO: 1. Le radici storiche del divieto di testimonianze anonime nel *common law* inglese. – 2. Le moderne “*calls for anonymity*”. – 3. I testimoni “intimiditi” dinanzi alle corti penali inglesi. Le *special measures directions*. – 4. (Segue) le eccezioni alla *rule against hearsay*. – 5. La stretta della *House of Lords* e la reazione del Parlamento. – 6. *Witness anonymity orders*: definizione e presupposti. – 6.1. L’indispensabilità dell’anonimato in chiave di tutela dell’incolumità personale, del patrimonio e dell’interesse pubblico. – 6.2. La “*fair trial condition*”. – 6.2.1. Casi in cui la credibilità del testimone non è “*in issue*”. – 6.2.2. Casi in cui la credibilità del testimone è suscettibile di essere comunque accertata: la *disclosure* “proattiva”. – 6.3. L’“interesse della giustizia”: ambiguità di fondo. – 7. La procedura applicativa. – 8. I *witness anonymity orders* richiesti dall’imputato. – 9. Disciplina domestica e giurisprudenza europea: profili d’incompatibilità. – 10. *Anonymous hearsay evidence*.

#### *1. Le radici storiche del divieto di testimonianze anonime nel common law inglese.*

Viene naturale pensare che un modello di giustizia penale spiccatamente accusatorio quale quello d’Inghilterra e Galles sia immune “per costituzione” alle disfunzioni legate all’uso probatorio di fonti anonime.

Non è così. Non è immune oggi – la possibilità che il testimone deponga in dibattimento celando la propria identità alla difesa è prevista e disciplinata (per certi aspetti in maniera più permissiva che nella legislazione italiana) dal *Coroners and Justice Act* del 2009 – e non lo è stato nemmeno in passato.

Nella seconda metà del XV secolo, infatti, in un periodo contrassegnato da guerre civili<sup>1</sup>, disordini pubblici e corruzione<sup>2</sup>, Enrico VII, al fine di ripristinare

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in modo particolare, al sanguinoso conflitto dinastico fra le casate dei Lancaster e degli York, meglio conosciuto come “guerra delle due rose” (1455-1485).

l'efficacia della macchina giudiziaria, istituisce la Corte della Camera Stellata (*The court of the Star Chamber*)<sup>3</sup>.

Si tratta di un tribunale di prerogativa regia (formato da alcuni consiglieri del sovrano) la cui giurisdizione si sviluppa parallelamente a quella del giudice ordinario di *common law*, ma con regole molto diverse, ispirate ai moduli procedurali di matrice inquisitoria.

Tendenzialmente, il procedimento è innescato da una denuncia anonima. I giudici svolgono, quindi, un'accurata indagine, basata sui principi della segretezza e della scrittura, del tutto simile all'*inquisitio* del modello processuale continentale: il denunciante resta ignoto, i testimoni sono interrogati in privato, l'imputato non ha diritto a conoscere le imputazioni né a confrontarsi con i propri accusatori<sup>4</sup>. Sulla base della documentazione raccolta, la Camera Stellata emette la sentenza in camera di consiglio<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> D. LUSTY, *Anonymous accusers: an historical and comparative analysis of secret witnesses in criminal trials*, in *Sydney Law Review*, 2002, 370.

<sup>3</sup> Il nome deriva dalle decorazioni a forma di stella che tempestavano il soffitto della stanza a Westminster nella quale si riunivano i membri della corte.

<sup>4</sup> L'anonimo, dunque, irrompe nella procedura penale inglese, seppur in quella "eccezionale", di prerogativa regia. L'esperienza della *Star Chamber* è qualificata dalla dottrina come «*the pre-eminent precedent for witness anonymity in English constitutional history*» (D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 373), il cui ricordo rappresenta ancora oggi un potente ammonimento a mantenere saldo il diritto dell'imputato a conoscere l'identità dei testimoni a carico (v. I. DENNIS, *Witness anonymity in the criminal process*, in AA. VV., *Essays in criminal law in honour of sir Gerald Gordon*, Edinburgh University Press, 2010, 250).

<sup>5</sup> Per un'analisi più approfondita sulle modalità di svolgimento dei procedimenti dinanzi alla Camera Stellata, si rinvia a: L.B. CRUZON, *English legal history*, Macdonald & Evans, 1979, 179 s.; E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli, 2009, 59 s.; D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 371; G. SMITH, *A Constitutional and legal history of England*, Charles Scribner's sons, 1955, 258.

Si segnala che, in quello stesso periodo, nelle corti di *common law* si affermava la pratica dello scontro diretto, *face to face*, tra accusato e accusatore. V. J. DOAK, R. HUXLEY-BINNS, *Anonymous witnesses in England and Wales: charting a course from Strasbourg?*, in *Journ. Crim. Law*, 2009, 519; R.D. FRIEDMAN, *The confrontation right across the systemic divide*, in *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Hart Publishing, 2008, 262-263; D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 370. Una conferma letteraria del radicamento del confronto dialettico nel processo penale ("ordinario") del XVI secolo arriva da



In un primo momento, l'attribuzione al consiglio regio di funzioni giurisdizionali è accolta positivamente dall'opinione pubblica, soddisfatta dal vedere finalmente processati i nobili e gli uomini di potere, che, per via del prestigio sociale e del potere esercitato (utilizzato molto spesso per corrompere o intimidire testimoni e giurati), difficilmente venivano portati a giudizio dinanzi alle corti di *common law*<sup>6</sup>.

Nel corso del tempo, tuttavia, la *Star Chamber* da «*efficient instrument for bringing order and respect for law [...] into the turbulent nobles*» si trasforma in un «*vicious instrument of tyranny*»<sup>7</sup>, impiegato per soffocare il dissenso politico nei confronti della monarchia. Giudici asserviti alla corona istruiscono procedimenti pretestuosi e gli abusi, favoriti dalla segretezza che connota il sistema di accertamento dei reati, prosperano<sup>8</sup>. Tale deriva suscita un senso di profonda ostilità verso l'istituzione da parte della società civile, tanto che nel 1641 il Parlamento ne dispone l'abolizione.

La soppressione della “Camera stellata” costituisce uno snodo fondamentale nell'evoluzione della giustizia penale inglese. Essa segna il rigetto delle procedure inquisitorie e l'avvio del processo di elaborazione del *due process of law*, destinato ad entrare nel patrimonio giuridico moderno ben oltre i confini del mondo di *common law*<sup>9</sup>.

---

William Shakespeare. Nella tragedia *Riccardo II* il re, chiamato a giudicare la fondatezza delle accuse di tradimento a sua maestà, rivolte dal figlio del duca di Lancaster al duca di Norfolk, ordina che sia instaurato il contraddittorio fra i due: «*then call them to our presence; face to face, and frowning brow to brow, ourselves will hear the accuser and the accused freely speak*» (atto primo, scena I). La scena fotografa quello che al tempo era l'ordinario svolgimento dell'istruzione probatoria.

<sup>6</sup> La Camera Stellata nasce con l'obiettivo di scovare e processare i «*powerful offenders*». V. G. SMITH, *A Constitutional and legal history of England*, cit., 258; v. anche E. DEZZA, *Breve storia*, cit., 62.

<sup>7</sup> G. SMITH, *A Constitutional and legal history of England*, cit., p. 258-259.

<sup>8</sup> V. D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 371-372.

<sup>9</sup> Le tappe della svolta costituzionale del sistema politico e giuridico inglese sono scandite da tre atti legislativi fondamentali: la *Petition of rights* (1628), l'*Habeas Corpus Act* (1679) e il *Bill of rights* (1689). Per un approfondimento circa il contenuto degli atti e l'impatto che questi hanno avuto in chiave di crescente affermazione delle garanzie individuali, si rinvia a E. DEZZA, *Breve storia*, cit., 59 s.

S'impone fra Settecento e Ottocento la figura del patrocinatore professionale e viene riconosciuta la centralità del diritto alla difesa tecnica<sup>10</sup>. Nasce, in conseguenza di ciò, il moderno *adversarial criminal trial*: il processo è sotto il controllo dei “tecnici” (ossia il rappresentante dell'accusa e l'avvocato della difesa) – ai quali è attribuita la facoltà di decidere quali fatti debbano essere oggetto di accertamento nonché la titolarità dell'iniziativa probatoria – e il giudice è relegato al ruolo di controllore della regolarità di quanto avviene in aula<sup>11</sup>.

Il mutamento di struttura incide sulle regole di formazione della prova. La giurisprudenza elabora il principio secondo il quale ogni elemento deve essere presentato con modalità tali da consentire alla parte contro la quale è prodotto di procedere alla verifica dello stesso.

Dall'applicazione di tale principio discendono due importanti conseguenze. La prima riguarda la tendenza a favorire uno scambio di informazioni fra i contendenti in ordine alle prove che ciascuna di esse intende utilizzare (*disclosure*).

La seconda attiene al modo di escutere i testimoni, basato su una serie articolata di interrogatori e controinterrogatori. La *cross-examination*, ritenuta dagli addetti ai lavori lo strumento migliore per testare la veridicità, la precisione e l'onestà della testimonianza, diviene uno degli elementi cardine del nuovo modello processuale.

Al consolidamento del metodo dialettico si salda la messa al bando delle fonti anonime; c'è fra questi due aspetti una connessione strettissima<sup>12</sup>: solo conoscendo l'identità del teste la parte avrà gli strumenti per sferrare un “attacco” efficace alla prova, portando alla luce i profili di inattendibilità che affliggono la deposizione e/o il dichiarante.

Contribuisce ad elevare un argine nei confronti degli anonimi anche l'affermazione, nell'ambito del processo di *common law*, di un altro principio fondamentale: il principio di *open justice*, il quale impone che le udienze siano

---

<sup>10</sup> Ripercorre le scansioni di questa «rivoluzione giudiziaria», E. DEZZA, *Breve storia*, cit., 93 s.

<sup>11</sup> V. E. GRANDE, *Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search of the truth*, in *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Hart Publishing, 2008, 151.

<sup>12</sup> Il diritto a conoscere l'identità dell'accusatore costituisce una delle specifiche prerogative riconducibili al “diritto al confronto”. Si veda, per tutti, I. DENNIS, *Witness anonymity*, cit., 249.

pubbliche (e con libero accesso alla stampa) e che le prove siano «*communicated openly*»<sup>13</sup>.

Gli argomenti a sostegno di tale canone sono vari. In primo luogo, si riconosce che non è solo l'imputato ad avere un interesse nel procedimento celebrato a suo carico; anche la società civile si preoccupa che, per quanto possibile, l'innocente sia assolto e il colpevole condannato. Tale coinvolgimento discende direttamente dalla dimensione pubblica dell'illecito penale: quando si commette un reato si apre una frattura nella società e i cittadini hanno diritto di assistere alla ricomposizione di quella frattura nelle aule di giustizia<sup>14</sup>.

La pubblicità del processo costituisce, inoltre, un antidoto contro gli abusi: rappresenta «*the best security for the pure, impartial, and efficient administration of justice, and the best means of winning for it public confidence and respect*»<sup>15</sup>.

Alcuni autori<sup>16</sup> vi attribuiscono, infine, una funzione general-preventiva: le condanne pronunciate pubblicamente sono suscettibili di dissuadere la collettività dal commettere reati più di quelle rese in segreto.

Il carattere pubblico delle prove, poi, è funzionale a massimizzare la qualità delle deposizioni (sul presupposto che sia più facile mentire davanti a pochi che davanti a molti) e, al tempo stesso, a controllarne la veridicità<sup>17</sup>.

C'è, dunque, fra i principi cardine del modello di *common law* (in particolare, il principio di *open justice* e il *right to confrontation*) affermatosi a partire dal XVII secolo e gli anonimi un'incompatibilità di fondo, "strutturale" potremmo dire, della quale dà efficacemente conto Jeremy Bentham: «parlate d'informazioni anonime, e

<sup>13</sup> J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, Oxford University Press, 2013, 345-346.

<sup>14</sup> R.A. DUFF, *Trials and punishment*, Cambridge University Press, 1986, 147-148.

<sup>15</sup> In questi termini la *House of Lords* riconosce il valore del principio di pubblicità del processo penale nella sentenza *Scott v. Scott*, [1913] UKHL, All ER Rep 1. Per Jeremy Bentham, «*publicity is the very soul of justice, it is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself, while trying, under trial*» (la citazione è riportata da J. JACONELLI, *Open justice. A critique of the public trial*, Oxford University Press, 2002, 36). V. anche R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 51, n.2, 327.

<sup>16</sup> R.A. DUFF, *Trials and punishment*, cit., 147-148.

<sup>17</sup> V. M. HALE, *The history of the common law of England* (1713), University Chicago Press, 1971, 163.

l'immaginazione vi trasporta immediatamente a Venezia: voi vedete tosto la formidabile bocca del leone: ma a Venezia il sistema della procedura penale era secreto, per conseguenza arbitrario, e giustamente spaventevole per l'innocente. [...] Se vi è Paese la di cui procedura formi un contrasto completo con quella che si seguiva a Venezia questo è l'Inghilterra»<sup>18</sup>.

## 2. Le moderne “calls for anonymity”.

L'assetto dei rapporti fra fonti anonime e processo penale rimane quello descritto da Bentham fino a una quarant'anni fa circa, quando il dibattito sul tema si riaccende nel Regno Unito.

Nel 1972 viene istituita una commissione (la “commissione Diplock”, dal nome del *Lord* che l'ha presieduta) con il compito di valutare possibili modifiche al sistema di giustizia penale dell'Irlanda del Nord, al fine di contrastare l'*escalation* di terrorismo registrata in quel periodo nel Paese.

La commissione esamina, fra le altre cose, l'opportunità di introdurre, nei processi celebrati a carico dei membri dell'IRA e di altre organizzazioni eversive attive in quegli anni, meccanismi di protezione dell'identità dei testimoni, volti ad impedire all'imputato di avere accesso ai dati personali delle fonti di prova citate dall'accusa.

L'ipotesi è fermamente respinta: «*the problem of intimidation cannot be overcome by any changes in the conduct of the trial, the rules of evidence or the onus of proof, which we would regard as appropriate to trial by judicial process in a court of law*»<sup>19</sup>.

Sebbene gli episodi di violenza e minaccia ai danni delle fonti di prova in quel genere di procedimenti costituissero una pratica piuttosto diffusa, l'apertura verso misure così pregiudizievoli per i diritti della difesa è considerata un passo

---

<sup>18</sup> J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie di Geremia Bentham giureconsulto inglese prima versione italiana del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli*, vol. III, libro IX, Mazzoleni, 1824, p. 283.

<sup>19</sup> *Report of the Commission to consider legal procedures to deal with terrorist activities in Northern Ireland*, HMSO, 1972, Cmnd., 5185.

troppo azzardato. La preoccupazione fondamentale di Lord Diplock e degli altri giuristi coinvolti nei lavori è quella di mantenere saldo il *due process of law*.

L'eco di questa autorevole presa di posizione in difesa del contraddittorio, che, pur espressa con specifico riferimento all'ordinamento giudiziario dell'Irlanda del Nord, interessa anche Inghilterra e Galles<sup>20</sup>, è destinata a spegnersi nell'arco di una ventina d'anni.

A partire dagli anni novanta, infatti, si assiste, nelle corti inglesi, ad una progressiva legittimazione degli anonimi, giustificata da un avvertito incremento degli atti d'intimidazione ai danni delle fonti di prova<sup>21</sup>.

Il primo caso (*R v Brindle*<sup>22</sup>) in cui sono state ammesse ed utilizzate *contra reum* dichiarazioni provenienti da un soggetto sconosciuto alla difesa risale al 1992. Si tratta di un procedimento per omicidio: i tre testimoni chiave dell'accusa, spaventati all'idea di rivelare la propria identità all'imputato, chiedono di rendere la loro deposizione in forma anonima. La corte acconsente.

Sono due i passaggi controversi della pronuncia, che la dottrina non ha mancato di evidenziare in chiave critica<sup>23</sup>. In primo luogo, l'asserita prevalenza delle esigenze di accertamento sui diritti difensivi: «*if the wider interests of justice make it necessary for anonymity [...] then the interests of the defence must be subordinated to those wider interests*».

In secondo luogo, l'idea che la necessità di accordare la protezione vada desunta non dall'esistenza di un rischio effettivo che la vita o l'incolumità dei soggetti chiamati a deporre possa essere messa in pericolo in caso di rivelazione dei contrassegni personali (nel caso di specie questo rischio non era stato verificato), bensì semplicemente dalla riscontrata sincerità delle preoccupazioni esternate<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Si riferisce, infatti, ad un diritto che fa parte della tradizione di *common law* comune a tutto il Regno.

<sup>21</sup> I. DENNIS, *Witness anonymity*, cit., 242.

<sup>22</sup> Il caso è riportato sia da LUSTY (*Anonymous accusers*, cit., 391-392) che da R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 345.

<sup>23</sup> V. R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 345; D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 391.

<sup>24</sup> «*If there is a real danger that a witness will not give [...] evidence because of a genuine fear of the consequences of his identity becomes known, then the witness must be given such protection as the*

La crepa aperta sul versante del diritto al confronto è significativa: non solo il testimone anonimo trova nuovamente voce dinanzi alle corti penali inglesi, ma tale legittimazione risulta molto ampia. È chiaro, infatti, che consentire la segretazione dell'identità del dichiarante a fronte del mero stato di timore denunciato (a prescindere dall'accertamento di fattori di pericolo oggettivi) significa riconoscere all'istituto un ambito applicativo molto esteso<sup>25</sup>.

Segue, a distanza di pochissimo tempo, il caso *Watford*<sup>26</sup> e quella crepa corre ancora più in profondità. Sei giovani sono rinviati a giudizio da parte della *magistrates' court* di Watford per il reato di «*violent disorder*». Il *committal to trial* viene deciso sulla base delle testimonianze di alcune persone presenti nel luogo dei fatti, i cui dati personali (i volti e la voce originale) vengono occultati alla difesa. Cinque dei sei imputati impugnano la decisione, lamentando il fatto che il rinvio a giudizio fosse stato disposto sulla base di una prova acquisita in violazione del *right to confrontation*<sup>27</sup>.

La *Queen's Bench Division* della *High Court*, nell'avallare la decisione della *magistrates' court*, afferma che il potere del giudice di *common law* di proteggere l'identità dei testimoni risulta ormai «*well established*».

---

*Court is able to provide. I use the word "genuine fear" as opposed to "justified fear" because it seems to me that is the state of mind of the witness which is vital. If he is afraid, and this fear is genuine, then it is not conclusive that no direct threat has been made to him. It seems to me it is sufficient if he genuinely fears retribution and that fear may stem from what some might call rumor or gossip».* Il passo della motivazione è riportato da R. COSTIGAN, P. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 345-346.

<sup>25</sup> W.E. O'BRIAN, *Confrontation: the defiance of the English courts*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2011, 109.

<sup>26</sup> *R v Watford Magistrates' Court ex parte Lenman* [1993] Crim LR 388.

<sup>27</sup> All'epoca era previsto, prima del dibattimento dinanzi alla *Crown Court*, un controllo preliminare sulla fondatezza dell'accusa da parte della *magistrates' court*, nell'ambito di un'apposita udienza (la *committal hearing*: l'equivalente della nostra udienza preliminare). La decisione con la quale il giudice disponeva il rinvio a giudizio dell'imputato era appellabile dinanzi alla *High Court*. Questo snodo procedurale è venuto meno per le *indictable-only offences* nel 1998 (ad opera del *Crime and Disorders Act*); per le *either-way offences*, l'abolizione della *committal hearing* è stata disposta dal *Criminal Justice Act* (2003), il quale tuttavia, per le disposizioni che qui interessano, è entrato in vigore solo parzialmente (limitatamente cioè ad alcune *local justice areas*) nel 2012.

Nella pronuncia relativa al caso *R v Taylor and Crabb*<sup>28</sup> la giurisprudenza chiarisce che l'anonimato può essere concesso esclusivamente al ricorrere di determinate condizioni, vale a dire quando: 1) le paure espresse dai testimoni in ordine alle possibili conseguenze del disvelamento alla difesa delle proprie generalità hanno basi oggettive; 2) la testimonianza del richiedente protezione ha un'importanza tale, nell'economia complessiva della causa, che la sua eventuale esclusione si risolverebbe in una sostanziale *unfairness* per l'accusa; 3) il pubblico ministero ha svolto indagini accurate in ordine alla credibilità della fonte di prova; 4) l'ammissione dell'anonimato non determina un eccessivo («*undue*») pregiudizio per la difesa; 5) la misura protettiva disposta è efficace in chiave di tutela del testimone e, al tempo stesso, la meno limitante possibile per l'esercizio delle prerogative difensive.

Il catalogo presta il fianco a numerose obiezioni. Il requisito della necessaria sussistenza di «*real grounds*» per lo stato di timore è enunciato in chiave meramente teorica: nel caso di specie, la Corte d'Appello, nell'avallare le valutazioni compiute dal giudice di primo grado, implicitamente ammette che anche la mera rappresentazione di un sentimento di paura da parte del dichiarante consente al giudice di accordare la protezione dell'identità<sup>29</sup>.

Il secondo principio conduce ad un circolo vizioso. La segretazione dei contrassegni personali – si dice – dovrebbe essere concessa solo con riferimento ai testimoni “di peso”, quelli determinanti per l'accusa, poiché più la prova è importante più l'eventuale dispersione delle conoscenze è suscettibile di pregiudicare le esigenze di accertamento. Se questo è vero, si omette, tuttavia, di guardare l'altra faccia della medaglia: più la prova è importante più l'occultamento dell'identità della fonte si risolve in una sostanziale *unfairness* per l'imputato.

La terza indicazione offerta dalla Corte d'Appello stride con l'impostazione *adversary* del processo penale inglese<sup>30</sup>. Dire che il giudice dovrebbe disporre

---

<sup>28</sup> *R v Taylor e Crabb* [1995] EWCA Crim LR 253. Si tratta di un processo per omicidio; in dibattimento la principale testimone oculare depone avvalendosi di uno pseudonimo. Le sue reali generalità non vengono rivelate alla difesa in nessuna fase del procedimento.

<sup>29</sup> R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, 349.

<sup>30</sup> D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 394.

l'anonimato solo dopo aver verificato la credibilità del soggetto destinatario delle misure di protezione significa mettere la difesa in una posizione di totale passività rispetto all'accusa.

Il quarto parametro, che confina la discrezionalità del giudice al di sotto del limite dell'«*undue prejudice*» per l'accusato, è marcatamente generico.

Lo stesso dicasi per il quinto. Come esattamente il giudice debba operare il bilanciamento fra i diritti della difesa e quelli dei testimoni risulta francamente molto poco chiaro, sia a causa dell'indeterminatezza delle indicazioni offerte dalla giurisprudenza, sia in ragione del fatto che, in questa materia, parlare di bilanciamento appare ingenuo. Quando è in discussione l'anonimato delle fonti di prova, il contrasto che si genera fra gli interessi contrapposti appare così radicale da poter essere portato a composizione solo in virtù di una "scelta di campo", che privilegi gli uni o gli altri.

Un'ultima notazione merita di essere esposta. C'è una contraddizione di fondo che affligge la motivazione della sentenza. La Corte d'Appello definisce il diritto di conoscere l'identità del proprio accusatore un «diritto fondamentale» dell'imputato e tuttavia enuclea una serie di parametri (peraltro, molto generici) che disciplinano il potere del giudice di circoscriverlo. Delle due, l'una: o il diritto è fondamentale e allora limitazioni non sono ammesse, oppure il diritto non è così fondamentale.

L'ambiguità delle linee guida enucleate nella sentenza *Taylor* determina, nella giurisprudenza successiva, il perpetuarsi di un approccio superficiale alla materia.

Ne è un esempio la decisione della *Queen's Bench Division* nel caso *R v Liverpool magistrates' court ex parte Director of Public Prosecution* (1996)<sup>31</sup>. Il pubblico ministero impugna, dinanzi alla *High Court*, la decisione con la quale la *magistrates' court* di Liverpool aveva respinto la richiesta dell'accusa di sentire (durante la *committal hearing*) in forma anonima i due agenti sotto copertura che avevano condotto le indagini sui traffici di droga per i quali era sottoposto a procedimento l'imputato. Il diniego opposto dal giudice si era basato, sostanzialmente, sul mancato raggiungimento della prova dell'esistenza di un

---

<sup>31</sup> Il caso è riportato da D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 394-395.



pericolo concreto per i testimoni.

Il giudice dell'impugnazione, nel censurare tali conclusioni, afferma che anche la mera attestazione, da parte del chiamato a deporre, di uno stato di timore è sufficiente, secondo i principi enunciati nella sentenza *Taylor*, ai fini della concessione dell'anonimato. Egli definisce addirittura «*extraordinary*» che una corte neghi l'occultamento dell'identità delle fonti di prova in un caso come quello, in cui, da una parte, si registrava una «*real fear of harm*» da parte dei dichiaranti e, dall'altra, una «*hipothetical forensic suggestion*» che la difesa potesse essere pregiudicata in conseguenza dei limiti al contro-esame.

La iper-valutazione delle esigenze dei testimoni – le cui paure sono descritte con termini che alludono alla concretezza – e la scarsa attenzione riservata all'imputato, le cui difficoltà, viceversa, sono liquidate come ipotetiche, rivelano molto dell'atteggiamento riservato dalle corti inglesi alla materia in esame: sono le spie del processo di “normalizzazione” dell'uso a fini probatori di testimonianze anonime che ha interessato la procedura penale d'oltremarica a partire dagli anni novanta in avanti<sup>32</sup>.

Tale processo è stato fortemente criticato dalla dottrina, la quale, con diversi accenti, ha espresso giudizi severi nei confronti di una giurisprudenza ritenuta responsabile di affrontare il problema dell'intimidazione delle fonti di prova in modo incompatibile con i principi della giustizia penale<sup>33</sup>, di aver messo da parte «*a hard-fought common law right without full consideration of the fundamental principles at stake*»<sup>34</sup> e di minare, in ultima analisi, gli equilibri complessivi del sistema: «*in recent years... there has been a growing practise to permit evidence to be given by witnesses whose identity is unknown even to the defendant or his legal advisers [...]* There is a balance to be struck between satysfying the strong public interest in prosecuting [serious crime] and ensuring open justice and fair trial. Recent events are undermining that delicate balance»<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 343.

<sup>33</sup> R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 358.

<sup>34</sup> D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 395.

<sup>35</sup> S. ENRIGHT, *The anonymous witness*, in *New Law Journal*, 1996, 1032. S'inseriscono nel medesimo solco, le riflessioni di R. COSTIGAN, P.A. THOMAS (*Anonymous witnesses*, cit., in particolare a p. 343 e 358): «*the increasing use of anonymous witnesses is rooted in an inappropriate extension of the*

### 3. I testimoni “intimiditi” dinanzi alle corti penali inglesi.

Abbiamo evidenziato, nel paragrafo precedente, come il riconoscimento, in capo al giudice, del potere di ammettere deposizioni provenienti da soggetti la cui identità rimanga celata alla difesa sia stato giustificato dall'esigenza di combattere l'intimidazione delle fonti di prova.

Che si tratti di un'esigenza particolarmente avvertita in quegli anni lo dimostrano le ricerche commissionate dal *Home Office*<sup>36</sup> (il principale dipartimento del governo che si occupa di lotta alla criminalità) allo scopo di mettere a fuoco il fenomeno ed elaborare possibili soluzioni nonché la previsione, ad opera del

---

*common law. [...] The courts' current response to the problem of witness intimidation violates fundamental principles of criminal justice».*

<sup>36</sup> W. MAYNARD, *Witness intimidation: strategies for prevention*, Home Office, London, 1994; *Speaking up for justice: report on the interdepartmental working group on the treatment of vulnerable and intimidated witnesses in the criminal justice system*, Home Office, 1998; R. TARLING, L. DOWDS, T. BUDD, *Victim and Witness intimidation: findings from the British Crime Survey*, Home Office, London, 2000.

La necessità di approfondire il tema nasce dall'asserito deterioramento del rapporto di collaborazione tra forze dell'ordine e società civile nell'attività di repressione dei reati; deterioramento causato, secondo l'opinione prevalente, della sempre minore disponibilità dei cittadini a denunciare gli episodi criminosi a loro conoscenza per paura di essere sottoposti ad atti di violenza o minaccia. Di qui, la volontà di monitorare il fenomeno mediante delle ricerche *ad hoc* al fine di approntare le contromisure più adeguate.

Più in generale, l'imporsi di queste tematiche va letto nel quadro di una più ampia tendenza di sistema, tesa a valorizzare la figura del testimone nell'ambito del processo e a tutelarne gli interessi, particolarmente quando si tratti di persona vulnerabile, perché vittima di particolari reati o in ragione della giovane età o, appunto, a causa d'intimidazione. Si vedano, in proposito: P. BOWDEN, T. HENNING, D. PLATER, *Balancing fairness to victims, society and defendants in the cross-examination of vulnerable witnesses: an impossible triangulation?*, in *Melbourne Univ. Law Rev.*, 2014, 539; M. BURTON, *Vulnerable and intimidated witnesses and the adversarial process*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2007, 11, 1; A. KEANE, *Towards a principled approach to the cross-examination of vulnerable witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2012, 407; ID., *Cross-examination of vulnerable witnesses. Towards a blueprint for re-professionalisation*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, 16, 2, 175; J.R. SPENCER (*Criminal procedure: the rights of the victim, versus the rights of the defendant*, in *Reconcilable rights? Analysing the tension between victims and defendants*, a cura di E. Cape, Legal Action Group, 2004, 37.

*Criminal Justice and Public Order Act* (1994), di due fattispecie di reato volte a criminalizzare le condotte di minaccia e violenza al testimone (s. 51).

Le sollecitazioni derivanti dalle citate ricerche si traducono in una serie misure volte a salvaguardare i testimoni, nei casi in cui la loro partecipazione al procedimento risulti potenzialmente lesiva di diritti fondamentali quali la salute psico-fisica, l'incolumità e la sicurezza.

Prima di riprendere l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza sulle testimonianze anonime, è opportuno esaminare le disposizioni introdotte, a partire dalla fine degli anni '90, a tutela del dichiarante "intimidito" al fine di ricostruire il sistema di protezione nel suo complesso e portare alla luce un crescente processo di erosione del contraddittorio del quale l'anonimato costituisce, in qualche misura, l'approdo più "spinto".

Il primo provvedimento legislativo del quale si deve dar conto è il *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999)<sup>37</sup>, che attribuisce al giudice il potere di disporre, d'ufficio o su richiesta di parte<sup>38</sup>, «*special measures directions*» nei confronti, fra gli altri<sup>39</sup>, dei testimoni che presentino «*fear or distress in connection with testifying*».

Il *range* di misure speciali a beneficio del *fearful witness* è piuttosto ricco. In primo luogo, si prevede (s. 23 YJCEA) l'uso di schermi che impediscano al teste di vedere l'imputato (a condizione, tuttavia, che il beneficiario della misura possa vedere ed essere visto da tutte le altre persone presenti in aula).

In alternativa, la corte può disporre che l'esame si svolga a distanza (s. 24 YJCEA), mediante un collegamento audio-visivo, di modo che, anche in questo caso, il dichiarante, sebbene si trovi in un luogo diverso, possa vedere e sentire (e, per converso, essere visto e sentito) tutto ciò che accade in tribunale, nel momento stesso in cui accade.

---

<sup>37</sup> Di qui in avanti YJCEA.

<sup>38</sup> S. 19(1) YJCEA.

<sup>39</sup> Ulteriori destinatari delle misure di protezione in esame sono, ai sensi della s. 16 YJCEA, i minori di anni 17, le persone affette da disabilità intellettive o che presentino «*a significant impairment of intelligence and social functioning*».

Un'altra possibilità è l'escussione a porte chiuse (s. 25 YJCEA)<sup>40</sup>. Tale opzione, tuttavia, è disponibile solo nei casi in cui sussistano «*reasonable grounds*» per ritenere che un soggetto diverso dall'imputato<sup>41</sup> abbia tentato o sia in procinto di intimidire il testimone. Non si tratta, dunque, di una strada praticabile con riferimento ad un testimone “semplicemente” spaventato: occorrono, perché una decisione in tal senso possa essere adottata, elementi di fatto dai quali inferire un pericolo d'intimidazione.

Infine, la s. 27 YJCEA consente la videoregistrazione dell'esame diretto. In sostanza, il teste viene interrogato, dalla parte che ne ha chiesto l'escussione, in un luogo diverso e in un momento precedente al dibattimento<sup>42</sup>. L'intervista è videoregistrata e poi mostrata in udienza; il video sostituisce l'esame diretto in aula<sup>43</sup>: «*statements by the witness in the interview are admitted as evidence of any fact stated*»<sup>44</sup>. Dopo la proiezione, il dichiarante viene sottoposto alla *cross-examination* e al riesame (nella maggior parte dei casi mediante collegamento audiovisivo, esonerandolo quindi da un confronto “dal vivo” con la difesa)<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Esame al quale tuttavia devono necessariamente partecipare l'imputato, l'interprete e le altre persone che assistono il testimone e, infine, i difensori delle parti (s. 25(2) YJCEA). Si tratta, dunque, di una forma di protezione del testimone della «*external publicity*». V. J.R. SPENCER, *Criminal procedure: the rights of the victim, versus the rights of the defendant*, cit., 44.

<sup>41</sup> Tale precisazione si spiega alla luce del fatto che la norma, nel prevedere la possibilità di assumere la prova a porte chiuse, fa esplicitamente salva la presenza dell'imputato. Se la subornazione, in atto o potenziale, fosse ascrivibile a quest'ultimo, non avrebbe senso – anzi, andrebbe palesemente contro l'obiettivo perseguito dal legislatore – prevederne la presenza in aula.

<sup>42</sup> Nel rispetto delle regole che valgono per l'esame dibattimentale. V. I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 5ª ed., Sweet and Maxwell, 2014, 338.

<sup>43</sup> L'ammissione è disposta a condizione che sia possibile sottoporre il teste al contro-esame, a meno che le parti non vi abbiano rinunciato (s. 27(4)(a)).

<sup>44</sup> I. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., 339.

<sup>45</sup> Si tratta di una modalità di assunzione della testimonianza farraginosa e – pare – poco funzionale: per il testimone intimidito, la fonte di *stress* non è l'esame diretto, bensì il contro-esame. In quest'ottica, i costi – in termini di affievolimento del contraddittorio, a fronte dello stacco spazio-temporale fra esame e contro-esame – superano i benefici al dichiarante.

Le perplessità nei confronti di questa artificiosa modalità di escussione del testimone sono ridimensionate se si ricostruisce il sistema che originariamente aveva in mente la commissione governativa incaricata di studiare un sistema di assunzione anticipata della prova testimoniale. Aveva

La dottrina concorda nel ritenere che tutte le misure in esame, pur attenuando, in misura più o meno significativa, il contraddittorio, non arrivino, tuttavia, a pregiudicarlo del tutto<sup>46</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, il YJCEA presenta un ambito applicativo molto ampio. Nella categoria del *fearful witness* rientrano sia i dichiaranti che hanno subito atti di violenza o minaccia, sia coloro che temono di esserne potenziali destinatari e, con riferimento a quest'ultima ipotesi, anche a prescindere dall'esistenza di fattori di

---

previsto – pensando, più che altro, alle esigenze dei testimoni minorenni e vulnerabili – di consentire la videoregistrazione del primo contatto fra teste e organo inquirente di modo che il racconto potesse venire acquisito a breve distanza dai fatti (per incrementare precisione ed accuratezza della testimonianza) e, tendenzialmente, in via definitiva (a tutto vantaggio del benessere psichico del teste). Si prevedeva che il video fosse trasmesso in un'apposita udienza (la cd. “*Pigot hearing*”) nell'ambito della quale il testimone sarebbe stato sottoposto al confronto con la difesa in un ambiente meno stressante del *trial* (in assenza, per esempio, del pubblico). Il tutto avrebbe dovuto essere registrato per poi essere mostrato in dibattimento, raggiungendo l'obiettivo di tenere il testimone *out of court*. Per un'analisi del progetto di riforma originario e delle ragioni che hanno portato il legislatore a implementarlo solo in parte, si rinvia a D. COOPER, *Pigot unfulfilled: video-recorded cross-examination under section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, in *Crim. Law Rev.*, 2005, 456.

<sup>46</sup> Per J.R. SPENCER (*Criminal procedure: the rights of the victim, versus the rights of the defendant*, cit., 48): «*all the special measures are constructed so as to ensure that the right of the defence to challenge the evidence by cross-examination is preserved*». V. anche, D. BIRCH, R. LENG, *Blackstone's guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, 2000, 32.

In relazione all'esame a distanza con collegamento audio-video, si rinvia a M. DANIELE (*Testimony through a live link in the perspective of the right to confront witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, 201 s.).

Con riferimento, invece, al *video-recorded evidence in chief*, si veda, in particolare, L.C.H. HOYANO (*Striking a balance between the rights of defendants and vulnerable witnesses: will special measures directions contravene guarantees of a fair trial?*, in *Crim. Law Rev.*, 2001, 957), la quale, pur promuovendo la misura in termini di rispetto del diritto al confronto e dell'art. 6 C.e.d.u., evidenzia un nervo scoperto della disciplina di cui alla s. 27 YJCEA. L'ammissione, in sostituzione dell'esame diretto, della videoregistrazione del colloquio preliminare con il teste d'accusa non è categoricamente vietata in caso di indisponibilità del dichiarante per la *cross-examination* (in caso di morte dello stesso, per esempio). Nel caso – improbabile, ma non impossibile – in cui la corte disponga lo stesso l'acquisizione del video, il diritto al confronto non risulterà solamente indebolito, ma palesemente violato.

rischio specifici.

La disposizione è costruita intorno ad elementi di carattere soggettivo (lo *stress* e la paura) che legittimano tale lettura estensiva; a rilevare non è tanto il pericolo oggettivo che atti d'intimidazione possano essere portati a segno, bensì la percezione del testimone, la sua attitudine mentale alla prospettiva di deporre in dibattimento. Ne deriva un sistema di protezione ad ampio spettro, del quale può beneficiare anche chi semplicemente dichiara di nutrire un sentimento generico di timore all'idea di essere sottoposto alla *cross-examination*, per paura, ad esempio, che la propria reputazione possa venire attaccata<sup>47</sup>.

L'adozione delle misure in questione è possibile – anzi, doverosa<sup>48</sup> – qualora il giudice ritenga che le cautele nello svolgimento dell'esame testimoniale siano suscettibili di incrementare precisione, coerenza e accuratezza della prova<sup>49</sup>; al tempo stesso, egli deve escludere che, a causa della «*special measure direction*», sia pregiudicata la possibilità di testare adeguatamente l'affidabilità della deposizione.

Quella del giudice è, insomma, una valutazione complessa che si articola in due distinte verifiche: una, positiva, circa l'attitudine della misura speciale a massimizzare la qualità della testimonianza; l'altra, negativa, in merito all'impatto pregiudizievole sulle prerogative della difesa.

Al fondo di questa analisi, alcuni aspetti vanno evidenziati. In primo luogo, l'ampiezza che connota la nozione di testimone “intimidito” nell'ambito del YJCEA. Essa ricomprende anche soggetti la cui sicurezza non è in alcun modo in pericolo; ad essere in pericolo è, semmai, la loro tranquillità emotiva, della quale il legislatore si

---

<sup>47</sup> Sempreché il giudice accerti la ragionevolezza delle preoccupazioni rappresentate, in considerazione di una serie di fattori quali l'età del teste, le sue credenze religiose e l'ambiente sociale e culturale di appartenenza, da una parte, e la tipologia di reato oggetto di accertamento, dall'altra. V. s. 17 (2) YJCEA.

<sup>48</sup> V. I. DENNIS, *The Law of Evidence*, cit., 331.

<sup>49</sup> Con un'eccezione. Nel 2009 è stata introdotta (dal *Coroners and Justice Act*) una “presunzione d'intimidazione” con riferimento ai testimoni di reati commessi mediante arma da fuoco o da taglio (s. 17(5)-(7)). In tali ipotesi il giudice è tenuto ad adottare le misure speciali (a meno che lo stesso testimone non vi rinunci), senza bisogno di accertarne l'effetto positivo, in termini di incremento della qualità della deposizione. V. L.C.H. HOYANO, *Coroners and Justice Act 2009: special measures directions take two: entrenching unequal access to justice?*, in *Crim. Law Rev.*, 2010, 364.

fa carico mediante un sistema variegato di misure volte a rendere meno traumatizzante l'esperienza processuale<sup>50</sup>.

Il secondo elemento sul quale è opportuno soffermarsi è la *ratio* della disciplina speciale, che consiste nel mettere il testimone nella condizione di rendere la sua *best evidence*, senza intaccare il nocciolo duro del *right to confrontation*<sup>51</sup>. L'idea alla base è che la deposizione di un teste preoccupato per la propria incolumità (a causa di atti d'intimidazione subiti o perché, alla luce del tipo di reato oggetto di accertamento o della reputazione criminale dell'imputato, teme di poter divenire bersaglio di ritorsioni) debba essere acquisita con gli accorgimenti necessari ad attenuarne lo stato di timore ed evitare così il rischio che questi rilasci una dichiarazione non veritiera.

#### 4. (Segue) le eccezioni alla *rule against hearsay*.

Per i casi in cui l'attenuazione del confronto dialettico (mediante le *special measures directions*) non risulti sufficiente a "rassicurare" il dichiarante e a garantire l'acquisizione della prova testimoniale (o a garantire l'acquisizione di una prova testimoniale attendibile), il legislatore ha previsto una soluzione più radicale: l'esonero dall'esame dibattimentale e la lettura della *out-of-court statement*.

La s. 116(2) del *Criminal and Justice Act* (2003), nell'esplicitare i casi in cui è possibile derogare alla *rule against hearsay* (ossia la regola per cui le dichiarazioni ammissibili ai fini della prova dei fatti in esse affermati sono solo quelle rese oralmente in udienza)<sup>52</sup>, prevede l'ipotesi del testimone *unavailable through fear*

<sup>50</sup> Criticano il carattere eccessivamente "inclusivo" della disposizione, D. BIRCH e R. LENG (*Blackstone's guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, cit., 42), i quali osservano come, di fatto, l'attitudine delle misure speciali ad incrementare la qualità della deposizione possa essere predicata con riferimento a quasi ogni testimone.

<sup>51</sup> V. D. BIRCH, R. LENG, *Blackstone's guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, cit., 26 s.

<sup>52</sup> Si tratta di una fra le più distintive regole di esclusione della *law of evidence* inglese; essa si articola, essenzialmente, in quattro divieti: 1) divieto di ammettere, in sostituzione della *live evidence* del teste, una sua dichiarazione scritta (o fissata su nastro o video); 2) divieto per il teste esaminato in

(lett. *e*)<sup>53</sup>.

Nella legge si chiarisce che per “*fear*” si deve intendere non solo il timore per la propria incolumità, ma anche la preoccupazione che la sicurezza di altri possa venire minacciata e, addirittura, la paura di subire un pregiudizio al patrimonio.

Anche in questo contesto, la nozione di testimone “intimidito” è particolarmente ampia. Non rileva, ai fini dell’operatività della disciplina eccezionale, che il timore provato dal teste sia stato causato da condotte intimidatorie riconducibili all’imputato o a qualcuno per lui; a dire la verità, non è nemmeno necessario che un tentativo di subornazione sia stato posto in essere. Essendo costruita in chiave soggettiva<sup>54</sup>, la norma trova applicazione anche con riferimento al testimone che tema di divenire bersaglio di azioni ritorsive sulla base della mera reputazione violenta dell’imputato, in assenza di qualsiasi iniziativa minacciosa da parte di questi<sup>55</sup>.

L’esistenza dello stato di timore in capo al soggetto chiamato a deporre va accertata in prima persona dal giudice<sup>56</sup>; nei casi in cui, però, non sia possibile convocare in giudizio il *fearful witness*, è sufficiente l’attestazione dell’ufficiale di

corte di fare riferimento, per la conoscenza dei fatti narrati, ad altre persone; 3) divieto di utilizzare in sostituzione o in supporto delle dichiarazioni rese dalla fonte di prova in dibattimento dichiarazioni rese in precedenti occasioni (cd. *rule against narrative* o *rule against self-corroboration*); 4) divieto di provare un fatto oggetto di accertamento mediante un documento scritto (o audio-registrato o video-registrato). La letteratura sul tema è sterminata. Per un inquadramento generale e un’analisi dell’evoluzione storica della regola, si rinvia, per tutti, a A. CHOO, *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Clarendon Press, 1996 e J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, 2<sup>a</sup> ed., Hart Publishing, 2014.

<sup>53</sup> Tale eccezione alla *rule against hearsay* era già prevista, seppur con qualche differenza (ad esempio, nella disposizione derogatoria previgente non era ammessa qualsiasi resa dal teste *out of court*, ma solo quelle rilasciate alla polizia) nel *Criminal Justice Act* del 1988 (s. 23).

<sup>54</sup> A dover essere accertate sono la sincerità e la ragionevolezza delle paure esternate dal testimone, le quale possono senz’altro, ma non per forza, essere conseguenza di atti d’intimidazione perpetrati ai suoi danni.

<sup>55</sup> V. *R v Davies* [2006] EWCA Crim 2643. Nel caso di specie, la Corte d’Appello ha avallato la sentenza del giudice di primo grado, il quale aveva ammesso la dichiarazione resa alla polizia da parte di tre testimoni, reputando giustificato il timore espresso da questi all’idea di deporre in dibattimento in ragione dell’aggressività notoria dell’imputata.

<sup>56</sup> *R v Shabir* [2012] EWCA Crim 2564.



polizia che ne ha raccolto le sommarie informazioni in fase investigativa<sup>57</sup>.

In ordine al livello di paura suscettibile di giustificare l'assenza del teste dal dibattimento, la giurisprudenza ha chiarito che non si tratta di una misura standardizzata: s'impone una valutazione caso per caso, che tenga conto delle caratteristiche del soggetto (l'età e l'impressionabilità, per esempio)<sup>58</sup>.

Una volta accertata la ragionevolezza dello stato di timore in cui versa il testimone, il giudice deve verificare che l'acquisizione della sua *out-of-court statement* sia compatibile con l'"interesse della giustizia" (s. 116(4)). A differenza che negli altri casi enucleati dalla disposizione<sup>59</sup>, infatti, quando il dichiarante è *unavailable through fear*, il recupero della dichiarazione pre-dibattimentale non è automatico.

In particolare, l'*interest of justice* va valutato alla luce dei seguenti criteri: 1) il contenuto della deposizione; 2) la potenziale iniquità che l'ammissione potrebbe determinare nei confronti di una delle parti del processo; 3) la possibilità o meno di disporre le misure speciali previste dal YJCEA 1999; 4) ogni altra circostanza ritenuta rilevante.

In merito alla complessa verifica demandata al giudice, alcuni aspetti vanno

---

<sup>57</sup> V. J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., 144-146.

<sup>58</sup> «*The test is a subjective one*» osserva J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., 142. Nella sentenza relativa al caso *R. v Doherty* [2006] EWCA Crim 2716, al momento di esaminare la ragionevolezza del rifiuto del testimone di sottoporsi ad esame dibattimentale a causa di strane chiamate da lui ricevute e interpretate come una forma velata di minaccia, la Corte d'Appello afferma: «*while some people might not have been deterred from giving evidence by the veil threat which was made, his fear cannot, in our judgement, be characterised as irrational or sufficiently unfounded to make it unfair for the judge to rule that is evidence should be read*».

Si segnala come, al di là della scelta in favore di un sistema di valutazione della "paura" secondo cadenze individualizzanti – scelta funzionale a restringere le possibilità di recupero di dichiarazioni extra-dibattimentali – dall'affermazione citata emerga un altro dato importante (susceptibile, al contrario, di allargare il filtro di ammissibilità): la Corte d'Appello esplicita che il giudice non è chiamato a verificare – in termini positivi – la consistenza dello stato di timore rappresentato dal teste (in rapporto alle caratteristiche personali), bensì – in negativo – la sua "non manifesta infondatezza" (nel caso di specie è stata autorizzata la lettura della deposizione precedentemente resa poiché le preoccupazioni espresse dal dichiarante non potevano considerarsi «*sufficiently unfounded*»).

<sup>59</sup> Le altre ipotesi disciplinate dal legislatore sono: morte del dichiarante, irreperibilità, infermità fisica o mentale e impossibilità di assicurare la presenza del teste residente all'estero (s. 116(2)).

evidenziati. In primo luogo, il riferimento alle *special measures directions* induce a ritenere che il legislatore abbia concepito l'acquisizione delle dichiarazioni precedenti del *fearful witness* come una soluzione eccezionale, praticabile solo qualora gli accorgimenti previsti dalla legge del '99 non consentano di vincere le resistenze del teste e formare la prova nel contraddittorio (seppur attenuato)<sup>60</sup>.

In secondo luogo, nel considerare il rischio che l'ammissione della prova unilateralmente formata si risolva in una sostanziale *unfairness* per una delle parti del procedimento, grande attenzione è rivolta al profilo cognitivo. La giurisprudenza evidenzia l'importanza di misurare l'impatto che l'assenza del teste dal dibattimento (e dunque l'impossibilità di controesaminarlo) produrrebbe in termini di perdita delle *chance* di testare la credibilità della prova<sup>61</sup>.

Si tratta di verificare l'esistenza di altre armi a disposizione della parte per mettere in dubbio le affermazioni del *fearful witness* e la qualità "intrinseca" (in termini di precisione e accuratezza) delle stesse<sup>62</sup>.

Tale logica appare fondata su un presupposto fallace – l'idea che il contraddittorio sia rinunciabile a fronte della credibilità *prima facie* della prova – e suscettibile di condurre a soluzioni interpretative insoddisfacenti sul piano della tutela delle garanzie difensive.

Un paio di esempi concreti aiutano a comprendere i discutibili corollari dell'impostazione accolta dalla giurisprudenza.

È stata ritenuta ammissibile nell'interesse della giustizia la dichiarazione extra-dibattimentale di un testimone intimidito in ragione della possibilità, riconosciuta all'imputato, di metterne in evidenza i profili d'inattendibilità rilasciando la propria versione dei fatti. È vero – ha ammesso la Corte d'Appello –

---

<sup>60</sup> Tale lettura trova conferma nella giurisprudenza più recente. V. *R. v Riat e altri* [2012] EWCA Crim 1509 in cui la Corte d'Appello esplicita che «*the court should take all possible steps to enable a fearful witness to give evidence notwithstanding his apprehension*».

<sup>61</sup> Per J.R. SPENCER (*Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., 107), «*the interests of justice are first and foremost the need to secure a result that is factually accurate; hence the first consideration should be whether or not the evidence on question appears to the court to be cogent and reliable*».

<sup>62</sup> «*Is the quality of the evidence in the deposition that is the crucial factor that could determine the exercise of discretion*» *R v Fairfax* [1995] Crim LR 949. Nel caso di specie, la deposizione della testimone oculare è stata considerata chiara, precisa e completa.

che considerare il contributo probatorio dell'accusato in chiave di strumento di verifica della prova d'accusa insidia il *privilege against self incrimination*; tuttavia, tale diritto non è pregiudicato del tutto<sup>63</sup>.

Ebbene, in una paradossale perversione delle garanzie, l'imputato che voglia esercitare il proprio diritto al silenzio non potrà poi lamentare l'impossibilità di fronteggiare la deposizione extra-dibattimentale.

In un'altra occasione, la giurisprudenza ha sostenuto che un adeguato ammonimento alla giuria circa il *deficit* gnoseologico che affligge le dichiarazioni unilateralmente formate sia una misura compensativa sufficiente a bilanciare la mancanza della *cross-examination*<sup>64</sup>.

Nel complesso, l'impressione è che il *Criminal Justice Act* (2003) offra una tutela molto generosa dei testimoni "intimiditi", senza tenere in debito conto i diritti della difesa.

Anzitutto, in ragione del fatto che le fonti di prova suscettibili di essere "esonerate" dal dibattimento sono individuate – come nel YJCEA – sulla base di variabili di carattere soggettivo, con la differenza, tuttavia, che lì il contraddittorio è solo attenuato, mentre qui viene meno del tutto. Se, dunque, è un bene che la platea di beneficiari di misure speciali quali l'esame a distanza o gli schermi unidirezionali – concepiti per consentire, seppur con alcuni accorgimenti, l'esplicarsi del confronto dialettico – sia estesa, l'approccio dovrebbe essere sensibilmente più rigoroso quando in gioco è l'acquisizione a fini probatori di dichiarazioni unilateralmente formate.

In secondo luogo, per l'intrinseca vaghezza che connota il sindacato del giudice, suscettibile di avallare, nella prassi, operazioni di bilanciamento che frustrano le garanzie individuali e la funzione cognitiva del processo penale.

##### 5. *La stretta della House of Lords e la reazione del Parlamento.*

---

<sup>63</sup> *R v Gokal* [1997] 2 Cr App R 266. La sentenza è stata emanata nella vigenza del *Criminal Justice Act* del 1988, tuttavia, i principi in essa affermati rimangono validi anche con riferimento al *Criminal and Justice Act* del 2003, essendo la materia regolata, in buona parte, in maniera analoga.

<sup>64</sup> *R v Kennedy* [1992] Crim LR 37 CA.

La ricognizione – svolta nei paragrafi precedenti – delle misure predisposte dal legislatore a tutela dei *fearful witnesses* svolta nei paragrafi precedenti rivela un sistema di protezione a struttura piramidale<sup>65</sup>. Alla base, le misure speciali previste dal YJCEA (1999), volte a consentire l’acquisizione della prova testimoniale nel contraddittorio (seppur con qualche sensibile temperamento); in una posizione intermedia (in casi contrassegnati da maggiore serietà), l’esonero dall’esame dibattimentale e il recupero delle dichiarazioni extra-dibattimentali (s. 116(2)(e) *Criminal Justice Act 2003*); in cima (nelle situazioni in assoluto più gravi), l’escussione del teste in forma anonima, soluzione che – lo abbiamo visto<sup>66</sup> – prende piede in giurisprudenza a partire dagli anni ’90.

La parabola ascendente che contrassegna l’impiego di testimonianze anonime nel processo penale in chiave di tutela dei testimoni «*in genuine and justified fear*»<sup>67</sup> subisce un brusco arresto il 18 giugno del 2008, quando la *House of Lords*, nell’esaminare la legittimità dei *witness anonymity orders* emessi nei confronti di tre testimoni in un processo per omicidio, afferma che l’occultamento alla difesa dei dati personali dei soggetti chiamati a deporre rappresenta una inaccettabile violazione del *right to confrontation* e risulta altresì incompatibile con l’art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u., in tutti i casi in cui la dichiarazione accusatoria costituisca la prova unica o determinante della colpevolezza dell’imputato<sup>68</sup>.

Sono due gli aspetti maggiormente evidenziati, seppur con accenti diversi, dai *Lawlords*. In primo luogo, che l’intimidazione delle fonti di prova costituisce un

---

<sup>65</sup> Quantomeno nelle intenzioni. L’immagine della piramide evoca il restringersi della platea di beneficiari delle misure di protezione man mano che si va verso l’alto, ossia man mano che la lesione al contraddittorio s’intensifica. Tuttavia, abbiamo visto come la giurisprudenza abbia spesso avallato orientamenti lassisti (si pensi alla sentenza *Taylor* nella quale il giudice, pur esprimendosi in termini rigorosi, ha legittimato l’anonimato sulla base delle mere esternazioni di timore del testimone), alla luce dei quali le *special measures directions*, l’acquisizione di *out-of-court statements* e l’anonimato rappresentano più che strumenti di tutela progressiva, soluzioni alternative a disposizione della medesima sfera di destinatari.

<sup>66</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>67</sup> A. KEANE, *The modern law of evidence*, 10<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2014, 161.

<sup>68</sup> *R v Davis* [2008] UKHL 36. Per un’analisi approfondita del caso, si rinvia a J.M. SWERGOLD, *Taking “blind shots at a hidden target”: witness anonymity in the United Kingdom*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2009, 472 s.

problema serio ma non nuovo e che mai prima di allora la giurisprudenza si era determinata ad affrontarlo consentendo ai testimoni di deporre in forma anonima. Viene citato il precedente della commissione Diplock<sup>69</sup>, a dimostrazione del fatto che nemmeno in un periodo e in un contesto dominati dall'emergenza terroristica, si era reputato opportuno negare il diritto dell'imputato a conoscere l'identità dei testimoni a carico.

La sentenza si sofferma, poi, sul *vulnus* che l'istituto determina sul versante delle prerogative della difesa.

Lord Bingham osserva che condurre la *cross-examination* di un soggetto del quale si ignora l'identità equivale «*to taking blind shots at a hidden target*»<sup>70</sup>. Un'immagine efficace, che paragona l'imputato ad un cacciatore che spara colpi a casaccio ad un bersaglio nascosto.

Nel caso di specie, il signor Davis era stato accusato di un duplice omicidio, sulla base delle dichiarazioni rese da tre testimoni anonimi. Prima del dibattimento l'accusa aveva fornito alla difesa una serie di informazioni relative ad ognuna delle fonti (precedenti condanne, rapporti con la persona offesa e con altri testi ecc.) e aveva dichiarato alla corte di non essere in possesso di alcun elemento suscettibile di far ritenere che alcuna di loro avesse un motivo per accusare falsamente l'imputato.

Al *trial* il signor Davis aveva negato la propria responsabilità e si era detto convinto che l'accusa fosse stata artatamente costruita da una ex fidanzata con la quale era in pessimi rapporti. Tuttavia, non sapendo se tra le persone chiamate a deporre ci fosse la l'ex fidanzata in questione (non solo, infatti, gli era stato impedito l'accesso ai dati personali dei testimoni, ma l'esame dibattimentale si era svolto in modo che lui non potesse né vederli né sentirne la voce reale), non aveva potuto “sfidare” la fonte a carico su questo specifico punto.

In una situazione del genere (a fronte cioè dell'impossibilità per l'imputato di approfondire alcuni temi di prova di grande rilevanza in chiave difensiva) – afferma la *House of Lords* – ritenere che l'anonimato non pregiudichi l'equità del

---

<sup>69</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>70</sup> *R v Davis*, cit., § 32.

procedimento è possibile solo se si assume la colpevolezza dell'imputato<sup>71</sup>.

Non vale a rovesciare tale conclusione la circostanza che l'accusa avesse indagato gli eventuali profili di inaffidabilità dei dichiaranti e avesse adempiuto, in maniera diligente e coscienziosa, il dovere di *disclosure*. Nell'ottica dei *Lawlords*, infatti, «*the fairness of a trial should not largely depend on the diligent performance of their duties by the prosecuting authorities*»<sup>72</sup>.

La pronuncia porta allo scoperto le maggiori criticità connesse alla legittimazione di fonti anonime nel processo, avallata da una giurisprudenza (troppo) sensibile alle esigenze securitarie e alle prerogative dei testimoni: l'attacco al nocciolo duro del *right to confrontation*<sup>73</sup>; la messa in discussione della presunzione di non colpevolezza; lo sgretolamento dell'impianto accusatorio del processo, annidato nell'idea che i problemi della difesa possano essere compensati da un'accusa "interventista", che si metta, in certa misura, nei panni dell'imputato, offrendole essa stessa gli argomenti utili per costruire la linea difensiva. Infine, in una prospettiva di più ampio respiro, il rischio che s'innesci una «*slippery slope*» (un effetto cascata), suscettibile di determinare una progressiva erosione dei principi indefettibili del *fair trial*<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> «*To decide whether the protective measures operated unfairly in this case it is necessary to consider their impact on the conduct of the defence. For that purpose it cannot be assumed at the outset that the defendant is guilty and all that he says is false*». Queste le parole di Lord Bingham, al § 32 della sentenza.

<sup>72</sup> *R v Davis*, cit., § 31.

<sup>73</sup> W.E. O'BRIAN (*Confrontation: the defiance of the English courts*, cit., 102) plaude la pronuncia della *House of Lords* e il «*ringing endorsement of the importance of confrontation to a fair trial*» in essa contenuto. Diversamente, I. DENNIS (*Witness anonymity*, cit., 250 s.) ritiene che la difesa incondizionata del diritto al confronto dell'imputato da parte dei *Lawlords* sia eccessiva.

<sup>74</sup> Lord Bingham cita, a questo proposito, il passaggio di una sentenza della Corte d'Appello neozelandese (*R v Hughes* [1986] NZLR 129) nella quale si dà efficacemente conto di questo problema. La Corte d'Appello osserva: «*we would be on a slippery slope as a society if on a supposed balancing of the interests of the State against those of the individual accused the courts were by judicial rule to allow limitations on the defence in raising matters properly relevant to an issue in the trial. Today the claim is that the name of the witness need not to be given: tomorrow, and by the same logic, it will be that the risk of physical identification of the witness must be eliminated in the interests of justice in the detection and prosecution of crime, either by allowing the witness to testify with anonymity, for example from behind a screen, in which case his demeanour could not be observed, or*

La conclusione cui perviene la *House of Lords* è che l'anonimato testimoniale è suscettibile di mettere a repentaglio la stessa integrità della giustizia penale e che, per tale ragione, l'unica prospettiva coerente con i principi fondamentali del *common law* è quella di un netto rifiuto<sup>75</sup>.

«*Murderers will escape justice without new laws to end "secret witness" ban*»: così titola uno dei più diffusi quotidiani d'Inghilterra all'indomani della sentenza *Davis*<sup>76</sup>; un'altra testata accusa i *Lawlords* di essere «impazziti» (*barmy*) e di aver «scatenato l'anarchia»<sup>77</sup>.

L'incredulità e la preoccupazione generate nell'opinione pubblica, nei *media* e tra le forze di polizia sono tali da spingere il Parlamento ad approvare, nel giro di

---

*by removing the accused from the court, or both. The right to confront adverse witness is basic to any civilised notion of a fair trial. This must include the right for the defence to ascertain the true identity of an accuser where questions of credibility are in issue» (R v Davis, cit., § 8).*

<sup>75</sup> Con due eccezioni. In primo luogo, qualora l'occultamento dell'identità si renda necessario a causa di atti d'intimidazione riconducibili all'imputato; in questo caso, infatti, egli non può lamentare il mancato godimento di un diritto al quale ha implicitamente rinunciato commettendo atti di violenza e minaccia nei confronti della fonte di prova. In secondo luogo, nel caso in cui le prove testimoniali non riguardino direttamente la responsabilità dell'imputato e non sorga, rispetto alle stesse, l'esigenza di indagare la credibilità soggettiva del dichiarante. Viene richiamata, per spiegare questa particolare eccezione, la sentenza *Murphy*. Nel caso di specie, la condanna degli imputati (accusati di aver ucciso alcuni dimostranti nel corso di una manifestazione) era stata basata su fotografie e videoriprese che avevano catturato l'intera sequenza degli eventi. Gli autori degli scatti e dei video che incastravano gli imputati erano stati sentiti in dibattimento in forma anonima, al solo fine di stabilire la provenienza soggettiva del materiale fotografico e cinematografico. Il giudice aveva concesso le misure di protezione, escludendo che per questa via si sarebbero violati i diritti difensivi, per due ragioni: 1) la prova dichiarativa non concerneva la responsabilità degli imputati; 2) se anche la difesa non era venuta a conoscenza dell'identità degli autori delle foto e dei video, il *deficit* cognitivo non aveva avuto ripercussioni negative sulle sue possibilità difensive, dal momento che la genuinità del materiale probatorio in questione prescinde dall'affidabilità del suo autore.

<sup>76</sup> *Murderers will escape justice without new laws to end "secret witness" ban, warns Straw*, in *The Daily Mail*, 26 giugno 2008, in <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1029538/Murderers-escape-justice-new-laws-end-secret-witness-ban-Straw-warns-MPs.html>.

<sup>77</sup> *Anarchy is unleashed*, in *The Sun*, 25 giugno 2008, in <http://www.thescottishsun.co.uk/scotsol/homepage/news/justice/1336670/Outrage-as-Law-Lords-ban-anonymous-trial-witnesses.html>.

un mese appena<sup>78</sup>, una legge volta a ripristinare la legittimità dei *witness anonymity orders*.

Così, il 21 luglio del 2008 entra in vigore il *Criminal evidence (witness anonymity) Act*. Concepito per offrire una regolamentazione temporanea, in attesa di un intervento legislativo maggiormente ponderato, allo spirare della *sunset clause* il suo contenuto viene di fatto trasfuso (con qualche leggera modifica<sup>79</sup>) nel *Coroners and Justice Act* del 2009<sup>80</sup>, il provvedimento normativo che attualmente disciplina l'anonimato testimoniale nei processi penali d'Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord<sup>81</sup>, al quale è giunto il momento di dedicare la nostra attenzione.

#### 6. *I witness anonymity orders: definizione e presupposti.*

Il CJA consente al giudice, al ricorrere di determinati presupposti, di adottare una serie di misure volte a tutelare, nel corso del procedimento, l'identità di uno o più testimoni.

La s. 86 definisce il *witness anonymity order* «*an order made by a court that requires such specified measures to be taken in relation to a witness in criminal proceedings as the court considers appropriate to ensure that the identity of the witness is not disclosed in or in connection with the proceedings*».

In ordine a tale definizione, alcuni aspetti vanno messi in evidenza. Primo: per “*witness in criminal proceedings*” si deve intendere ogni persona chiamata (o suscettibile di essere chiamata) a deporre in un processo (in dibattimento o in altra

---

<sup>78</sup> Nella *House of Commons* ci fu un solo giorno di dibattito sul disegno di legge. V., sul punto, D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009: the “witness anonymity” and “investigation anonymity” provisions*, in *Crim. Law Rev.*, 2010, 370.

<sup>79</sup> A differenza della legge emergenziale, lo *statute* del 2009 prevede la possibilità di disporre gli “*anonymity investigation orders*” (ss. 74-85), in ordine ai quali vedi *infra*, al § 7 nota 151.

<sup>80</sup> Di qui in avanti CJA.

<sup>81</sup> Per A.G. WARD (*The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, in *Denning Law Journal*, 2009, 84) il *Coroners and Justice Act* rappresenta «un'occasione mancata» per regolare la materia con maggiore attenzione alle garanzie individuali.



udienza)<sup>82</sup> dinanzi alla *Crown Court*, alla *Court of Appeal* e alle *magistrates' courts*<sup>83</sup>.

Secondo: le *specified measures* che il giudice può disporre sono (ma l'elenco non è tassativo<sup>84</sup>): l'occultamento delle generalità; l'attribuzione di uno pseudonimo; il divieto per le parti di porre domande suscettibili di condurre all'identificazione del teste; l'uso di schermi e di congegni volti a modificare la voce del dichiarante nell'ottica di impedire che le fattezze fisiche o il timbro vocale possano rivelarne l'identità<sup>85</sup>.

Terzo: *to ensure that the identity of the witness is not disclosed*. L'obiettivo è quello di tutelare i dati identificativi della fonte di prova nei confronti sia del pubblico che dell'imputato. Il CJA, infatti, disciplina le ipotesi di «*full anonymity*»<sup>86</sup>.

La s. 88 enuclea i presupposti necessari affinché un ordine di protezione possa essere emesso.

In primo luogo, deve essere indispensabile per tutelare la sicurezza del testimone e/o di altre persone ovvero per evitare a questi un significativo («*serious*») pregiudizio al patrimonio o un «*real harm*» all'interesse della collettività.

In secondo luogo, gli effetti che l'occultamento dell'identità del testimone determinano sulle prerogative della difesa non devono essere tali da pregiudicare il diritto dell'imputato di ricevere un processo equo.

Infine, il giudice deve verificare che l'emissione dell'*order* sia nell'«interesse della giustizia», tenuto conto dell'importanza della prova nell'economia complessiva della causa e della (in)disponibilità della fonte a deporre in assenza delle misure di

---

<sup>82</sup> S. 97.

<sup>83</sup> È critico in merito alla scelta di consentire l'adozione di *witness anonymity orders* nell'ambito di procedimenti dinanzi alle *magistrates' courts*, la cui competenza è riservata a reati di medio-bassa gravità, D. HOWARTH, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, in *Archbold News*, 2008, 3.

<sup>84</sup> V. D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 373.

<sup>85</sup> La s. 86(4)(a)(b) chiarisce che l'eventuale uso di schermi e/o di apparecchi per modificare la voce non deve impedire al giudice né alla giuria (nei procedimenti in cui è presente) di vedere e sentire correttamente il testimone. Tale disposizione garantisce all'organo giurisdizionale di esaminare il comportamento della fonte di prova senza limitazioni di sorta, nemmeno nel caso in cui non sia al corrente della reale identità del teste. V. *infra*, § 7.

<sup>86</sup> V. D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 373-374.

protezione richieste.

L'accertamento dei presupposti in esame è guidato da una serie di canoni orientativi<sup>87</sup>, indicati dal legislatore alla s. 89: 1) il generale diritto dell'imputato a conoscere il nome dei propri accusatori; 2) l'importanza della credibilità soggettiva del teste nell'ambito della più ampia valutazione sull'affidabilità della prova dichiarativa; 3) la rilevanza della deposizione nell'economia complessiva della causa (se sia l'elemento probatorio unico o determinante per l'affermazione di responsabilità dell'accusato); 4) la possibilità di testare l'attendibilità della deposizione anche senza conoscerne la provenienza; 5) l'esistenza di circostanze che inducano a dubitare della sincerità del dichiarante; 6) la possibilità di tutelare la fonte di prova mediante misure diverse dall'anonimato.

Si tratta di indicazioni meramente esemplificative; attenzione deve essere rivolta anche a tutti gli ulteriori aspetti ritenuti rilevanti (testualmente, «*such other matters as the court considers relevant*») (s. 89(1)(b)).

La corte può adottare un provvedimento a tutela dell'identità del teste «*only if it is satisfied that [each condition is] met*». La legge subordina, dunque, l'emissione dell'*order* al positivo accertamento di tutti e tre i requisiti indicati alla s. 88<sup>88</sup>.

Non è chiaro, tuttavia, quale sia lo *standard* probatorio richiesto. La dottrina tende ad escludere che si tratti dell'ordinario criterio di accertamento richiesto per provare la responsabilità dell'imputato in ordine ai fatti contestati (il "*reasonable doubt*" *standard*) e addirittura ipotizza l'uso, ai fini della decisione incidentale, di elementi probatori non acquisibili in giudizio<sup>89</sup>.

La questione non è di poco conto: la configurazione, in termini di maggiore o minore rigore, del "livello di prova" richiesto per la verifica dei requisiti di ammissibilità influenza in misura significativa l'ambito applicativo dell'istituto e le sue potenziali ricadute sulle garanzie individuali e sugli equilibri complessivi del sistema.

---

<sup>87</sup> La corte, tuttavia, non è vincolata ad una puntuale verifica di ognuno di questi fattori. V., sul punto, D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 384.

<sup>88</sup> Tuttavia, anche qualora sussistano tutti i requisiti indicati dalla legge, il giudice rimane libero di negare la concessione dell'anonimato. La disposizione (s. 88(2)), infatti, è costruita in termini discrezionali e non vincolanti: «*the court may make*».

<sup>89</sup> V. D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 378.

6.1. *L'indispensabilità dell'anonimato in chiave di tutela dell'incolumità personale, del patrimonio e dell'interesse pubblico.*

Al fine di verificare la tenuta dello schema operativo approntato dal legislatore è opportuno soffermarsi sulle singole condizioni di ammissibilità dei *witness anonymity orders*.

Cominciamo con il presupposto *ex s. 88(3)*: «*condition A is that the proposed order is necessary in order to protect the safety of the witness or another person*».

Si registra un elemento di rottura sia rispetto alla giurisprudenza sviluppatasi in materia di anonimo prima della sentenza *Davis*, sia rispetto alle disposizioni in tutela dei testimoni “intimiditi” contenute nel YJCEA e nel *Criminal and Justice Act* (2003), le quali, come abbiamo visto, saldano l'applicazione delle misure di protezione a variabili di carattere soggettivo<sup>90</sup>.

Un primo dato, dunque, s'impone all'attenzione dell'interprete, ossia la volontà, da parte del legislatore, di rendere l'accesso alle misure di protezione contenute nel CJA particolarmente rigoroso, evitando il ricorso a clausole costruite su stati emotivi, soggette per loro natura ad una significativa (e a tratti incontrollata) tendenza espansiva<sup>91</sup>.

Affinché la protezione al testimone possa essere accordata, dunque, non basta dimostrare l'esistenza di uno stato di timore (*fear*) sincero e ragionevole in capo al dichiarante; occorre provare che l'incolumità sua o di altre persone sia effettivamente a rischio<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Si rinvia, per questi aspetti, ai § 2, 3 e 4.

<sup>91</sup> «*Necessary [...] goes well beyond what may be described as “desirable” or “convenient”*» ha chiarito la Corte d'Appello nella prima pronuncia in cui, in seguito all'entrata in vigore del nuovo schema legislativo, si è occupata del tema. La sentenza, per verità, fa riferimento alle disposizioni del *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act* del 2008, tuttavia, i principi in essa espressi possono essere senz'altro considerati validi anche in relazione alla disciplina contenuta nel *Coroners and Justice Act* del 2009, vista la pressoché totale coincidenza dei due testi normativi.

<sup>92</sup> Per D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER (*Coroners and Justice Act 2009*, cit., 380) si tratta di un «*mixed subjective-and-objective test: the witness must be in fear and have reasonable grounds for being so*». D. HOWARTH (*The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, cit., 5) sottolinea il rischio che una valutazione concepita in questi termini possa facilmente allargare le maglie del filtro di

La giurisprudenza si è soffermata sugli elementi dai quali è possibile desumere tale pericolo e ha escluso che sia indispensabile accertare, in ogni caso, l'esistenza di specifiche iniziative intimidatorie da parte dell'imputato (o dei suoi sodali)<sup>93</sup>. A trovare copertura, dunque, sono anche le situazioni d'intimidazione "potenziale".

Tale impostazione è senz'altro ragionevole, se si considera che l'anonimato è una misura utile nella misura in cui la fonte di prova è sconosciuta all'imputato. D'altra parte, essa si presta ad avallare logiche presuntive. Esemplificativa, di tale possibile deriva, la sentenza *Nazir*<sup>94</sup>. Nel caso di specie, l'imputato era stato accusato di aver pugnalato a morte, in concorso con un amico di famiglia, la sorella. Il movente dell'omicidio viene ricollegato alla feroce opposizione da parte della famiglia della giovane vittima al matrimonio che la stessa stava per contrarre. Nazir aveva dichiarato la propria estraneità ai fatti, sostenendo, fra l'altro, di non essere stato presente nel momento in cui la sorella era stata uccisa. A sostegno della tesi accusatoria, fra gli altri elementi, vi è la deposizione anonima di una testimone oculare, la quale affermava di aver visto l'imputato afferrare la vittima che cercava di mettersi in salvo fuggendo da casa. Al termine del dibattimento Nazir viene condannato per concorso in omicidio.

La Corte d'Appello, al momento di valutare se il *witness anonymity order* a beneficio della testimone fosse stato correttamente disposto dal giudice di primo grado, afferma: «*one has only to ask what, if the witness's evidence was true, a man who had murdered his own sister out of a misplaced sense of family honour might do to someone who would be or was responsible of his being sentenced to life imprisonment*»<sup>95</sup>.

Il ragionamento è a grandi linee questo: ponendo che le accuse della donna siano vere, il Nazir, mosso da un distorto senso dell'onore, ha ucciso la sorella e per questa ragione rischia l'ergastolo; una persona che ha fatto queste cose e che rischia

---

ammissibilità dell'anonimo e richiama l'attenzione sulla necessità di fare «*a clear choice between "safety" and "fear"*».

<sup>93</sup> *R v Mayers* [2008] EWCA Crim 2989, § 28.

<sup>94</sup> *R v Nazir* [2009] EWCA Crim 213.

<sup>95</sup> *R v Nazir*, cit., § 46.

così tanto non ha certo remore a “punire” di chi abbia contribuito ad incastrarlo. L'esito è paradossale: l'imputato non è, nelle inferenze della corte, presunto innocente bensì presunto colpevole.

Ebbene, alla luce del rischio che valutazioni di questo tipo possano inquinare il giudizio sull'ammissibilità dell'anonimato è indispensabile che la giurisprudenza adotti un approccio rigoroso.

In questa prospettiva, il giudice deve prendere in considerazione le circostanze in cui è maturato il reato e il contesto criminale di appartenenza dell'accusato, ma solo nella misura in cui tali aspetti si saldino a fattori di rischio specifici per il testimone, non invece qualora siano suscettibili di avvalorare giudizi meramente ipotetici ed astratti<sup>96</sup>.

Ai sensi della s. 88, l'anonimato può essere disposto anche qualora sia necessario al fine di evitare un grave pregiudizio al patrimonio. Tale disposizione è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina. In primo luogo, poiché si ritiene che la tutela del patrimonio non sia un bene giuridico di importanza tale da giustificare una misura protezione del testimone così pregiudizievole per i diritti della difesa<sup>97</sup>.

In secondo luogo, si paventa il rischio che, per questa via, l'uso di testimonianze anonime sia legittimato anche nell'ambito di procedimenti per reati di gravità medio-bassa<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Non appare conforme a questo *standard* la pronuncia *R v Okuwa* [2010] EWCA Crim 832. Oggetto di accertamento nel procedimento in esame, è l'omicidio di uno spacciatore di droga, avvenuto per ragioni legate ai traffici illeciti nei quali la vittima era stata coinvolta. La corte decide di accogliere la richiesta del *prosecutor* di disporre la segretazione dell'identità di due testimoni dell'accusa sulla base delle sole – generiche – preoccupazioni esternate dalle stesse, senza attivare verifiche più approfondite. La Corte d'Appello, nel ritenere non censurabili le valutazioni espresse dal giudice di primo grado su questo punto, osserva: «*in this kind of environment*» – il riferimento è al “*drug underworld*” – «*witnesses often refuse to help the authorities for fear of ripercussion. It is [...] a sad fact in contemporary London*» (§ 47). Ad essere veicolate, sono considerazioni di carattere puramente statistico, sganciate da una seria indagine sui fattori di rischio connessi al caso specifico.

<sup>97</sup> «*Serious doubts might [...] be raised as to whether it can be “necessary” [...] to grant anonymity merely to prevent serious damage to property*» osservano D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 379-380.

<sup>98</sup> J. DOAK, R. HUXELY-BINNS, *Anonymous witnesses in England and Wales*, cit., 527-528.

Infine, un *witness anonymity order* può essere disposto «*in order to prevent a real harm to the public interest (whether affecting the carrying on of any activities in the public interest or the safety of a person involved in carrying on such activity)*»<sup>99</sup>.

Sotto l'egida di questa disposizione trovano copertura le ipotesi (e sono statisticamente le più rilevanti) in cui l'anonimato è garantito ad agenti impiegati in attività sotto copertura.

Anche in questo caso, il legislatore è stato accusato dalla dottrina di aver predisposto una clausola «*hopelessly vague*»<sup>100</sup>. Il riferimento al pregiudizio all'attività coperta (*whether affecting the carrying on of any activity*), individuato quale presupposto per l'adozione delle misure di protezione *in alternativa* all'obiettivo di salvaguardare l'incolumità della persona (*whether affecting the safety of a person involved in carrying on such activity*), legittima il *prosecutor* a richiedere un ordine di protezione anche in assenza di un pericolo per la sicurezza dell'ufficiale di polizia; gli basta dimostrare che questi non potrà più continuare a svolgere il proprio incarico *undercover*, qualora la sua identità venga rivelata in giudizio.

Il rischio, evidentemente, è quello che, con riferimento a determinate categorie di agenti sotto copertura, si sviluppino degli automatismi nell'emissione dei *witness anonymity orders*<sup>101</sup>. Non solo: c'è la possibilità concreta che la disposizione sia utilizzata per tutelare una gamma indeterminata di interessi statali<sup>102</sup>.

D'altra parte, l'acquisizione in forma anonima della testimonianza non può dirsi "necessaria" qualora sia possibile disporre forme di tutela della fonte di prova meno pregiudizievoli per *right to confrontation*. Ai sensi della s. 89(2)(f), infatti, la

---

<sup>99</sup> S. 88(3)(b).

<sup>100</sup> D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 379.

<sup>101</sup> Proprio in questa direzione, peraltro, sembra andare la giurisprudenza. Nella pronuncia relativa al caso *Bahmanzadeh e Costelloe* (giudicato congiuntamente al caso *Mayers*), la Corte d'Appello ha sostenuto il carattere fisiologico dell'anonimato nei procedimenti in cui sono coinvolti agenti *undercover*. «*The reality [...] is that there are often sound operational reasons for maintaining the anonymity of undercover police officers, and the court would normally be entitled to follow the unequivocal assertion by an undercover officer that without an anonymity order he would not be prepared to testify*» (*R v Mayers*, cit., § 30). In dottrina, v. W. O'BRIAN, *Confrontation: the defiance of the English courts*, cit., 112-113.

<sup>102</sup> V. J. DOAK, R. HUXELY-BINNS, *Anonymous witnesses in England and Wales*, cit., 528.

corte deve verificare «*whether it would be reasonably practicable to protect the witness by any means other than by making a witness anonymity order specifying the measures that are under consideration by the court*».

Si tratterà, dunque, di valutare, in ogni singolo caso, l'opportunità di optare per le *special measures directions* previste dal YJCEA (1999) ovvero per i meccanismi di acquisizione probatoria delle *out-of-court statements* stabiliti dalla s. 116 del *Criminal Justice Act* (2003) ovvero, infine, per i programmi di protezione di carattere amministrativo (che comportano la *relocation* del testimone, ossia il suo trasferimento in luogo protetto e il mutamento delle generalità)<sup>103</sup>. L'obiettivo è quello di conferire all'anonimato il rango di misura di *last practicable resort*, a cui ricorrere qualora soluzioni meno lesive del contraddittorio non siano praticabili.

Al fondo di questa analisi, emerge come l'impostazione accolta dal CJA sia, nel complesso, funzionale a confinare l'applicazione dell'istituto a casi eccezionali.

Tuttavia, alla luce dei rilevati rischi di allentamento della logica di *extrema ratio*, è fondamentale che la giurisprudenza adotti un approccio particolarmente severo nell'interpretare ed applicare il “*necessity principle*” e prediliga sempre, in chiave di tutela del testimone, la soluzione meno costosa in termini di sacrificio al *right to confrontation*<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Si vedano, in proposito, le linee guida offerte dal *Crown Prosecution Service* per l'applicazione del *Coroners and Justice Act* (2009) in [https://www.cps.gov.uk/publications/directors\\_guidance/witness\\_anonymity.html#a02](https://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/witness_anonymity.html#a02).

Si deve segnalare, tuttavia, che, nell'opinione della giurisprudenza «*witness relocation can only be a practicable alternative in the rarest of circumstances*» (*R v Mayers* [2008] EWCA Crim 2989, § 9). La difficoltà nel riconoscere nei programmi di protezione una valida alternativa all'anonimato testimoniale dipende, essenzialmente, da due circostanze: una di carattere finanziario (quei programmi comportano dei costi molto alti a carico dello stato); la seconda di carattere etico in quanto l'impatto che la *relocation* ha sullo stile di vita della persona (cesura di tutti i contatti con familiari e amici, perdita del lavoro ecc.) è considerato, nella maggior parte dei casi, eccessivamente oneroso per il testimone. V. R. BAGSHAW, *Anonymous evidence: R v Mayers*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2009, 139; I. DENNIS, *Witness anonymity*, cit., 260-261.

<sup>104</sup> Un'esortazione di questo tenore è veicolata da D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 379-380: «*the courts will have to take a rigorous approach to condition A if they are serious about limiting anonymity to “exceptional” cases*».

6.2. La “*fair trial condition*”.

Il secondo requisito essenziale affinché un *witness anonymity order* possa essere validamente emesso è che il mantenimento del riserbo sull'identità del testimone sia compatibile «*with the defendant receiving a fair trial*» (s. 88(4)).

La preoccupazione del legislatore, anche nel caso in cui la richiesta di protezione provenga dallo stesso imputato<sup>105</sup>, è quella di garantire uno *standard* adeguato di tutela dei diritti della difesa.

Molto abbiamo detto in ordine ai pregiudizi che l'occultamento dell'identità del teste comporta su questo versante. La dottrina<sup>106</sup> e la *House of Lords* nella sentenza *Davis* hanno evidenziato i problemi principali: l'impossibilità per la difesa di indagare il *background* e la reputazione del teste; il venir meno del confronto *face-to-face* nei casi (la quasi totalità) in cui la protezione dell'identità si estenda anche alle fattezze fisiche e alla voce; la posizione di svantaggio in cui, a causa del *deficit* informativo che la affligge, la difesa viene a trovarsi rispetto all'accusa; la percezione che l'imputato sia una persona violenta e minacciosa e, per converso, che i testimoni, per l'alone di mistero nel quale sono avvolti, siano dei “*superwitnesses*” la cui credibilità non è in discussione; la negazione del principio di *open justice*; il rischio di una «*slippery slope*» verso una progressiva erosione delle garanzie individuali.

Ebbene, alla luce delle rilevate criticità, in quali casi e a quali condizioni l'adozione di un *witness anonymity order* può considerarsi compatibile con il *fair trial*?

Per dare una risposta a tale interrogativo occorre, anzitutto, capire che cosa s'intenda per *fair trial*. Sotto questo profilo, tuttavia, lo *statute* non offre alcun aiuto: non contiene alcuna definizione in ordine a tale concetto, di fatto rimettendo al

<sup>105</sup> In ordine ai *witness anonymity orders* richiesti dalla difesa, v. *infra*, § 8.

<sup>106</sup> Si vedano, sul punto, R. COSTIGAN, P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 331 s.; I. DENNIS, *Witness anonymity*, cit., 249 s.; J. DOAK, R. HUXELY-BINNS, *Anonymous witnesses in England and Wales*, cit., 509; D. LUSTY, *Anonymous accusers*, cit., 361 s.; W.E. O'BRIAN, *Confrontation: the defiance of the English courts*, cit., 101 s.; D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 369; J.M. SWERGOLD, *Taking “blind shots at a hidden target”*, cit., 482 s.; A.G. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, cit., 67 s.



giudice il compito di individuare, di volta in volta (*case-by-case*), gli elementi indefettibili del “giusto processo”<sup>107</sup>. A fornire una guida alla corte sono i principi elaborati a Strasburgo<sup>108</sup> e le *relevant considerations* esposte alla s. 89(2).

Queste ultime, in particolare, impongono all'organo giurisdizionale di verificare se, nel caso di specie, si ponga un problema di accertamento della credibilità soggettiva del testimone (s. 89(2)(b)) e, nell'ipotesi affermativa, se il teste abbia qualche motivo per rendere false dichiarazioni (s. 89(2)(e)) e di quali strumenti disponga la difesa per indagare tali aspetti pur rimanendo all'oscuro dell'identità della fonte di prova (s. 89(2)(d)).

Una speciale attenzione, dunque, è dedicata al profilo cognitivo<sup>109</sup>. L'idea è che i *witness anonymity orders* siano compatibili “*with the defendant receiving a fair trial*” nella misura in cui non pregiudichino, in maniera intollerabile, il *pedigree* gnoseologico della prova. In questa prospettiva, la giurisprudenza opera una distinzione fondamentale: da una parte, le situazioni in cui la credibilità del testimone non è “*in issue*”; dall'altra, quelle in cui, invece, costituisce un tema di prova rilevante. È opportuno, al fine di ricostruire il significato concreto della “*fair trial condition*”, analizzare distintamente queste due ipotesi.

#### 6.2.1. *Casi in cui la credibilità del testimone non è “in issue”.*

Nelle linee guida stilate con riferimento alla legislazione sugli anonimi, il *Crown Prosecution Service* afferma che «*in many instances, the only issue for the*

<sup>107</sup> D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 380.

<sup>108</sup> La dottrina sottolinea come la “*fair trial condition*” sia stata predisposta proprio nell'ottica di assicurare il rispetto dei principi enucleati dalla Corte Edu in materia di testimonianze anonime. D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER (*Coroners and Justice Act 2009*, cit., 380).

<sup>109</sup> I. DENNIS, *Witness anonymity in the criminal process*, cit., 258; D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 384.

*defence will be the reliability of the witness and the accuracy of their evidence. Here it may be less critical to know the identity of the witness. This may be the case where the witness is a police officer working undercover, or a civilian witness of good character, unconnected with the defendant or other witnesses»<sup>110</sup>.*

Considerazioni del medesimo tenore si rinvencono anche in giurisprudenza. Nella sentenza *Mayers*<sup>111</sup>, la Corte d'Appello sostiene che conoscere la reale identità degli agenti sotto copertura è «*rarely [...] of any importance to the defendant who can advance whatever criticism of the evidence*».

Nel caso di specie (si tratta della vicenda *Bahmanzadeh e Costelloe*, giudicata unitamente al caso *Mayers*), gli imputati erano stati condannati per aver messo a disposizione di alcuni spacciatori di droga i locali del *club* di cui avevano la gestione, affinché questi potessero condurre lì i loro traffici illeciti. Ad incastrarli, le dichiarazioni di ventiquattro agenti sotto copertura che, in occasione di svariate operazioni di acquisto simulato di sostanza stupefacente, avevano rilevato come gli imputati fossero senz'altro a conoscenza dell'attività illecita condotta nel locale e l'avessero addirittura agevolata.

La Corte d'Appello, nell'escludere che la mancata conoscenza dell'identità dei testimoni avesse pregiudicato in misura intollerabile le *chance* della difesa di contrastare le dichiarazioni accusatorie, afferma: «*the evidence of the anonymous witnesses was extensively tested, but their individual credibility was not challenged in cross-examination. In essence it was accepted that they were undercover officers, performing a professional duty, who were entirely unconnected with the appellants [...] The accuracy of their evidence could be tested. There was no reason to believe that any of them have a tendency or motive to be dishonest*»<sup>112</sup>.

Dalla trama argomentativa della sentenza affiora il principio per cui lo *status* di pubblico ufficiale rappresenta, in qualche misura, una garanzia di attendibilità. Pertanto – questo il corollario – se non vengono alla luce circostanze suscettibili di mettere in dubbio la veridicità delle affermazioni dell'agente sotto copertura (per

---

<sup>110</sup> V. *The Director's guidance on witness anonymity* in [https://www.cps.gov.uk/publications/directors\\_guidance/witness\\_anonymity.html#a05](https://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/witness_anonymity.html#a05).

<sup>111</sup> *R v Mayers*, cit., § 31.

<sup>112</sup> *R v Mayers*, cit., § 87.

esempio, precedenti rapporti con l'imputato o un particolare interesse per l'esito del procedimento<sup>113</sup>), l'ignoranza delle generalità e del *background* non costituisce un problema significativo per la difesa<sup>114</sup>.

La verità è che tale logica può essere facilmente rovesciata. Gli *undercover*, i quali conducono, spesso con grande investimento di tempo ed energia, le indagini a carico dell'imputato, sono per definizione dei testimoni "interessati" all'esito del procedimento.

Più in generale, poi, pare sbagliato, e in certa misura anche pericoloso, stabilire delle presunzioni di credibilità in ragione di un particolare ruolo istituzionale<sup>115</sup>.

La medesima linea di pensiero è stata adottata dalla Corte con riferimento ai *civilians of good character* (vale a dire persone non pregiudicate né affette da

---

<sup>113</sup> V. D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 383.

<sup>114</sup> Nella sentenza è stato valorizzato anche un altro aspetto. Quando si tratta di agenti sotto copertura, «*the witness may be well known to the defendant*». Sebbene tale considerazione non sia stata sviluppata dalla Corte, il ragionamento sembra essere, a grandi linee, questo: se l'imputato conosce, seppur sotto falso nome, il teste, l'impossibilità di risalire alla reale identità non è così grave; egli ha tutti gli elementi per contestare le accuse mosse a suo carico.

Tale impostazione presta il fianco a due rilievi critici. In primo luogo, molte informazioni potenzialmente importanti per screditare la testimonianza dell'*undercover* rimangono inaccessibili alla difesa in mancanza dei dati anagrafici reali (si pensi a eventuali illeciti disciplinari). In secondo luogo, come fare a stabilire quante occasioni di contatto sono sufficienti a ritenere che l'imputato "conosca" l'agente sotto copertura?

<sup>115</sup> Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte al cap. I, § 9.

L'obiezione più convincente al riconoscimento di una "presunzione di credibilità" in capo agli agenti sotto copertura è stata espressa dalla Corte d'Appello neozelandese in una pronuncia (*R v Hughes* [1986] 2 NZLR 129) riportata da D. LUSTY (*Anonymous accusers*, cit., 398): «*a private assessment by the prosecution of the credibility of a police officer is no substitute in the interests of justice for a proper check of his background by the accused whose liberty is at stake and who stands condemned on the undercover officer's evidence if his credibility is unchallenged. No doubt in the vast majority of cases undercover officers will give correct and fair testimony and there will be nothing in their backgrounds to impeach their credibility. However we would be shutting our eyes to reality if we did not recognise that that might not always be the case and that there must be a risk of injustice if the truth of identity is withheld from the defence, perhaps particularly so in the case of witnesses such as undercover officers who have necessarily led a Jekyll-and-Hyde life and who in their undercover work have had to lie convincingly and dissimulate*».

tossicodipendenza e che nemmeno presentano qualche caratteristica personale suscettibile di qualificarli come fonti scarsamente affidabili).

Nella sentenza *Powar*<sup>116</sup>, gli imputati erano stati condannati per aver ucciso un uomo nell'ambito di una rissa scoppiata dopo che alcune persone, fra cui la vittima, si erano presentate presso l'abitazione dei due con l'intenzione di vendicarsi per una rapina subita.

L'accusa si reggeva sulle dichiarazioni di alcuni abitanti del quartiere, per i quali il *prosecutor* aveva richiesto (e ottenuto) un *witness anonymity order*, ritenuto necessario sulla base di due elementi: la brutalità dell'omicidio («*the murder took place not in secret, but in a public street so that it was characterised by a significant amount of brutality*»<sup>117</sup>) e una serie di episodi di violenza, precedenti rispetto all'omicidio oggetto di accertamento, compiuti dagli imputati ai danni dei testimoni<sup>118</sup>.

La Corte d'Appello osserva, in merito al tema della credibilità delle fonti di prova: «*the witnesses just happened to live nearby. There was no reason to think that any of them bore any malice, grievance, grudge or ill will towards the appellants, nor that any of them would derive any benefit, gain or advantage by their conviction. [...] [Therefore] there is no reason to doubt the credibility of any of these witnesses*»<sup>119</sup>.

Anche in questo caso, l'approccio adottato nella sentenza presta il fianco ad alcune obiezioni critiche. In primo luogo, alla luce delle circostanze emerse nel dibattimento (in particolare, i rapporti tesi che i fratelli Powar intrattenevano con il vicinato<sup>120</sup>), pare quantomeno azzardato dire che i testimoni non nutrissero alcuna antipatia verso gli imputati e che non avessero alcun motivo per augurarsi che questi

---

<sup>116</sup> *R v Powar* [2009] EWCA Crim 594.

<sup>117</sup> *R v Powar*, cit., § 65.

<sup>118</sup> Uno dei dichiaranti, per esempio, aveva riportato che, dopo un diverbio con uno dei fratelli Powar, una delle finestre di casa sua era stata rotta. Pur non essendoci stato un procedimento che avesse stabilito le responsabilità per tale gesto, egli era convinto che a commettere il danneggiamento fosse stato proprio uno degli imputati.

<sup>119</sup> *R v Powar*, cit., § 83-86.

<sup>120</sup> Del resto, le misure di protezione a beneficio erano state concesse perché molti testimoni avevano dichiarato di essere stati di azioni violente o minacciose da parte degli imputati.

ultimi venissero condannati e che, quindi, nessun dubbio in merito alla loro credibilità potesse venire sollevato.

Su un piano più generale, poi, occorre tenere a mente che la conoscenza dell'identità del testimone a carico è funzionale a diagnosticare non solo parzialità e falsità della fonte di prova, ma anche eventuali errori "in buona fede"<sup>121</sup>; non è detto, pertanto, che, quando ad essere coinvolte siano persone "di buon carattere", l'anonimato non determini alcun pregiudizio alle *chance* difensive<sup>122</sup>.

Nel complesso, l'impressione è che presunzioni di questo tipo abbiano due importanti ricadute. La prima è la tendenza a ritenere non rilevante, in relazione a certe categorie di testimoni, l'indagine in merito alla credibilità soggettiva (a meno che non emergano particolari questioni in proposito)<sup>123</sup>. Un approccio di questo tipo, tuttavia, costituisce una distorsione del sistema: dire che del contraddittorio non c'è bisogno perché la prova è certamente credibile non è, in fondo, molto diverso dal dire che si può fare a meno del processo perché l'imputato è sicuramente colpevole.

La seconda è una sempre maggiore "responsabilizzazione" dell'imputato, una più pressante richiesta di "cooperazione" nel procedimento.

L'anonimato – ne abbiamo ampiamente discusso – determina l'impossibilità per la difesa di condurre delle verifiche in ordine al *background* dei testimoni; questo *vulnus* viene compensato – sul punto torneremo fra poco<sup>124</sup> – addossando alle autorità inquirenti uno speciale dovere d'indagine. Il *prosecutor* è chiamato a svolgere tutte le verifiche ritenute opportune per portare alla luce eventuali profili di inattendibilità della fonte di prova; nel fare ciò, egli si basa sulle indicazioni fornite

<sup>121</sup> «*A normally credible witness [...] can be mistaken, and their testimony can suffer from a number of infirmities*» osserva J.M. SWERGOLD, *Taking blind shots at a hidden target*, cit., 483.

<sup>122</sup> Si pensi alla possibilità, rilevante nel caso di specie, che uno dei testimoni oculari avesse dei difetti alla vista non dichiarati. L'imputato non ha potuto indagare in merito a questo aspetto nell'ottica di screditare le accuse mosse a proprio carico.

<sup>123</sup> «*Under the witness anonymity act, the judge essentially "vouches" for the witness and deems credibility a non-issue*» osserva J.M. SWERGOLD, *Taking blind shots at a hidden target*, cit., 483. La più efficace obiezione a questo approccio è espressa dalla *Supreme Court* degli Stati Uniti nella sentenza *Crowford v Washington* del 2004 (541 US 36, § 62): «*dispensing with confrontation because testimony is obviously reliable is akin to dispensing with jury because a defendant is obviously guilty*».

<sup>124</sup> V. *infra*, § 6.2.2.

dalla difesa, la quale – si dice – sarà certamente in grado di individuare chi possa avere qualche motivo per presentare false accuse<sup>125</sup>.

Ne deriva una forte sollecitazione, rivolta all'imputato, a collaborare all'accertamento dei fatti e a rivelare la propria linea difensiva (in termini, peraltro, piuttosto dettagliati) prima dell'inizio del dibattimento<sup>126</sup>. In questo frangente, infatti, un eventuale atteggiamento passivo si risolverebbe in suo danno; equivarrebbe, in qualche misura, a confermare l'attendibilità della tesi accusatoria<sup>127</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, si fonda su un presupposto fallace, ossia che spetti all'accusato dimostrare che la mancata *disclosure* della fonte di prova pregiudica l'esplicarsi della difesa. Non solo: essa rappresenta una garanzia molto fragile; l'imputato, infatti, all'oscuro dell'identità del proprio accusatore, nell'indirizzare le autorità inquirenti non potrà che, nella felice metafora di Lord Bingham, «*taking blind shots at a hidden target*»<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> V. *R v Mayers*, cit., § 21. In dottrina, v. D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 383.

<sup>126</sup> V. I. DENNIS, *Witness anonymity*, cit., 262.

<sup>127</sup> Tale dinamica risulta chiaramente da un passaggio della sentenza *Powar (R v Powar)*, cit., § 83), nel quale la Corte d'Appello richiama le valutazioni svolte dal giudice di primo grado in merito alla credibilità dei testimoni anonimi. Nel caso di specie, i due imputati erano a conoscenza del fatto che i loro accusatori fossero abitanti del quartiere. La corte aveva invitato le difese a dichiarare, nella *defence statement*, eventuali cattivi rapporti intrattenuti con alcuni di essi. Tale invito, tuttavia, non era stato raccolto e da questa circostanza il giudice aveva dedotto due cose: in primo luogo, l'inesistenza di tensioni fra gli imputati e i testimoni e, pertanto, l'insussistenza di motivi per incolpare falsamente i fratelli *Powar* (come a dire: se le difese non ne hanno fatto menzione, l'ipotesi è destituita di fondamento e, dunque, non c'è bisogno di approfondire questo aspetto); in secondo luogo, la tendenziale credibilità degli accusatori («*the reality is that there was and is no reason at all to doubt the credibility of any of these witnesses*»).

L'orientamento adottato nella pronuncia è rivelatore di un sistema in cui, al ricorrere di determinate circostanze (assenza di precedenti penali, no evidenze di collusione ecc.), il testimone risulta credibile fino a prova contraria. Il contraddittorio non rappresenta più la “profilassi cognitiva” per ogni singolo contributo probatorio, bensì uno strumento utile nei casi in cui la presunzione di credibilità del dichiarante venga meno per qualche ragione.

<sup>128</sup> V. *R v Davis*, cit., § 32.

6.2.2. *Casi in cui la credibilità del testimone è suscettibile di essere comunque accertata: la disclosure “proattiva”.*

Quando, ai fini della valutazione complessiva della testimonianza, la credibilità soggettiva rileva, un *witness anonymity order* è validamente adottato a condizione che tale profilo possa essere accertato “*fairly*”.

In questa prospettiva, «*the process of investigation and disclosure is crucial*»<sup>129</sup>. Normalmente, il *prosecutor* ha l’obbligo di comunicare alla difesa, prima che cominci il dibattimento, sia le prove che intende produrre in giudizio (*advance notice of prosecution case*) sia gli elementi che non andranno a costituire il *prosecution case*, qualora ritenga possano essere di qualche rilevanza per la difesa (*duty to disclosure of unused material*)<sup>130</sup>. Tale adempimento si giustifica in ragione

---

<sup>129</sup> V. *R v Mayers*, cit., § 21.

<sup>130</sup> Non è possibile, in questa sede, esaminare la complessa disciplina vigente in materia di *disclosure* nella procedura penale inglese (per un quadro generale, si rinvia a J. SPRACK, *A practical approach to criminal procedure*, 14<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2013, 142 s.). Preme, tuttavia, richiamarne lo schema operativo essenziale. Nell’ambito della fase investigativa, la polizia ha il dovere di documentare ed acquisire tutti gli elementi di prova, sia a carico che a discarico, rilevanti ai fini dell’accertamento della responsabilità dell’indagato e di comunicarli, al termine delle indagini, al *prosecutor*.

Una volta disposto il *committal to trial* (il rinvio a giudizio), il *prosecutor* ha l’obbligo di fornire alla difesa tutto il materiale del quale è in possesso (accertamenti tecnici, sommarie informazioni ecc.), sia quello del quale intende servirsi per sostenere il *prosecution case* (solitamente, di buona parte di questo materiale l’imputato è già a conoscenza; è previsto, infatti, che l’accusa fornisca alla difesa gli “*initial details*” del caso per consentire all’imputato di decidere se dichiararsi colpevole o innocente nella *preliminary hearing*), sia quello del quale non intende avvalersi, qualora ritenga che contenga informazioni «*which might undermine the prosecution case or might reasonably be expected to assist the defence*».

Successivamente (entro 28 giorni dalla *primary prosecution disclosure* nei procedimenti dinanzi alla *Crown Court* ed entro 14 nei procedimenti dinanzi alla *magistrates’ court*), l’imputato ha l’obbligo di fornire al *prosecutor* e alla corte una *defence statement*, nella quale indica gli aspetti fondamentali della propria linea difensiva, la lista dei testimoni che intende chiamare a deporre, i punti in fatto e in diritto in relazione ai quali la tesi accusatoria sarà contestata (a differenza del *prosecutor*, non ha l’obbligo di rivelare gli elementi dei quali non intende avvalersi nel dibattimento). Sulla base delle informazioni fornite dalla difesa, l’accusa potrà eventualmente segnalare alla difesa ulteriori elementi suscettibili di supportare il *defence case*.

della disparità di mezzi fra accusa e difesa ed è funzionale a favorire una maggiore aderenza del sistema al principio di parità delle parti.

Nel caso in cui l'autorità inquirente faccia richiesta al giudice di occultare l'identità di uno o più testimoni, il dovere di *disclosure* assume un'importanza del tutto particolare.

Non solo: nonostante lo *statute* non preveda niente di specifico a riguardo<sup>131</sup>, la giurisprudenza ritiene che sussista uno specifico dovere, in capo al *prosecutor*, di indagare in ordine alle circostanze suscettibili di mettere in dubbio l'affidabilità della fonte di prova<sup>132</sup>: in particolare, il *background* e la reputazione del testimone e i suoi rapporti con la persona offesa (o con i familiari e gli amici della persona offesa) e con le altre fonti di prova<sup>133</sup>.

L'idea è che si possa rimediare all'asimmetria informativa che si determina fra accusa e difesa imponendo al *prosecutor* di farsi garante degli interessi dell'imputato<sup>134</sup>.

Tale impostazione è stata oggetto di fondate critiche in dottrina. In primo luogo, poiché rappresenta una garanzia oggettivamente debole per l'accusato. Il legislatore si aspetta che l'accusa abbia la capacità di guardare le prove raccolte “con gli occhi della difesa” e che poi sia in grado di metterne in luce i profili di inattendibilità con la stessa diligenza con cui svolgerebbe tale compito il difensore dell'imputato. Non è così; e non solo perché il *prosecutor* gioca “sull'altra sponda”, ma, più semplicemente, perché non possiede le conoscenze dell'imputato e non si

---

<sup>131</sup> L'introduzione, per via legislativa, di un *burden of active investigation* in capo al *prosecutor* è considerata da A.L. WARD (*The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, cit., 87) una delle possibili riforme della disciplina in materia di anonimi in chiave di maggiore garanzia per l'imputato.

<sup>132</sup> «[The prosecution must be] proactive, focussing closely on the credibility of the [...] witnesses» (*R v Mayers*, cit., § 12).

<sup>133</sup> *The director's guidance on witness anonymity*, cit.

<sup>134</sup> «A court is more likely to conclude that anonymity will not unfairly deprive the defendant of an opportunity to challenge the integrity of a witness if the court is confident that the prosecution has been able to make full and comprehensive inquiries into the witness's background, credibility and motivation for coming forward» osserva R. BAGSHAW, *Anonymous evidence: R v Mayers*, cit., 139. V. anche A.G. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, cit., 80.



trova nella sua posizione: potrebbe trascurare alcuni aspetti o certe piste poiché non appaiono, a prima vista, rilevanti in chiave difensiva<sup>135</sup>.

Peraltro, si deve segnalare come, nella prassi, lo sforzo investigativo richiesto alla pubblica accusa sia molto blando. Nel caso *R v Khan*<sup>136</sup>, gli imputati erano stati condannati sulla base delle dichiarazioni rese da una testimone anonima. Nell'impugnare la sentenza, le difese avevano lamentato, fra le altre cose, la mancanza, da parte delle autorità inquirenti, di un'indagine approfondita in ordine alla credibilità soggettiva della fonte di prova. In pratica – sostengono i difensori degli imputati – l'accusa si è accontentata (e la corte ha avallato questo *modus operandi*<sup>137</sup>) di una “*self-certification*” di sincerità da parte della stessa teste. Tali doglianze non hanno trovato accoglimento in appello: la Corte ha confermato la bontà dell'operato del giudice di primo grado<sup>138</sup>.

Nel complesso, pare ingenuo ritenere che non esistano rischi concreti nell'attribuire alla polizia e al *prosecutor* il monopolio sul tema della credibilità della prova<sup>139</sup>; nella maggior parte dei casi, essi agiranno con la massima diligenza, ma non è remota la possibilità che materiale rilevante possa rimanere *undisclosed*<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> «*A prosecutor cannot assess the credibility of a witness in the same way as a defendant, who may know or recognise the potential witness, or consider them an enemy, can*» osserva A.G. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, cit., 88.

<sup>136</sup> *R v Khan* [2010] EWCA Crim 1692.

<sup>137</sup> È significativo, in tal senso, il passaggio della sentenza di primo grado (richiamata dalla sentenza d'Appello al § 28) in cui il giudice afferma: «*if the witness is asked whether she has a reason to be hostile to the defendants and answers “no”, the defendants will not, it seems to me, be prejudiced in not knowing the identity of the witness*».

<sup>138</sup> «*In our judgement, the judge committed no error in his approach to bias, partiality or improper motive*» (*R v Khan*, cit., § 31).

<sup>139</sup> «*One ambitious prosecutor, keen to obtain a high profile conviction, or a negligent police officer would be all it would take for the fairness of the scrutiny regime [...] to evaporate, taking the fairness of the trial with it*» ipotizza A.L. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, cit., 79.

<sup>140</sup> A maggior ragione, se si considerano i problemi cronici che affliggono il sistema della *disclosure* (i quali sono stati in molte occasioni la causa di *miscarriages of justice*: nel 2000 la *Criminal cases review commission* ha rivelato che i *deficit* e gli errori nelle procedure di *disclosure* rappresentano il terzo motivo d'appello più ricorrente), fra i quali: l'inadeguata allocazione delle responsabilità per il *disclosure regime*; la carenza di sanzioni effettive in caso di mancata rivelazione di elementi rilevanti;

C'è, infine, un'altra considerazione da fare, di più ampio respiro. Il sistema della “*disclosure* proattiva” mal si coniuga con un impianto – quello accusatorio – nel quale l'attendibilità di una prova è predicata in ragione del suo scaturire dallo scontro fra le differenti posizioni, visioni e verità perseguite dalle parti; in cui, cioè, il valore epistemico di ogni singolo elemento è legato a doppio filo alla sua componente dialettica.

Per tutte queste ragioni, rimane valida l'obiezione avanzata da Lord Bingham nella sentenza *Davis*: «*the fairness of the trial should not largely depend on the diligent performance of their duties by the prosecuting authorities*»<sup>141</sup>.

La giurisprudenza è incline a ritenere rispettata la “*fair trial condition*” anche quando la deposizione del testimone anonimo risulti avvalorata da ulteriori elementi (anche qualora, peraltro, si tratti di dichiarazioni di altri *anonymous witnesses*)<sup>142</sup>.

Si tratta, tuttavia, di un approccio molto discutibile, per l'ovvio motivo che l'attendibilità di una prova non si può misurare sul contenuto e sul valore di un'altra fonte. Ai fini dell'accertamento della credibilità di A, il fatto che B abbia rilasciato una dichiarazione analoga a quella di A e che B sia un testimone credibile non costituisce un argomento rilevante. Ogni elemento probatorio è, sotto questo profilo, un mondo a sé.

---

l'assenza di un effettivo controllo sull'invio, da parte dell'agente di polizia che svolge le indagini, di tutto il materiale di cui è venuto in possesso; il fatto che, nella prassi, il *prosecutor* non esamini in prima persona le prove indicate nella scheda fornita dalla polizia, di fatto adagiandosi sulle valutazioni fatte da quest'ultima, la quale spesso non possiede le nozioni giuridiche necessarie per capire se un elemento di prova *may be capable of undermining the case for the prosecution against the accused or of assisting the case for the accused*. Per un quadro approfondito delle criticità qui solo accennate, si rinvia a H. QUIRK, *The significance of culture in criminal procedure reform: why the revised disclosure scheme cannot work*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2006, 42.

<sup>141</sup> *R v Davis*, cit., § 31.

<sup>142</sup> «*A number of anonymous witnesses who incriminate the defendant and who know each other may sometimes provide the only and the crucial evidence against the defendant and they may, even if unsupported by evidence extraneous from themselves, and provided the statutory conditions are met of each of them, provide sufficient evidence to sustain a proper conviction after a fair trial*» (*R v Mayers*, cit., § 25). Il principio è richiamato in *R v Powar*, cit., § 87. In dottrina, vedi R. BAGSHAW, *Anonymous evidence: R v Mayers*, cit., 138.

### 6.3. L'“interesse della giustizia”: ambiguità di fondo.

Infine, la s. 88(5) limita il ricorso ai *witness anonymity orders* ai casi in cui l'importanza della prova testimoniale ai fini dell'accertamento dei fatti risulti tale che ad imporne l'adozione sia l'“interesse della giustizia” (tenuto conto del fatto che il dichiarante, senza la garanzia dell'anonimato, non sarebbe disposto a deporre o che, nell'ipotesi in cui fosse disposto, l'escussione secondo le regole ordinarie sarebbe contraria al *public interest*<sup>143</sup>).

Si tratta del presupposto che, secondo la giurisprudenza, va esaminato per primo: solo se il contributo probatorio è «*potentially important*» si possono prendere in considerazione le misure di protezione de CJA<sup>144</sup>.

L'equazione avallata dal legislatore è la seguente: più le informazioni di cui è a conoscenza il testimone sono importanti ai fini della ricostruzione del fatto, più l'*interest of justice* milita in favore delle misure a tutela della fonte, nell'ottica di rendere possibile l'acquisizione della testimonianza.

La giurisprudenza ha affermato che la prova è particolarmente rilevante – e dunque la sua acquisizione è «*strongly in the public interest*» – quando si tratta della deposizione di un testimone oculare, di qualcuno cioè che ha avuto esperienza diretta del fatto di reato<sup>145</sup>. La dottrina inoltre annovera, fra gli aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella sua valutazione, la disponibilità, in relazione al medesimo tema di prova di altri elementi e la gravità del reato oggetto di accertamento<sup>146</sup>.

Tale logica – che stabilisce un rapporto di proporzionalità diretta fra l'importanza della prova ai fini dell'accertamento e l'interesse alla concessione dell'anonimato alla fonte testimoniale – è basata, tuttavia, su una visione solo

---

<sup>143</sup> «*Condition C is that the importance of the witness's testimony is such that in the interests of justice the witness ought to testify and: a) the witness would not testify if the proposed order were not made; or b) there would be a real harm to the public interest if the witness were to testify without the proposed order being made*».

<sup>144</sup> *R v Mayers*, cit., § 26.

<sup>145</sup> *R v Powar*, cit., § 58.

<sup>146</sup> A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 381.

parziale del problema. La speciale rilevanza probatoria è una variabile che milita, allo stesso tempo, in favore e contro l'adozione del *witness anonymity order*. Più la prova “pesa”, infatti, e più è significativo il pregiudizio connesso alla deviazione dagli ordinari *standard* cognitivi garantiti dal contraddittorio<sup>147</sup>.

L'errore prospettico è il corollario di una concezione “unilaterale” della “*interests of justice clause*”, tutta protesa verso le istanze di accertamento, a scapito delle garanzie individuali<sup>148</sup>. In altre parole, il legislatore sembra qui veicolare una nozione di “interesse della giustizia” appiattito in un'unica dimensione, quella dell'esigenza di non dispersione della prova, senza considerare le altre dimensioni alle quali il concetto può essere ricondotto, *in primis* l'interesse della collettività a che le procedure mediante le quali la responsabilità penale dei cittadini è accertata siano *fair*<sup>149</sup>.

Ebbene, al fine di riportare “in asse” il sistema pare opportuno che il giudice esamini congiuntamente le condizioni B e C della s. 88, di modo che la *fair trial condition* non sia considerata alla stregua di un ostacolo per l'adozione di un *witness anonymity order* ritenuto necessario nell'interesse della giustizia<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> «When evidence is especially important it becomes all the more critical that the defence be able to test it by the only method that is likely to be effective: cross-examination» osserva W. O'BRIAN, *Confrontation: the defiance of the English courts*, cit., 106.

<sup>148</sup> Sottolinea tale aspetto I. DENNIS (*Witness anonymity*, cit., 260), il quale afferma: «the defendant's right is [...] assigned a secondary status as a potential check on the granting of the order that necessity would otherwise justify. In this way the conflict of rights is presumptively resolved in favour of witness anonymity».

<sup>149</sup> La logica in esame s'inscrive in una più ampia tendenza volte ad interpretare le nozioni di *interest of justice* e *public interest* esclusivamente quali vettori di istanze repressive. Un affresco degli effetti di tale deriva interpretativa in termini di erosione dei diritti fondamentali è offerto da A. ASHWORTH, *Human rights, serious crimes and criminal procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2002, in particolare a p. 69-70.

<sup>150</sup> «The importance of the testimony (condition C) should [...] be set off against the defendant's fair trial rights (condition B [...])» suggerisce J. DOAK, R. HUXLEY-BINNS, *Anonymous witnesses in England and Wales*, cit., 528.

### 7. *La procedura applicativa.*

Ai sensi della s. 87 del *Coroners and Justice Act*, i *witness anonymity orders* sono disposti dal giudice su istanza dell'accusa o della difesa.

A seconda che la richiesta provenga dal *prosecutor* o dall'imputato, la procedura applicativa diverge sotto alcuni rilevanti profili. Per tale ragione, le due ipotesi verranno considerate in via separata.

Cominciamo con l'esaminare lo schema operativo predisposto per i *prosecutor witness anonymity orders*<sup>151</sup>, rimandando al prossimo paragrafo l'analisi delle regole applicabili nei casi in cui l'escussione in forma anonima interessi un testimone della difesa.

Il primo aspetto sul quale conviene soffermarsi è il contenuto dell'*application*. Nella richiesta presentata al giudice, il *prosecutor* indica le misure (fra quelle previste dalla s.86(2)) ritenute necessarie e il destinatario (o i destinatari) delle stesse. È tenuto, inoltre, a rivelare la reale identità del testimone e a fornire al

---

<sup>151</sup> Si segnala che il *Coroners and Justice Act (part 3, chapter 1)* riconosce anche alla polizia la facoltà di chiedere, nel corso delle indagini, la segretezza dell'identità di una o più fonti di prova. Il potere di disporre gli *investigation anonymity orders* spetta sempre al giudice (in questo caso al *justice of peace*) qualora vi siano fondati motivi per ritenere che l'incolumità della persona informata dei fatti sia in pericolo. La *ratio* di tale previsione è consentire alle autorità inquirenti di sollecitare informazioni assicurando in cambio l'anonimato durante la fase investigativa.

La disciplina degli *investigation anonymity orders* presenta due importanti profili problematici. In primo luogo, è irragionevole, nella misura in cui circoscrive il ricorso a tali provvedimenti ai soli casi di indagini per fatti di omicidio asseritamente commessi, a mezzo di arma da fuoco o da taglio, da un soggetto di età compresa fra gli 11 e i 30 anni, appartenente a una *gang*. L'intento del legislatore è chiarissimo: accrescere la capacità di approvvigionamento di notizie nelle indagini in materia di reati *gang-related* (reati oggetto di forte preoccupazione nella società civile in Inghilterra, in particolare quando ad essere coinvolti sono soggetti molto giovani). È evidente, tuttavia, che si tratta di una limitazione illogica.

In secondo luogo, gli *investigation anonymity orders* sono sostanzialmente inutili «*given the well-known concept of the police informant, who can be protected by public interest immunity proceedings*» (v. A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 385-386). Il sistema, in altre parole, fornisce già gli strumenti per tutelare l'identità degli informatori di polizia (v. A. KEANE, *The modern law of evidence*, cit., 584 s.). Per ulteriori riferimenti in chiave comparatistica in ordine alla disciplina delle fonti confidenziali, si rinvia al cap. III, sezione I, § 9.

giudice tutti gli elementi utili ai fini della decisione (sia quelli a sostegno dell'*order* sia quelli suscettibili di affossare la richiesta)<sup>152</sup>.

Il legislatore attribuisce all'organo giurisdizionale il potere di sollevare l'accusa dall'onere di comunicare le vere generalità della persona tutelanda<sup>153</sup>. Non si capisce, tuttavia, in quali occasioni il giudice possa esercitare questo potere (sollecitato, evidentemente, dalle autorità inquirenti: solo chi presenta l'istanza, infatti, può sapere se sia opportuno o meno tenere segreto il nominativo del teste anche alla corte). Nelle linee guida del *Crown Prosecution Service* si fa riferimento ai procedimenti nei quali siano coinvolti, in veste di testimoni, agenti sotto copertura e vi siano speciali esigenze di segretezza funzionali a tutelare la sicurezza nazionale<sup>154</sup>. Al di là della genericità di tale indicazione (che rende problematico individuare con precisione i casi in cui una decisione di questo genere possa considerarsi ragionevole), rimane il fatto che la legge non pone particolari limiti, riconoscendo al giudice una discrezionalità molto ampia<sup>155</sup>.

La disposizione, dunque, apre alla possibilità che, in certi casi, l'anonimato sia concesso da una corte all'oscuro di tutti i dati che le consentirebbero di inquadrare, dal punto di vista soggettivo, il testimone.

Passando al profilo delle cadenze temporali, si rileva come lo *statute* non ponga né un termine iniziale né un termine finale per l'*application*, la quale potrà, pertanto, pervenire alla corte in qualsiasi momento. È evidente, tuttavia, che, nella quasi totalità dei casi, la richiesta sarà presentata nelle battute iniziali del procedimento, e ciò per due ragioni: in primo luogo, poiché l'esigenza di tutelare il

---

<sup>152</sup> V. *The Director's guidance on witness anonymity*, cit., § 46: «material will be relevant if the prosecutor relies upon it to support the application, or if it may tend to undermine or qualify the justification for making the order or for making it in the form sought by the prosecutor. The Crown Prosecutor must ensure that the court is addressed on each of the three conditions set down in section 88 of the 2009 Act and has regard to any relevant considerations (section 89). The court must be informed of the steps taken by the prosecution to try to secure the evidence of the witness short of anonymity».

<sup>153</sup> La s. 87(2) è formulata in questi termini: «where an application is made by the prosecutor, the prosecutor must (unless the court directs otherwise) inform the court of the identity of the witness».

<sup>154</sup> *The Director's guidance on witness anonymity*, cit., § 14.

<sup>155</sup> V. D. HOWARTH, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, cit., 5.

testimone sorge immediatamente, nell'istante in cui questi viene in contatto con il *prosecutor* (se la protezione non scatta subito, infatti, c'è il rischio che l'imputato scopra l'identità della fonte di prova); in secondo luogo, poiché il fattore tempo è inversamente proporzionale alla *fairness* del procedimento: se il *prosecutor* viene a sapere dell'esistenza del testimone a ridosso del *trial* avrà a disposizione poco tempo per adempiere al suo “*duty of enhanced disclosure*”, vedendo così diminuire le possibilità di ottenere il *witness anonymity order* richiesto<sup>156</sup>.

Una volta ricevuta la richiesta del *prosecutor*, «*the court must give every party to the proceedings the opportunity to be heard*» (s. 87(6)). A tal fine, è convocata un'udienza nell'ambito della quale la difesa presenta le proprie osservazioni in merito all'ammissibilità e alla fondatezza dell'*application*. Ne deriva un sistema in cui (quantomeno in linea generale) l'applicazione delle misure a tutela dell'identità del testimone è decisa nel contraddittorio delle parti.

Non manca, tuttavia, un regime derogatorio. Ai sensi della s. 87(7), «*if it appears [...] to be appropriate*», il giudice valuta l'adozione del *witness anonymity order* *inaudita altera parte*.

Anche sotto questo profilo, la legge pecca di eccessiva indeterminatezza: una valutazione di mera opportunità consente di escludere la difesa dal procedimento incidentale per la concessione dell'anonimato.

Al termine dell'udienza – una *inter-partes hearing* o una *ex parte hearing*, a seconda dei casi – il giudice emette la propria decisione, con la quale accerta se i presupposti indicati dalla s. 88 (interpretati alla luce della *relevant considerations* di cui alla s. 89) risultino integrati o meno.

Nell'ambito di questa complessa verifica, il giudice è chiamato a valutare, fra gli altri temi, se la testimonianza sia “*potentially safely reliable*”. Anzitutto, considerando le “credenziali” della fonte di prova: se, alla luce del materiale raccolto dall'accusa, la reputazione del soggetto appare eccessivamente compromessa<sup>157</sup>, le

<sup>156</sup> V. R. v *Mayers*, cit., § 50. Nelle linee guida stilate dal *Crown Prosecution Service* l'accusa è esortata a presentare la richiesta non più tardi della *plea and case management hearing*. V. *The Director's guidance on witness anonymity*, cit.

<sup>157</sup> Magari perché sono emersi elementi che inducono a ritenere che il dichiarante abbia dei legami con la persona offesa o che la sua deposizione sia stata concertata con altri testi a carico. V. R. v *Mayers*, cit., § 63.

misure di protezione andranno negate<sup>158</sup>.

La giurisprudenza valorizza l'importanza di tale filtro in chiave di tutela delle prerogative difensive<sup>159</sup>. Tuttavia, la dottrina mette in guardia sul rischio che una delibazione di questo genere possa, in qualche misura, influenzare la giuria. È vero, infatti, che, in questa fase, il giudice valuta la credibilità *prima facie* del testimone, il quale potrà essere giudicato, al termine del dibattimento, totalmente inaffidabile; tuttavia, le probabilità che i giurati possano subire, più o meno inconsciamente, un condizionamento sono comunque significative<sup>160</sup>.

La corte deve accertare, inoltre, che le indagini condotte dalle autorità inquirenti in merito al *background* della fonte di prova siano state accurate e che la *disclosure* a beneficio della difesa sia esaustiva.

Nonostante la legge non ne faccia menzione, qualora il giudice lo ritenga opportuno, è consentita la nomina di uno *Special Counsel* (vale a dire un organo giurisdizionale indipendente) che lo assista in questo compito. Tale possibilità è suggerita dalla giurisprudenza<sup>161</sup> ed è espressamente disciplinata nelle linee guida predisposte dall'*Attorney General* in materia di *witness anonymity orders*. Il ricorso a tale organo è concepito in chiave di maggiore tutela dei diritti della difesa ed è raccomandato nei casi in cui l'imputato sia escluso dall'udienza per l'adozione delle

---

<sup>158</sup> V. A.G. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal trials now and into the future*, cit., 78.

Nella sentenza *Mayers*, la Corte d'Appello ha ritenuto che il giudice di primo grado avesse sbagliato a disporre l'ordine di protezione nei confronti di una delle testimoni d'accusa, in ragione del fatto che, alla luce delle circostanze emerse in seguito alle indagini svolte sul suo conto dalla polizia (si trattava di una donna con precedenti penali, che conosceva una delle persone inizialmente sospettate dell'omicidio per il quale poi era stato incriminato il sig. Mayers e che era entrata in contatto con le autorità inquirenti per il tramite di un parente della vittima), non poteva essere considerata una fonte credibile.

<sup>159</sup> V. *R v Okuwa*, cit., § 46-48.

<sup>160</sup> V. J.M. SWERGOLD, *Taking "blind shots at a hidden target"*, cit., 483.

<sup>161</sup> «*The services of special counsel may [...] enable the judge to ensure that any investigative steps specific to the case, and not perhaps otherwise apparent, have been taken*» (*R. v Mayers*, cit., § 10).



misure di protezione del testimone (*ex parte hearings*)<sup>162</sup>.

Una volta adottato il *witness anonymity order*<sup>163</sup>, i doveri di controllo del giudice non si esauriscono. In ogni momento (nel corso del dibattimento<sup>164</sup>, in appello<sup>165</sup> o una volta divenuta definitiva la sentenza<sup>166</sup>), la corte può modificare o revocare le misure disposte, qualora ritenga che non siano più integrati i presupposti necessari per la tutela dell'identità del dichiarante<sup>167</sup>.

Una ulteriore previsione a garanzia dell'imputato, nei casi in cui un *witness anonymity order* sia stato emesso, è contenuta nella s. 90(2). Nei procedimenti con giuria, «*the judge must give the jury such warning as the judge considers appropriate to ensure that the fact the order was made in relation to the witness does not prejudice the defendant*».

Tale avvertimento viene rivolto ai giurati al termine del *trial*, nell'ambito del *summing-up*, ossia il discorso con il quale il giudice “riassume” il caso, spiega le regole dell'onere della prova e fornisce eventuali altre indicazioni utili ai fini della deliberazione.

La *ratio* della disposizione è quella di prevenire il rischio che l'adozione delle speciali misure di protezione possa, in qualche misura, “inquinare” il verdetto.

---

<sup>162</sup> *Guidelines on the prosecutor's role in applications for witness anonymity orders*, in <https://www.gov.uk/guidance/applications-for-witness-anonymity-orders-the-prosecutors-role#d-appointment-and-role-of-special-counsel-in-applications-for-witness-anonymity>, lett. D.

<sup>163</sup> La legge non prevede la possibilità di impugnare immediatamente il provvedimento con il quale il giudice ha concesso o negato la segretezza della fonte di prova; la decisione potrà essere eventualmente contestata nell'ambito della richiesta di appello della sentenza.

<sup>164</sup> S. 91.

<sup>165</sup> S. 93.

<sup>166</sup> S. 92.

<sup>167</sup> Un esempio di come funzioni questo dovere di costante revisione è offerto dalla sentenza *Nazir (R v Nazir, cit., § 54)*. Nel caso di specie, la difesa aveva presentato richiesta al giudice di revocare il *witness anonymity order* disposto a beneficio del testimone in ragione del fatto che, a causa di alcuni problemi tecnici legati al funzionamento del sistema di modulazione della voce, l'imputato era convinto di aver riconosciuto (sulla base del timbro vocale) il suo accusatore. La corte respinge l'*application* della difesa sostenendo che, nel caso di specie, non fosse venuta meno l'esigenza di tutelare l'incolumità del testimone; una cosa infatti – si dice – è avere un sospetto circa l'identità del teste; un'altra è esserne certi.

In questa prospettiva, il giudice deve esortare i giurati a non inferire dalle particolari modalità di escussione del teste alcun elemento a carico dell'imputato<sup>168</sup>; al contrario, essi sono chiamati a tenere a mente le particolari difficoltà cui va incontro la difesa nel momento in cui deve contro-esaminare un testimone anonimo<sup>169</sup>.

Non solo. C'è un'altra forma di suggestione che, in casi di questo genere, è suscettibile di condizionare il giudizio di soggetti non "tecnici": il "trattamento speciale" riservato al dichiarante da parte delle autorità pubbliche è una circostanza che tende ad essere interpretata come una garanzia di credibilità della fonte di prova (quello che la dottrina chiama l'"effetto *super-witnesses*"<sup>170</sup>). A fronte di tale rischio, è bene che il giudice richiami l'attenzione sul carattere ingannevole e fallace di sillogismi di questo tipo.

#### 8. *I witness anonymity orders richiesti dall'imputato.*

Come anticipato, regole diverse operano quando è la difesa ad essere interessata ad un ordine di protezione. In questo caso, l'imputato è obbligato a

---

<sup>168</sup> «*Anecdotal evidence reveals the extent to which jurors are influenced by non-evidentiary matters at trial. It is particularly easy to foresee a jury determining, even subconsciously, that a defendant must be a dangerous individual if they are capable of instilling such fear in a witness so as the court deems their identity must be concealed for their safety*» osserva A.G. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal trials now and into the future*, cit., 77-78.

<sup>169</sup> *R v Mayers*, cit., § 14; *R v Nazir*, cit., § 58. Nella sentenza *Powar (R v Powar)*, cit., § 103, la Corte d'Appello ha affermato che una buona prassi per consentire alla giuria di apprezzare il *vulnus* arrecato alla difesa dalla mancata conoscenza dell'identità del testimone a carico è quella di consentire al difensore dell'imputato di fare, al termine del contro-esame, un elenco di tutte le domande che avrebbe voluto rivolgere all'esaminato, ma che sono state vietate in quanto suscettibili di determinare l'identificazione di quest'ultimo.

<sup>170</sup> Richiamano l'attenzione sul carattere fisiologico di questo genere di atteggiamenti mentali, R. COSTIGAN e P.A. THOMAS, *Anonymous witnesses*, cit., 333: «*the elements of mystery and importance are introduced and endorsed by the state. It is the state, through the prosecution, which claims that this person is so important or vulnerable that only limited access can be allowed to the jury, the defendant, counsel and the public. Such endorsed witnesses become "super-witnesses" whose credibility should never be tested nor doubted*».

rivelare le generalità della fonte di prova sia al giudice che al *prosecutor*, non invece a eventuali coimputati giudicati nel medesimo procedimento (s. 87(3)).

Di tutta evidenza l'asimmetria fra le parti: l'accusa ha accesso alle informazioni necessarie per indagare il *background* e la reputazione del testimone; esattamente ciò che non è concesso alla difesa nell'ipotesi speculare<sup>171</sup>.

Nell'ambito del dibattito parlamentare sulla legge, alcune voci si erano levate per denunciare la potenziale incompatibilità di tale disposizione con l'art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u., nella parte in cui attribuisce all'imputato il diritto di esaminare i testimoni a discarico «alle stesse condizioni dei testimoni a carico». Nonostante tali preoccupazioni, tuttavia, l'onere di *compulsory disclosure* a carico della difesa è rimasto e il disegno di legge è stato infine approvato.

Tale disparità di trattamento è giustificata principalmente in chiave di tutela dei coimputati. I *defence witness anonymity order* sono pensati, essenzialmente, per i processi a carico di più persone; in tali situazioni, qualora un imputato ottenga un ordine di protezione per un testimone a propria difesa, la conoscenza, da parte del *prosecutor*, della reale identità del soggetto è funzionale all'adempimento dei doveri di *disclosure* nei confronti degli altri imputati<sup>172</sup>; serve, insomma, a fare in modo che questi ultimi siano informati di eventuali elementi a sostegno delle proprie difese.

Si tratta di un argomento certamente da condividere, il quale tuttavia non permette di superare le perplessità nei confronti di tale disciplina. La *compulsory disclosure*, infatti, è pensata per i *multiple defendants trials*, ma non è limitata a questi casi; ciò implica che tale dovere opera anche nei procedimenti a carico di un unico imputato<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> D. HOWARTH, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, cit., 9.

<sup>172</sup> A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 376.

<sup>173</sup> A confermarlo è il dato letterale. La legge consente all'imputato di occultare l'identità del "proprio" testimone ai coimputati «*if there is more than one defendant*»; da tale inciso si deduce, *a contrario*, che i *defence witness anonymity orders* possono essere adottati anche nei procedimenti monosoggettivi.

Si segnala, peraltro, con riferimento a quest'ultima ipotesi, la sostanziale inutilità della disposizione. L'imputato giudicato singolarmente non ha alcun interesse a fare richiesta di un ordine di protezione dal momento che ha il dovere di informare sia il giudice che il *prosecutor* delle vere generalità del testimone. Non ne ha interesse nemmeno al fine di impedire che la fonte di prova sia rivelata al

Ebbene, in situazioni di questo tipo, la *ratio* della previsione non può che essere quella di consentire all'accusa di indagare in merito alla credibilità del teste onde evitare di veder acquisite deposizioni artatamente costruite o comunque inattendibili; come dicevamo, esattamente quello che è precluso, a parti invertite, alla difesa<sup>174</sup>.

Ne deriva un sistema fortemente sbilanciato, lesivo del principio di parità delle armi. Non c'è paragone – è vero – fra i rischi ai quali va incontro il testimone dell'accusa la cui identità sia rivelata alla difesa e quelli che incombono sul testimone della difesa nel caso in cui le sue generalità siano comunicate al *prosecutor*<sup>175</sup>; tuttavia, gli effetti che l'anonimato determina sulle possibilità di contestare la prova sono, nelle due ipotesi, perfettamente equiparabili<sup>176</sup>.

### 9. *Disciplina domestica e giurisprudenza europea: profili d'incompatibilità.*

Nel 2008 la *House of Lords* aveva ritenuto illegittima la condanna emessa nel caso *Davis* – e, più in generale, l'orientamento sviluppatosi in giurisprudenza in materia di testimonianze anonime – non solo perché aveva riscontrato una violazione del *right to confrontation*, per come tradizionalmente riconosciuto e tutelato nel

---

pubblico; ci sono altri strumenti, infatti, per ottenere questo risultato: l'escussione del teste a porte chiuse (ai sensi della s. 25 del YJCEA) e l'eliminazione di tutti i dati personali dai verbali d'udienza (ai sensi della s. 44 del YJCEA).

<sup>174</sup> D. HOWARTH, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, cit., 9; A.L. WARD, *The evidence of anonymous witnesses in criminal trials now and into the future*, cit., 77.

<sup>175</sup> «It is admittedly unlikely that defence witnesses will fear for their safety because of threats from the Crown Prosecution Service, whereas prosecution witnesses will usually be afraid of associates of the defendant. But defence witnesses might well fear police retaliation, for example fitting up, especially if allegations of police misconduct or corruption are in play» osserva D. HOWARTH, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, cit., 9.

<sup>176</sup> A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 376.

*common law*, ma anche per via dell'incompatibilità con gli *standard* europei<sup>177</sup>. Sotto questo profilo, speciale rilevanza era stata attribuita al fatto che l'affermazione di responsabilità dell'imputato si fosse basata unicamente sulle dichiarazioni dei testimoni segreti, in palese violazione della “*sole or decisive rule*”<sup>178</sup>.

Da allora, molte cose sono cambiate: l'uso di prove anonime nel processo penale non è più disciplinato dal *common law* ma dalla legge e la giurisprudenza di Strasburgo si è evoluta: è venuto meno il valore preponderante del criterio basato sull'utilizzabilità limitata degli elementi carenti dal punto di vista dialettico in favore di un sistema di tutela del *fair trial* più complesso e, per molti aspetti, meno rigoroso<sup>179</sup>.

Permangono, tuttavia, alcuni profili di attrito fra i due sistemi, sebbene, peraltro, il legislatore inglese si sia ispirato, nella redazione degli *Acts* del 2008/2009, alle direttive europee e i giudici di Strasburgo abbiano promosso, per molti aspetti, la normativa inglese (in particolare, con riferimento alla previsione di un dovere di *enhanced disclosure* in chiave di bilanciamento dell'asimmetria informativa fra accusa e difesa)<sup>180</sup>.

In particolare, il CJA appare deficitario rispetto agli *standard* europei sul piano dei presupposti di ammissibilità dell'anonimato testimoniale<sup>181</sup>.

La Corte Edu ha sempre e solo avallato l'impiego probatorio di deposizioni provenienti da fonte sconosciuta alla difesa in casi in cui l'incolumità fisica del testimone o di altre persone era minacciata. È, pertanto, molto discutibile che l'emissione di un *witness anonymity order*, giustificato dall'esigenza di evitare un serio pregiudizio al patrimonio (s. 88(3)(a)), possa essere considerato dai giudici di Strasburgo effettivamente “necessario”<sup>182</sup>.

Parimenti problematica, in questa prospettiva, è la previsione dell'anonimato in chiave di tutela del *public interest*, nella misura in cui consente alle corti inglesi di

---

<sup>177</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>178</sup> V. *R v Davis*, cit., § 96.

<sup>179</sup> Si rinvia, per questi aspetti, al cap. I, in particolare ai §§ 5.2. e 5.3.

<sup>180</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 10.4.2012 (dec.), *Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito*. Si rinvia, all'analisi svolta su questi aspetti al cap. I, § 6.2.

<sup>181</sup> J. DOAK, R. HUXLEY-BINNS, *Anonymous witnesses in England and Wales*, cit., 527.

<sup>182</sup> D. HOWARTH, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, cit., 9.

disporre l'escussione in forma protetta degli agenti sotto copertura sulla base della mera attestazione, da parte del *prosecutor*, della sussistenza di esigenze di carattere pubblico, a prescindere dall'accertamento di specifici fattori di rischio per la sicurezza degli *undercover*<sup>183</sup>. Ogni forma di automatismo nella concessione dell'anonimato, infatti, risulta incompatibile con il principio di *extrema ratio* che informa l'istituto nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale, il quale impone al giudice una valutazione caso per caso e secondo "cadenze individualizzanti".

Un altro evidente scarto rispetto alle direttive della Corte europea si annida nella s. 87(2)(a), nella parte in cui attribuisce alla corte il potere di rifiutare di conoscere le vere generalità del soggetto tutelando, in forza di una generica valutazione di opportunità. La disposizione ammette l'adozione di *witness anonymity orders* in assenza di una previa verifica, da parte del giudice, circa la credibilità della fonte di prova; vaglio al quale viene riconosciuto a Strasburgo un importante contenuto di garanzia<sup>184</sup>.

Infine, come abbiamo già evidenziato<sup>185</sup>, a risultare lesiva dei canoni del *fair trial* è la disparità di trattamento fra accusa e difesa associata al diverso regime, in punto di *disclosure*, operante nei casi in cui l'anonimato investa un testimone citato dal *prosecutor* o dall'imputato.

#### 10. *Anonymous hearsay evidence.*

L'espressione *anonymous hearsay* descrive due diverse categorie di prova<sup>186</sup>. Da una parte, le dichiarazioni extra-dibattimentali rese da un soggetto la cui identità è sconosciuta alla difesa. Il ventaglio di ipotesi è ampio: potrebbe trattarsi di un testimone noto alle autorità inquirenti e "anonimo" solo per l'imputato (si pensi al beneficiario di un ordine di protezione, il quale, per qualche ragione, non partecipi al *trial* e le cui precedenti dichiarazioni siano acquisite in giudizio) oppure di una

<sup>183</sup> W. O'BRIAN, *Confrontation: the defiance of the English courts*, cit., 113.

<sup>184</sup> V. cap. I, §§ 6.2. e 7.

<sup>185</sup> V. *supra*, § 8.

<sup>186</sup> Per una definizione di *hearsay evidence* v. *supra*, § 4, nota 52.

persona ignota a tutti i soggetti del procedimento che abbia fatto pervenire al *prosecutor* alcune informazioni rilevanti (mediante una lettera o una telefonata) di cui il giudice abbia disposto l'ammissione.

Convergono, in questi casi, due distinte lesioni del diritto al confronto dell'imputato: la mancata conoscenza della fonte di prova e la formazione unilaterale della deposizione impiegata per la decisione sulla colpevolezza.

Situazione del tutto differente, ma anch'essa riconducibile alla variegata fenomenologia dell'*anonymous hearsay* è quella di un testimone che in dibattimento riferisca notizie di seconda mano, apprese da una persona che non vuole, non può o non è in grado di identificare (testimonianza anonima indiretta).

A disciplinare le condizioni di ammissibilità della *hearsay evidence* è il *Criminal Justice Act* del 2003<sup>187</sup>. In particolare, la s. 116(1)(b) subordina l'acquisizione delle *out-of-court statements* e della prova "per sentito dire" alla condizione che la persona sia identificata<sup>188</sup>.

C'è, però, nel complesso schema normativo predisposto nel 2003, una disposizione "di chiusura", che consente di assicurare al processo *hearsay evidence* al di fuori dei casi previsti dalla s. 116, qualora la loro acquisizione sia nell'"interesse della giustizia" (s. 114(1)(d))<sup>189</sup>.

Tecnicamente, dunque, è questo il canale attraverso il quale veicolare in giudizio dichiarazioni, formatesi in un contesto anteriore al dibattimento, provenienti da fonte sconosciuta alla difesa.

---

<sup>187</sup> V. *supra*, § 4.

<sup>188</sup> «*In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if [...] the person who made the statement (the relevant person) is identified at court's satisfaction*» (s. 116(1)(b)).

<sup>189</sup> «*In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated, but only if the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible*».

Nella relazione di accompagnamento al *Criminal Justice Act*, la commissione legislativa ha precisato che, per innescare il meccanismo di recupero previsto dalla disposizione in esame, non è necessario che l'autore della dichiarazione extra-dibattimentale sia identificato. V. Law Commission, *Evidence in criminal proceedings: hearsay and related topics*, in [http://www.lawcom.gov.uk/wpcontent/uploads/2015/03/lc245\\_Legislating\\_the\\_Criminal\\_Code\\_Evidence\\_in\\_Criminal\\_Proceedings.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/wpcontent/uploads/2015/03/lc245_Legislating_the_Criminal_Code_Evidence_in_Criminal_Proceedings.pdf), 1997, § 8143.

Sicuramente lo è stato fino all'entrata in vigore del CJA. Con il varo della legge sull'anonimato testimoniale – la quale non solo non contiene alcuna disposizione che consenta di acquisire *out-of-court statements* da fonte sconosciuta alla difesa, ma che, al contrario, è costruita in maniera tale da escludere l'eventualità di una prova al tempo stesso anonima e *hearsay*<sup>190</sup> – è stato messo in dubbio che la strada offerta dalla s. 114(1)(d) sia ancora percorribile.

Il tema è stato oggetto di riflessione da parte della giurisprudenza in una serie di pronunce. Nel caso *V, P e R* (uno degli appelli giudicati congiuntamente al caso *Mayers*)<sup>191</sup>, gli imputati, appartenenti ad un noto gruppo criminale operante a Bristol, erano stati accusati di aver ucciso il membro di una *gang* rivale. A inchiodarli, le videoriprese del *night club* nel quale erano avvenuti i fatti (le quali non avevano catturato, tuttavia, il momento in cui i colpi mortali erano stati sparati) e le dichiarazioni di alcuni testimoni oculari.

In ragione dell'esistenza di un elevato rischio che azioni ritorsive ai danni delle fonti di prova potessero essere messe in atto dai membri dell'associazione criminale cui appartenevano gli imputati, il *prosecutor* aveva chiesto al giudice l'emanazione di plurimi *witness anonymity orders*. Inoltre, in relazione ad alcuni testimoni – quelli che si erano dichiarati *too fearful to testify* – l'organo d'accusa aveva fatto richiesta non solo di segretazione dell'identità, ma anche di esonero dall'esame dibattimentale, con conseguente acquisizione delle dichiarazioni rese in fase d'indagine, ai sensi della s. 114(1)(d) *Criminal Justice Act* (2003).

---

<sup>190</sup> Una conferma in tal senso è rinvenibile in alcune disposizioni dello *statute*. Uno dei presupposti (la *condition C*, di cui alla s. 88(5)) per l'emanazione dell'*order* è che la deposizione del soggetto tutelando sia di particolare rilevanza per l'accertamento dei fatti, tenuto conto del fatto che, in mancanza della protezione, questi non sarà disposto a rendere testimonianza. Nell'impostazione accolta dal legislatore, l'occultamento delle generalità è concepito in funzione di garanzia della partecipazione del testimone al *trial*; di qui, la conclusione che l'*Act* consenta l'anonimato esclusivamente con riferimento a testimoni il cui contributo sia acquisito in forma orale e non mediante lettura di precedenti dichiarazioni.

Un altro argomento a sostegno di questa tesi è contenuto nella s. 86(4), la quale espressamente vieta che le misure disposte a beneficio del testimone siano tali da impedire al giudice e alla giuria di vedere e sentire correttamente il dichiarante; anche qui, si presuppone l'escussione della fonte in udienza, alla presenza, per l'appunto, del giudice e della giuria.

<sup>191</sup> *R v Mayers*, cit., dal § 89 in poi.



Nel negare l'ammissibilità di una simile richiesta, la Corte fa alcune importanti osservazioni. In primo luogo, afferma che dopo l'entrata in vigore della legge sugli anonimi l'uso di fonti di prova sconosciute alla difesa, siano esse *hearsay* o no, è regolata da tale testo normativo e non (più) dal *Criminal Justice Act* (2003).

In secondo luogo, che il CJA consente di tutelare l'identità esclusivamente dei testimoni che si sottopongono ad esame dibattimentale.

Date queste premesse, la conclusione cui perviene l'organo giurisdizionale è che la richiesta del *prosecutor* dovesse essere rigettata e che, più in generale, allo stato della legislazione, l'ammissione di *anonymous hearsay evidence* sia da considerarsi vietata<sup>192</sup>.

L'orientamento adottato dalla giurisprudenza è radicale: la messa al bando dell'anonimo extra-dibattimentale non riguarda solo i casi in cui il *prosecutor* cerchi di veder riconosciuta a beneficio del proprio testimone una tutela a "trecentosessanta gradi" (mediante la segretazione delle generalità e l'esonero dall'esame dibattimentale con acquisizione delle precedenti dichiarazioni); ma anche nelle ipotesi in cui ad essere coinvolti siano soggetti ignoti anche alle stesse autorità inquirenti, in relazione alle quali il CJA, per forza di cose, non trova applicazione. Lo scopo dello *statute*, infatti, è quello di proteggere l'identità di fonti di prova che altrimenti sarebbero rese note alla difesa; tale finalità protettiva non sussiste quando la fonte è sconosciuta a tutti i soggetti del procedimento<sup>193</sup>.

Il carattere assoluto della regola di esclusione emerge chiaramente da un passaggio della sentenza nel quale la Corte afferma: «*the stark reality is that the [...] Act is entirely silent about the use of anonymous hearsay evidence, or evidence made in the form of a statement by an unidentified and unidentifiable witness which is simply read to the jury as part of the evidence. This procedure is not authorised by any express statutory provision*»<sup>194</sup>.

<sup>192</sup> *R v Mayers*, cit., § 113.

<sup>193</sup> «*The purpose of the 2008/2009 Acts was to provide protection to witnesses whose identity would otherwise be known. A witness whose identity is never known needs no such protection and therefore lies outside the scope of the 2008/2009 Acts*», osserva correttamente D. ORMEROD, *R v Ford: case comment*, in *Crim. Law Rev.*, 2011, 479.

<sup>194</sup> *R v Mayers*, cit., § 104. Tale orientamento è stato confermato da: *R v Fox* [2010] EWCA Crim 1280; *R v Ford*, [2010] EWCA Crim 2250. In particolare, in quest'ultimo caso, è stata esclusa

Tale approccio presta il fianco ad alcune osservazioni critiche.

È del tutto condivisibile l'opinione per cui l'impiego probatorio delle dichiarazioni pre-dibattimentali del testimone cui sia stato applicato un *witness anonymity order* debba considerarsi vietato. Il CJA, infatti, è molto chiaro nel subordinare lo “scudo” dell'anonimato alla condizione che il testimone renda *live evidence*. La possibilità di sottoporre a *cross-examination* il teste è *conditio sine qua non* per l'emanazione (e il mantemimento) dell'ordine di protezione<sup>195</sup>.

La *ratio* di tale approccio è di tutta evidenza: si vuole evitare che la difesa, nel fronteggiare la prova a carico, sia gravata da un doppio pregiudizio, vale a dire la formazione unilaterale e la provenienza anonima della dichiarazione<sup>196</sup>.

A suscitare riserve, invece, è il carattere assoluto della messa al bando dell'*anonymous hearsay*<sup>197</sup>. La possibilità di predicare la “prevalenza” della disciplina contenuta nel CJA, infatti, presuppone la concreta operatività della stessa. Qualora si abbia a che fare con fattispecie che cadono fuori dal perimetro applicativo della legge – si pensi alle dichiarazioni di persona ignota anche alle stesse autorità inquirenti o all'anonimo *de relato* – la cornice normativa rilevante continua ad essere quella offerta dalla s. 114(1)(d) del *Criminal Justice Act (2003)*<sup>198</sup>.

Ad ogni modo, allo stato dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, l'orientamento prevalente è quello riferito: il rifiuto indiscriminato di qualsiasi contributo probatorio afferente alla variegata categoria dell'*anonymous hearsay*.

Un *total ban* che si attenua esclusivamente con riferimento alle dichiarazioni

l'ammissibilità delle dichiarazioni contenute in un biglietto fatto pervenire alla polizia da parte della testimone oculare – mai identificata – dell'omicidio oggetto di accertamento.

<sup>195</sup> R. BAGSHAW, *Anonymous evidence: R v Mayers*, cit., 139.

<sup>196</sup> In altre parole, si vuole evitare che il testimone sia al tempo stesso anonimo e “assente”, per richiamare le categorie concettuali impiegate, nel capitolo precedente (v., in particolare, il § 10), per descrivere il modello europeo di testimonianza anonima.

<sup>197</sup> V. D. ORMEROD, *R v Ford: case comment*, cit., 478. J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., 69-70.

<sup>198</sup> Certo, è presumibile che il tasso di accoglimento delle richieste di acquisizione di *anonymous hearsay evidence* non sia molto alto, considerato che uno degli aspetti dei quali il giudice deve tenere conto, nel decidere in merito all'ammissione, è la credibilità dell'autore della dichiarazione (evidentemente non sondabile in caso di mancata identificazione della fonte di prova).

*in bonam partem*<sup>199</sup>. Tale principio è stato affermato nella sentenza *Flisher*<sup>200</sup>. Si tratta di un procedimento celebrato a carico di più persone incriminate per associazione finalizzata al traffico di droga. Fra queste, il signor Procter, accusato di aver utilizzato alcune schede telefoniche dalle quali erano partite numerose chiamate volte a gestire la compravendita di alcune partite di sostanza stupefacente. L'imputato si era dichiarato innocente e aveva negato di essere mai entrato in possesso delle schede telefoniche utilizzate per gestire le attività di spaccio, le quali – questa la linea difensiva – appartenevano in realtà ad un'altra persona (tale Read), legata ai membri dell'associazione criminale e morta qualche tempo prima di *overdose*. Procter sollecita il *prosecutor* a rendere noto alle difese eventuale materiale d'indagine raccolto in relazione al Read.

Il materiale oggetto di *disclosure* suppletiva da parte dell'accusa viene segretato per ragioni di interesse pubblico; alle difese viene comunicato solo che, da fonti di *intelligence*, risultava il coinvolgimento del deceduto nel traffico di droga.

I difensori di alcuni imputati contestano l'acquisizione della nota prodotta dal *prosecutor*: essa veicolava, infatti, informazioni apprese da fonti anonime (genericamente qualificate «*evidence of intelligence*»<sup>201</sup>).

Nel ritenere perfettamente utilizzabile l'*admission* dell'accusa, il giudice afferma che uno strappo alla regola di esclusione concernente *anonymous hearsay evidence* è legittimo quando le notizie in questione siano favorevoli all'imputato (o a un imputato, se ve n'è più d'uno) e la loro divulgazione rientri negli obblighi di *disclosure* esistenti in capo al *prosecutor*<sup>202</sup>.

Nel complesso, dunque, i principi affermati dalla giurisprudenza in materia di dichiarazioni extra-dibattimentali da fonte sconosciuta alla difesa e anonimo *de relato* delineano un sistema a “geometria variabile”: rifiuto netto nei confronti dei contributi probatori con contenuto sfavorevole all'imputato e ammissibilità di quelli *in bonam partem*.

---

<sup>199</sup> J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, cit., 71.

<sup>200</sup> *R v Flisher* [2012] EWCA Crim 794.

<sup>201</sup> *R v Flisher*, cit., § 28.

<sup>202</sup> *R v Flisher*, cit., § 33.



CAPITOLO TERZO  
LA TESTIMONIANZA ANONIMA NEL PROCESSO PENALE  
ITALIANO

*SEZIONE PRIMA*

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA. 1. Anonimo e processo penale: linee evolutive essenziali. – 1.1. La legislazione italiana post-unitaria. – 1.2. Il codice Rocco: l’insanabile contraddizione fra l’impostazione inquisitoria e l’immoralità dell’anonimo nell’ideologia fascista. – 2. La normativa anti anonimo nel codice vigente: uno sguardo d’insieme. – 3. Anonimo dichiarativo vs anonimo non dichiarativo. – 4. La *ratio* del divieto. – 5. La regola di esclusione: ambito applicativo e sanzione. – 6. Forme indirette di testimonianza anonima. L’art. 195 comma 7 c.p.p. – 7. (Segue) la testimonianza *de relato* da fonte confidenziale. – 8. Le voci correnti nel pubblico. – 9. Riflessione sulla possibilità di un impiego *in bonam partem* della testimonianza indiretta da fonte anonima.

*1. Anonimo e processo penale: linee evolutive essenziali.*

L’uso di notizie anonime, nella forma della delazione, della “pubblica voce”, della testimonianza da parte di soggetti con identità sconosciuta all’imputato, rappresenta un *topos* della giustizia penale di matrice inquisitoria<sup>1</sup>. In un sistema in cui la tutela del singolo era sacrificata in base all’assunto che o l’accusato è

---

<sup>1</sup> La bibliografia in materia è piuttosto vasta: v., fra i tanti, G. BELLAVISTA, *Anonimi (scritti): dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958, 504; G. CAPUTO, *Inquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, 1971, 713; A. CAMON, *Accuse segrete*, in *Dir. pen. del XXI sec.*, 2014, 286; P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Cedam, 1977, 4; G. DE LUCA, *Le bocche della verità*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1955, 384; A.C. SHANNON, *The secrecy of witnesses in inquisitorial tribunals and in contemporary secular criminal trials*, in *Essays in medieval life and thought*, a cura di J.H. Mundy-R.V. Emery-B.N. Nelson, Columbia University Press, 1955, 61; J. TEDESCHI, *Il giudice e l’eretico*, Vita e pensiero, 1991, 106.

innocente e allora non ha bisogno di difesa, o è reo e allora è inutile che la difesa gli sia riconosciuta, in cui l'acquisizione delle prove era segreta e in cui la verità andava ricercata con ogni mezzo (compresa la tortura), il contributo informativo anonimo era accettato e perfino favorito<sup>2</sup>, nella convinzione che costituisse materiale comunque utile al giudice<sup>3</sup>.

Non è casuale, pertanto, che l'idea di fissare una regola di esclusione dell'anonimo si sia sviluppata nel momento in cui quel modello è finito sotto attacco da parte degli intellettuali illuministi. Anzi: rovesciando i termini del discorso, si può dire che la condanna agli anonimi assume, in qualche misura, un valore emblematico e riassuntivo delle istanze di rinnovamento della giustizia penale propugnate dall'Illuminismo giuridico italiano<sup>4</sup>.

Si deve, in particolare, a Cesare Beccaria<sup>5</sup> la critica più lucida ed organica alle "accuse segrete", basata su una serie di argomentazioni dalla logica ferrea e, per vari aspetti, molto attuali<sup>6</sup>.

In primo luogo – sostiene l'Autore – la giustizia è amministrata in nome del popolo, che, quindi, deve poterla "vedere". Da questa esigenza discende il principio di pubblicità del processo penale, il quale informa anche il settore probatorio: pure le prove, dunque, devono essere pubbliche.

In secondo luogo, l'anonimo produce un "costo sociale" perché influisce sulla qualità di vita dei cittadini: li rende «falsi e coperti», avvezzi al sospetto e al tradimento. «Infelici gli uomini quando sono giunti a questo segno: senza principii chiari ed immobili che li guidino, errano smarriti e fluttuanti nel vasto mare delle

---

<sup>2</sup> Risalgono al periodo medievale le soluzioni più originali adottate per incoraggiare le denunce anonime. In quell'epoca si affermò il costume di predisporre in alcuni luoghi della città le cosiddette "bocche della verità", vale a dire delle buche o delle cassette idonee a ricevere le delazioni. Ne parlano, A. BARALDI, G. TORTORA, *La disciplina degli scritti anonimi*, in *Rivista della guardia di finanza*, 2000, 795; A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 286.

<sup>3</sup> C. FANUELE, *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul "giusto" processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1546.

<sup>4</sup> G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali delle delazioni anonime*, in Giuffrè, 1978, 60.

<sup>5</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973, 33 s.

<sup>6</sup> Sottolinea tale aspetto, A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 288.

opinioni, sempre occupati a salvarsi dai mostri che li minacciano»: è qui evidente la preoccupazione d'impedire che le leggi mettano in crisi quei valori di fratellanza e solidarietà (*fraternité*) destinati, di lì a poco, a diventare uno dei vessilli della rivoluzione francese. Non solo: si scorge, dietro a queste parole (in particolare, in quel *senza principii chiari ed immobili che li guidino*), l'urgenza di affermare un altro valore a Beccaria molto caro: l'esigenza di certezza nell'applicazione della legge per prevenire gli abusi dell'autorità<sup>7</sup>. E non è casuale che una pretesa di legalità sia avanzata proprio in relazione agli anonimi: si tratta di un settore, infatti, in cui gli abusi hanno sempre prosperato.

Sotto altro profilo, l'Autore sottolinea che, quando l'imputato fronteggia una *denuncia secreta* o una *pubblica voce*, le sue possibilità di difesa risultano sensibilmente pregiudicate; la questione è di tutta evidenza: «chi può difendersi dalla calunnia quand'ella è armata dal più forte scudo della tirannia, il segreto?». L'idea è che per valutare una dichiarazione sia imprescindibile conoscere la fonte poiché la persona del narrante, con la sua biografia, la personalità, il carattere, i motivi di rancore o inimicizia, influisce molto sul giudizio complessivo di affidabilità della prova.

Infine, trova spazio una riflessione di ordine politico. La legittimazione degli anonimi è una spia della debolezza dei regimi che lo favoriscono<sup>8</sup>. Le ragioni normalmente addotte a giustificazione del loro impiego processuale sono inconsistenti: «la salute pubblica, la sicurezza e il mantenimento della forma di governo» non si salvaguardano istituendo un sistema «in cui chi ha per sé la forza e l'opinione [...] teme d'ogni cittadino»; la cortina del segreto che è stesa sul delatore e sul confidente, lungi dal proteggere l'incolumità dell'accusatore, maschera l'impotenza delle istituzioni nel tutelare i propri cittadini.

Circa un secolo dopo, Francesco Carrara si scaglia contro i «testimoni mascherati o anonimi», vale a dire quei soggetti le cui testimonianze «si volevano intrudere nel processo senza che se ne conoscesse la persona ed il nome»<sup>9</sup> mediante

<sup>7</sup> G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali*, cit., 61.

<sup>8</sup> Le accuse segrete sono definite «evidenti e consagrati disordini [...] resi necessari per la debolezza della costituzione». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 34.

<sup>9</sup> F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale* (1874), Mulino, 2007, 366 s.

uno scritto anonimo ovvero per il tramite di «testimoni giurati» che riportassero in giudizio, indirettamente (attraverso lo schema del *relato refero*), le loro dichiarazioni.

Le critiche mosse dall'Autore sono essenzialmente due. Una richiama e sviluppa un argomento già formulato da Beccaria, vale a dire il pregiudizio alle garanzie difensive: quando è all'oscuro dell'identità del proprio accusatore, l'imputato non è nella condizione di «dimostrare che lo incognito confidente fu una maligna invenzione del teste che è venuto a deporne»; ne derivano «pericoli gravissimi alla innocenza».

L'altro «vizio» che Carrara associa all'ammissione di testimonianze anonime è il verificarsi di una «strana metamorfosi» in forza della quale il teste si trasforma in giudice. Quando la decisione si basa su dichiarazioni provenienti da una fonte non controllabile, infatti, il giudicante sceglie di crederci in forza di un atto di fede: «se [...] si pronunzia convinto di quel fatto, non lo afferma già perché nell'animo suo egli nutrisca fede nello incognito che non conosce, ma unicamente perché egli si rende solidale alla fede che dichiarò il testimone avere avuta in quello incognito»<sup>10</sup>.

A fronte di tali pericoli, non c'è spazio per soluzioni di compromesso: occorre «portare la scure alla radice del male»: i testimoni anonimi devono essere «reietti dal processo, inaccettabili, e tali da aversi per meno di niente».

### *1.1 La legislazione italiana post-unitaria.*

La carica ideale delle istanze di rinnovamento sostenute dagli Illuministi viene in larga misura disinnescata dalla restaurazione politica dell'Ottocento. Ne deriva – per quel che qui interessa – l'affermazione di una reazione conservatrice anche sul piano dei rapporti fra anonimo e processo penale<sup>11</sup>.

Il primo codice dell'Italia unita (1865) non contiene alcuna regola di esclusione esplicita, limitandosi a stabilire, all'art. 100 comma 3 che «la denuncia

---

<sup>10</sup> F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., 368.

<sup>11</sup> Per un'articolata indagine sulle posizioni assunte in materia di anonimi dagli stati pre-unitari, si rinvia a P. CORSO, *Notizie anonime*, cit., 13 s.



fatta per iscritto sarà sempre sottoscritta dal denunciante». Tuttavia, a fronte del tradizionale *favor* mostrato dalla prassi nei confronti dei contributi informativi da fonte segreta o confidenziale, tale lacuna va in una direzione ben precisa: è una scelta nel segno della continuità.

Ben presto, infatti, si sviluppa in dottrina un orientamento secondo cui la delazione anonima, pur non integrando di norma una legittima *notitia criminis*, poteva comunque costituire uno spunto idoneo per le indagini di polizia giudiziaria<sup>12</sup>. Si tratta di un'opzione esegetica ispirata da un disincantato realismo, veicolata da autori che, pur formati nella temperie culturale dell'Illuminismo – ed essendo dunque naturalmente portati a respingere con fermezza i contributi informativi di provenienza ignota – ritenevano irrealistico, allo stato della legislazione e soprattutto della prassi, un netto rifiuto degli anonimi<sup>13</sup>.

Non si registrano novità di rilievo con il passaggio al codice del 1913. Da un lato, infatti, la denuncia anonima non riceve, nemmeno qui, un'apposita disciplina; dall'altro, nonostante il legislatore disponga – all'art. 246 commi 1 e 2 – l'esclusione della «voce pubblica» e della «confidenza», il divieto si mostra, alla prova dei fatti, troppo debole per marcare un cambio di passo.

L'idea che la rinuncia alle notizie da fonte sconosciuta rappresenti un “costo troppo alto” per l'accertamento dei reati è, infatti, talmente radicata che fioriscono le interpretazioni riduttive tese a valorizzare le esigenze di “difesa sociale” a scapito delle garanzie individuali<sup>14</sup>. D'altro canto, i precetti in esame sono privi di sanzione: la mancata comminatoria di una nullità favorisce l'acquisizione degli anonimi, giustificata *ex post* in nome della portata catartica del libero convincimento del giudice<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> V. A. GUSTAPANE, *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Ind. pen.*, 2010, 61.

<sup>13</sup> Si rinvia, per gli opportuni riferimenti, a G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali*, cit., 182 s.

<sup>14</sup> V. P. CORSO, *Notizie anonime*, cit., 66.

<sup>15</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, 215 s.

*1.2 Il codice Rocco: l'insanabile contraddizione fra l'impostazione inquisitoria e l'immoralità dell'anonimo nell'ideologia fascista.*

Un deciso passo in avanti – quantomeno sulla carta – è compiuto con il codice Rocco. Gli artt. 8 comma 3, 141 e 349 commi 3 e 5 vietano l'uso, rispettivamente, di delazioni e scritti anonimi, testimonianze su voci correnti nel pubblico e informazioni confidenziali.

La presa di posizione in senso interdittivo è il portato di un preciso intento moralizzatore, coerente con il contesto politico del tempo<sup>16</sup>. Lo stato fascista vuole educare i cittadini alla responsabilità delle proprie azioni; il rifiuto dell'anonimo va letto, pertanto, non in funzione di garanzia per l'imputato, ma in chiave di sanzione per il comportamento di colui che muove delle accuse senza esporre la propria persona<sup>17</sup>.

Si tratta, tuttavia, di un rifiuto che, seppur chiaramente esplicitato a livello normativo, non riesce a determinare un apprezzabile cambiamento nell'atteggiamento della magistratura. La torsione autoritaria che subisce il sistema politico-istituzionale durante il ventennio si estrinseca, infatti, in un innegabile ritorno a procedure inquisitorie, tradizionalmente insofferenti rispetto ai limiti posti dalla legge alla ricerca della "verità materiale"<sup>18</sup>.

C'è dunque, nel codice Rocco, una tensione di fondo fra la volontà di veicolare un'idea di uomo tutto d'un pezzo, che non deve abbassarsi a denunciare qualcuno senza assumersi la responsabilità del suo gesto e l'"ansia inquisitoria" di

---

<sup>16</sup> Il guardasigilli Rocco, nel chiarire la ragione delle scelte operate nel codice in ordine agli anonimi, afferma che in gioco è «un principio di alta ed evidente moralità». V. G. ILLUMINATI, *Una deludente pronuncia in materia di delazioni anonime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1046.

<sup>17</sup> È la «risposta morale dello stato all'immoralità del singolo». V. P. CORSO, *Notizie anonime*, cit., 124; vedi anche A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 288 e F. LUNARI, *L'eliminazione degli scritti anonimi. Limiti del divieto e poteri del giudice*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 58; G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali*, cit., 236.

Restituisce appieno la dimensione "etica" della normativa anti-anonimo una celebre sentenza della Cassazione che definisce gli scritti anonimi «vili» e «ignobili». V. Cass., sez. I, 27 febbraio 1933, De Maria, in *Giust. pen.*, 1933, IV, c. 985.

<sup>18</sup> V. L. GARLATI, "Contro il sentimentalismo": *l'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, 181.

assicurare al procedimento tutte gli elementi suscettibili di fornire un apporto, seppur discutibile, all'accertamento dei fatti. Il sistema «esasperatamente staualistico» vuole portare nuovi modelli di vita e, nello stesso tempo, non può tollerare che la legge tracci delle zone franche, dalle quali sia escluso l'intervento dello stato<sup>19</sup>.

Tale tensione si scarica nell'adozione di un atteggiamento ambivalente: formalmente esclusi dal processo, gli anonimi vi trovano ingresso in forza di interpretazioni elusive da parte della giurisprudenza.

Nella prassi si affermano fin da subito orientamenti volti a circoscrivere sensibilmente la regola di esclusione in virtù dei «supremi interessi della giustizia»<sup>20</sup>.

Il metodo è quello consueto delle operazioni riduttive: da un lato si riconoscono le alte «finalità morali» sottese alla normativa anti-anonimo, dall'altro si lascia intendere che i divieti sono meno drastici di quanto appaia alla luce dell'interpretazione letterale<sup>21</sup>.

In particolare, la giurisprudenza chiarisce che il divieto d'uso degli scritti anonimi<sup>22</sup> si riferisce ad uno specifico segmento processuale – il processo, appunto –

---

<sup>19</sup> G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali*, cit., 240.

Di estremo interesse, per una descrizione dei sistemi di approvvigionamento informativo operanti durante il regime fascista – il quale in larga misura si giovò delle denunce anonime per spingere in profondità il controllo repressivo – il saggio di M. FRANZINELLI, *Delatori. Spie e confidenti anonimi: l'arma segreta del regime fascista*, Feltrinelli, 2012.

<sup>20</sup> V. G. DE LUCA, *Le bocche della verità*, cit., 384; L. PANETTA, *Disciplina dell'esposto anonimo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1991, 196 s.

<sup>21</sup> L'invito a forzare il dato normativo si annida già, peraltro, nell'interpretazione autentica contenuta nei lavori preparatori del codice, tanto da legittimare delle riserve in ordine alla volontà politica che il principio di esclusione diventasse effettivo. Nella Relazione al Re, Manzini infatti osserva: «l'art. 141 intende esprimere il concetto che l'autorità giudiziaria non può né indagare né procedere, né fondare il suo convincimento su scritti anonimi diversi da quelli eccettuati dall'articolo stesso. Se le indagini della polizia, svolte in base ad uno scritto anonimo ricevuto direttamente o ad essa trasmesso da altra autorità (compresa la giudiziaria), giungeranno a scoprire ed a raccogliere elementi legittimi di prova, l'autorità giudiziaria si gioverà di tali elementi, mentre lo scritto anonimo, che ne agevolò la scoperta, rimarrà negli archivi della polizia». Il passo è riportato da A. GUSTAPANE, *Gli scritti anonimi*, cit., 62-63.

<sup>22</sup> L'art. 141 stabiliva che: «gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento, né può farsene alcun uso processuale salvo che costituiscano corpo del reato ovvero provengano comunque dall'imputato».

ed è rivolto ad una determinata autorità: la magistratura<sup>23</sup>; ne deriva, per la polizia giudiziaria, l'assenza di preclusioni allo svolgimento di indagini pre-istruttorie<sup>24</sup>, il cui esito ben potrà provocare l'avvio del procedimento penale<sup>25</sup>.

Inoltre, si consolida il principio per cui se l'anonimo posto alla base delle investigazioni non è allegabile al fascicolo per il dibattimento, un diverso trattamento va riservato al materiale probatorio acquisito sulla base di esso: «quando [la polizia] riesca, in seguito a compiute indagini [sullo scritto anonimo] a scoprire [...] elementi legittimi di prova, può di essi l'autorità giudiziaria avvalersi»<sup>26</sup>.

Le interpretazioni "tolleranti" della giurisprudenza erano favorite, peraltro, dalla costruzione dei divieti in termini di *lex imperfecta*<sup>27</sup>: essendo sprovvisti di sanzione, essi rappresentavano un argine assai debole all'acquisizione surrettizia di notizie anonime.

---

<sup>23</sup> «L'interdizione veniva dunque intesa in senso soggettivo» osserva G.P. VOENA, *Via libera alle delazioni anonime?*, in *Giur. cost.*, 1975, 2132.

<sup>24</sup> La legge «non ha inteso privare la polizia giudiziaria della possibilità di addivenire alla scoperta del vero anche sulle tracce di una delazione anonima». V. Cass., sez. I, 27 febbraio 1933, in *Giust. pen.*, 1933, IV, c. 985

<sup>25</sup> La tesi è stata condivisa anche dalla Corte Costituzionale: «proprio perché l'anonimo non è in sé fonte di prova, ma riferisce fatti e circostanze che possono acquistare rilevanza agli effetti processuali solo se provati, non gli si può a priori in senso assoluto negare qualsiasi valore e possibilità di uso nel campo della giustizia penale. Sebbene trattisi di mezzo riprovevole sotto un profilo etico sociale non sono infrequenti i casi in cui con esso si forniscono all'autorità informazioni ed elementi preziosi su reati anche di particolare gravità che non possono restare ignorati. Da ciò l'esigenza, anche per soddisfare i supremi interessi della giustizia, di riconoscere al giudice il potere discrezionale di disporre o non quelle indagini di polizia giudiziaria che, secondo le circostanze, riterrà idonee alla scoperta della verità» (Corte Cost., 27 dicembre 1974, n. 300). V. anche Corte cost., 18 giugno 1977, n. 29.

In dottrina, v. F. LUNARI, *L'eliminazione degli scritti anonimi. Limiti del divieto e poteri del giudice*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 45; critici nei confronti di tale impostazione, G. ILLUMINATI, *Una deludente pronuncia*, cit., 1052; G.P. VOENA, *Aspetti penali e processuali*, cit., 242-243.

<sup>26</sup> Cass., 27 maggio 1932, in *Giust. pen.*, IV, c. 928; Cass., 26 giugno 1935, in *Giust. pen.*, 1935, IV, 705; Cass., sez. II, 20 novembre 1970, De Filippi, in *C.E.D.*, Rv. 117376.

<sup>27</sup> V., fra le tante, Cass., sez. III, 21 giugno 1949, Donato, in *Giust. pen.*, 1950, III, 93, m. 63.

L'unica disposizione in materia prevista a pena di nullità (relativa) era l'art. 349 comma 4 il quale prescriveva il divieto per il giudice di ricevere da parte di ufficiali e agenti di polizia giudiziaria notizie raccolte da confidenti dei quali non intendessero rivelare l'identità.

Nel complesso, la sintetica indagine retrospettiva rivela la cifra che storicamente accompagna la disciplina del ruolo processuale dell'anonimo, vale a dire la distanza fra il dato normativo – orientato all'esclusione – e la prassi, governata, al contrario, da istanze di conservazione. È questo un elemento centrale del dibattito sulla materia in esame poiché fornisce una chiave di lettura valida, per molti aspetti, anche oggi.

## 2. *La normativa anti-anonimo nel codice vigente: uno sguardo d'insieme.*

Nel codice del 1988 c'è uno «spiegamento di forze imponente» contro gli anonimi<sup>28</sup>: l'art. 240 c.p.p. vieta l'acquisizione e l'utilizzo di documenti contenenti dichiarazioni anonime (fatta eccezione per quelli che costituiscono il corpo del reato o che provengano dall'imputato); l'art. 333 comma 3 c.p.p. impedisce d'instaurare un procedimento penale sulla base di una denuncia anonima; agli artt. 194 comma 3 e 234 comma 3 c.p.p. relegano nell'irrelevanza le voci correnti nel pubblico; l'art. 195 comma 7 c.p.p. vieta la testimonianza *de relato* da fonte ignota; l'art. 203 c.p.p., infine, esclude che possa essere riconosciuto alcun valore alle informazioni apprese dal confidente di polizia.

Si tratta di regole che si riferiscono, da una parte, a diversi mezzi di prova capaci in concreto di fungere da veicolo di notizie anonime (il documento, la testimonianza); dall'altra, ai possibili usi di queste informazioni (probatorio e "informativo", intendendosi per tale l'impiego quale *notitia criminis*).

Le differenze rispetto alla disciplina del codice previgente sono fondamentalmente tre. In primo luogo, sono cambiati i principi ispiratori della regola di esclusione: dalla considerazione dei contributi anonimi come un problema etico (il divieto è la risposta morale dello Stato al comportamento immorale del singolo che si macchia di viltà nel momento in cui muove delle accuse senza prendersene la responsabilità), si passa alla considerazione degli stessi come un problema di (in)attitudine probatoria e di violazione del diritto di difesa.

---

<sup>28</sup> Lo rileva A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 289-290.

In secondo luogo, il divieto è oggi presidiato da una sanzione; tutte le disposizioni in materia di notizie anonime sono riconducibili all'art. 191 c.p.p.

Infine, la normativa ha acquistato in omogeneità e coerenza dal momento che tutte le conoscenze viziato, a prescindere dalla diversità del veicolo probatorio che le traghetta nel processo, ricevono il medesimo trattamento. Ciò consente di enucleare un principio generale di esclusione dal processo di tutti i contributi provenienti da fonte ignota o segreta.

### 3. *Anonimo dichiarativo vs anonimo non dichiarativo.*

La considerazione circa l'esistenza, nel nostro sistema processuale, di una regola generale di esclusione degli anonimi induce ad ulteriori e più approfondite riflessioni. Anzitutto, in ordine alla sfera di operatività della regola in questione.

Sotto questo profilo, il codice Vassalli ha inteso distinguere nettamente fra elementi probatori dichiarativi – i quali rientrano nel perimetro applicativo della norma – e elementi probatori non dichiarativi, insensibili al divieto.

L'art. 240 c.p.p. stabilisce, a questo proposito, che «i documenti che *contengono dichiarazioni* non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato». I documenti messi al bando dal legislatore, dunque, sono solo quelli dichiarativi, non quelli di altra natura<sup>29</sup>, i quali, anche se provenienti da fonte ignota, possono essere legittimamente utilizzati nel processo<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Quella dei documenti è «una classe eterogenea. Vi figurano enunciati narrativi [...] e argomenti induttivi», ovverosia segni artificiali (come fotografie e riprese cinematografiche) dai quali inferiamo qualcosa applicando massime sperimentali che appartengono al mondo dell'ottica, dell'acustica, dell'elettronica ecc. V. F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, 2012, 795.

<sup>30</sup> V. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000, 320.

In giurisprudenza, v. Cass., sez. V, 8 ottobre 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 4115 nella quale si è rilevato che «il divieto posto dall'art. 240 [...] non è applicabile alle prove non dichiarative ed in particolare a quelle fotografiche, atteso che la *ratio* della norma è quella di evitare che affermazioni (denunce, esposti, segnalazioni, indicazioni) cui non sia attribuibile una paternità possano essere tenute in considerazione dal giudicante. Diversamente ha voluto il legislatore per quel che riguarda i documenti

La chiave di volta per comprendere tale assetto sta nella fondamentale distinzione tra funzioni narrative e induttive.

Nella tassonomia offerta da Cordero, gli strumenti probatori, superata la dualità carneluttiana fra prove storiche e prove critiche, sono ripartiti in “funzioni narrative” (poiché generano un testo) e “funzioni induttive” (forniscono materiali cognitivi senza residuo alogico, sono puri fenomeni). La differenza, fra le due classi, dipende dalla natura del meccanismo rappresentativo mediante il quale il frammento di un evento passato è evocato nel processo. Se la rappresentazione implica una “mediazione umana”, il vaglio sulla capacità dimostrativa necessariamente coinvolge la fonte. È, infatti, eventualità connaturata al mezzo che il narrante menta o sbaglia. Se, invece, la riproduzione è acustica o fotografica – e dunque meccanica – basta, ai fini del giudizio di affidabilità della prova, stabilire che suono ed immagini siano genuini<sup>31</sup>: l’automatismo del mezzo riproduttivo esclude questioni sull’attendibilità della rappresentazione.

Da ciò deriva, sul piano della disciplina degli anonimi, che solo gli enunciati (a nulla rileva se orali, scritti o altrimenti documentati) che evocano interni mentali, rientrano nel perimetro della regola di esclusione. Non vi rientrano, invece, le prove che rappresentino un fatto senza “mediazione umana” poiché la mancata conoscenza della persona che le ha formate nulla toglie alla loro capacità dimostrativa<sup>32</sup>.

Il discrimine dipende, dunque, da una questione di attitudine rappresentativa del dato probatorio: ove quest’ultimo non implichi alcuna rielaborazione, non sorge la necessità di un controllo sulla fonte (fonte che, di conseguenza, può anche essere

---

di contenuto non dichiarativo, i quali, anche se ne è incerta la provenienza, possono essere valutati dal giudice». Più di recente, v. Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, Bambini, in *C.E.D.*, Rv. 266950.

<sup>31</sup> V. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, 24.

<sup>32</sup> Per F. CORDERO (*Procedura penale*, cit., 797-803) «non ha senso chiamare “anonima” una fotografia» poiché «fotografie, pellicole, nastri et similia costituisc[o]no materiale utile *in se ipso*, chiunque l’abbia formato». S’inseriscono nel medesimo solco le riflessioni di C. SQUASSONI, *Art. 240*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. III, Utet, 1990, 666.

Ritengono, invece, che debba essere data una lettura estensiva all’art. 240 c.p.p., nel senso di ricomprendere nell’area del divieto tutte le tipologie di documento: R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, 2984; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000, 76 s.; M. MERCONE, *L’utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, 756.

incerta); altrimenti – e si tratta in particolare dei casi in cui entri in gioco una materia mnemonica – la verifica sull’attendibilità del dichiarante non può essere trascurata<sup>33</sup>.

#### 4. *La ratio del divieto.*

Per comprendere le ragioni e la portata della mutata *ratio* sottostante al rifiuto degli anonimi, nel passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli, occorre soffermarsi sul rinnovato concetto di “verità” accolto nel sistema processuale disegnato dal legislatore del 1988.

Mentre nelle procedure di stampo inquisitorio la verità è unica e assoluta, tralasciando di una corsa solitaria e spasmodica da parte del giudicante, che non esige ma addirittura esclude il controllo da parte dell’imputato e che non tollera limiti al conoscere giudiziale, nei sistemi processuali di matrice accusatoria la verità è relativa e, per essere scoperta, necessita del libero confronto fra i contendenti. Il diritto di difesa è la principale condizione epistemologica dell’accertamento: nessuna prova è attendibile senza che siano state rese possibili eventuali smentite<sup>34</sup>. È, dunque, alla luce di questa particolare impostazione cognitiva che vanno sciolti i nodi relativi alla disciplina sugli anonimi.

La prova narrativa è una «prova complessa»<sup>35</sup>, nell’ambito della quale fatto da rappresentare e credibilità di chi fornisce la rappresentazione diventano un tutto inscindibile. Il giudizio globale di attendibilità, di conseguenza, non potrà che fondarsi sulla fede attribuita sia al contenuto della narrazione sia alla persona dalla

---

<sup>33</sup> Per verità, le possibilità di manipolazione della realtà offerte dall’attuale “panorama tecnologico” sembrano imporre un ripensamento di tale assetto: il risultato mimetico è solo apparentemente automatico e, soprattutto, può nascondere delle insidie. In qualche modo, insomma, anche alle macchine bisogna “credere”. V. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, 39 s.

<sup>34</sup> P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1992, 101-102; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg., Istituto della enciclopedia italiana, 2001, 4 s.

<sup>35</sup> E. APRILE, *La prova penale: art. 187-271 codice di procedura penale*, Milano, 2002, p. 149.



quale proviene<sup>36</sup>. Una conferma, in questo senso, arriva dall'art. 194 comma 2 c.p.p., il quale, ammettendo che l'esame testimoniale possa estendersi anche «ai rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le altre parti o altri testimoni nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità», esplicitamente riconosce l'incidenza che la componente soggettiva ha sul risultato probatorio.

È chiaro, allora, che la provenienza dell'informazione è un dato dal quale non è possibile prescindere: le zone d'ombra, nell'economia complessiva della valutazione di affidabilità, sarebbero così importanti da impedire alla prova di raggiungere la soglia epistemica minima per poter essere utilmente spesa nel processo.

Esiste una connessione talmente stretta tra *loquens* e *relatum* che il carattere ignoto della fonte in qualche misura “inquina” il contenuto della dichiarazione, tanto che diventa preferibile, a quel punto, rinunciare a tutto. Piuttosto che un'informazione della quale non è possibile stabilire la paternità è meglio nessuna informazione.

Di qui l'inutilizzabilità dell'anonimo, funzionale ad una duplice esigenza: espungere dal compendio probatorio elementi insuscettibili di verifica<sup>37</sup> e garantire il diritto di difesa dell'imputato<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Descrive in maniera molto efficace il rapporto tra *fides* e funzioni narrative G. DI CHIARA (Ad faciendam fidem: *i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*, in *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, a cura di P. Cerami-G. Di Chiara-M. Miceli, Giappichelli, 2003, 158) secondo il quale «la categoria della *fides* costituisce il perno dell'impianto del contributo narrativo, o – in altri termini – il suo asse di rotazione; è sulla piattaforma della *fides* concernente tanto il narrante che il *narratum*, che si coagula l'identità stessa di questa tipologia probatoria».

<sup>37</sup> Sono fonti «spuri[e] [...] e pertanto inidone[e] ad influire sulla formazione del convincimento del giudice» per F. LUNARI, *L'eliminazione degli scritti anonimi. Limite del divieto e poteri del giudice*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 48.

Tale indicazione affiora anche in una sentenza della Corte Costituzionale, emanata nella vigenza del codice Rocco, nella quale il giudice delle leggi, riferendosi alle delazioni anonime osserva: «non [potendosi] avere alcun controllo sulla veridicità di quanto in ess[e] affermato ed è parso perciò giusto sancirne il bando dagli atti del processo onde impedire che [...] possa[no] minimamente influire sulla formazione del convincimento del giudice» (Corte Cost., 19 dicembre 1974, n. 300).

Dalle riflessioni svolte fin qui, possiamo ricavare un primo quadro di sintesi: la regola che vige in materia di prove dichiarative anonime è l'esclusione; materialmente "frammentata" in varie disposizioni particolari, essa risponde ad un canone generale secondo il quale i fatti riferiti non hanno capacità dimostrativa disgiuntamente dalla fonte; tale principio permea l'intero tessuto codicistico e "serve" al contraddittorio perché ne costituisce la premessa minima indispensabile.

##### 5. La regola di esclusione: ambito applicativo e sanzione.

Tracciato il confine del divieto e ricostruita la *ratio* sulla quale è fondato, occorre adesso soffermarsi sul trattamento che il legislatore riserva al materiale probatorio nei cui confronti tale divieto opera.

Dall'insieme delle prescrizioni che regolamentano l'anonimato in ambito processualpenalistico, emerge un quadro di chiusura totale: dell'anonimo non può essere fatto alcun uso, in alcuna fase del procedimento (art. 191 c.p.p.), salvo che si tratti del corpo del reato<sup>39</sup> o che provengano comunque dall'imputato<sup>40</sup> (art. 240 c.p.p.).

---

<sup>38</sup> «Come ci si può [...] difendere in relazione ad un'informazione di cui si ignora la paternità?» si interroga M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 324. «Nell'attuale assetto costituzionale, il disvalore dell'anonimo è correlato, giuridicamente, alla violazione del diritto di difesa dell'accusato, in relazione alla impossibilità di costui di sottoporre la fonte della notizia ad un controllo di veridicità» osservano A. CARDINO, R. GUIDA, A. RANALDI, *Processo penale e prove documentali*, Giuffrè, 2004, 281. V anche N. ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2083.

<sup>39</sup> La ragione del superamento della regola di esclusione sta nello speciale rapporto che lega l'anonimo al reato di cui costituisce il *corpus*, tale da rendere irrilevante la mancata conoscenza della fonte. Il documento è in grado di fornire elementi di prova, indipendentemente dall'individuazione del suo autore, per la «particolare rilevanza gnoseologica che assume rispetto al reato di cui costituisce materializzazione» (E. D'AMBROSIO, *Scritti anonimi e loro utilizzazione come corpo del reato*, in *Foro it.*, 2001, 490) Sulla stessa linea anche M. MERCONE (*L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, cit., 754), il quale afferma che il corpo del reato è idoneo a «provare *ex se* il reato». Non si pongono, quindi, questioni di credibilità; le potenzialità probatorie del documento anonimo non

Sotto questo profilo, l'ordinamento intende anzitutto negare l'attitudine della conoscenza anonima a fondare la sentenza finale, ma il divieto dispiega i suoi effetti anche in ogni altro contesto decisorio.

Questa lettura ampia è ricavabile da due ragionamenti distinti, ma convergenti nel senso appena detto. Il primo prende le mosse dalla considerazione che l'uso dell'anonimo dà luogo, nell'ambito di qualsiasi deliberazione, ad una motivazione viziata da un vuoto logico, «visto che il giudice non è in grado di controllare, se non in spazi assai esigui, l'affidabilità di un sapere del quale ignora le fonti»<sup>41</sup>.

L'altro fa capo all'art. 191 c.p.p. – la disposizione cui tutte le prescrizioni in materia di fonti anonime sono riconducibili – la quale configura una inutilizzabilità “ad ampio spettro”, che spiega i suoi effetti in tutte le fasi del procedimento e in relazione a tutti i possibili “usi processuali”<sup>42</sup>.

Di qui, l'esclusione dell'anonimo, oltre che dal dibattimento, anche dalla fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare: non può essere posto a fondamento di provvedimenti resrittivi di libertà costituzionalmente garantite, né figurare fra i fra il materiale preso in considerazione dal giudice dell'udienza preliminare ai fini dell'emissione del decreto di rinvio a giudizio o per emettere la decisione sulla colpevolezza in uno dei riti alternativi che implicano una rinuncia al dibattimento ecc.

---

vengono intaccate dalle ragioni che fondano la regola di esclusione. V. C. SQUASSONI, *Art. 235*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 651.

<sup>40</sup> È possibile una duplice lettura di questa specifica deroga. La necessità di acquisire gli anonimi provenienti dall'imputato potrebbe essere sintomatica di un residuo di mentalità inquisitoria: essendo l'imputato «il depositario di una verità che il giudice deve scoprire [...] tutto quel che da lui proviene dev'essere suscettibile di piena utilizzazione probatoria». V. R. ORLANDI, *Art. 209*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 505.

D'altro canto, la disposizione potrebbe essere interpretata secondo una prospettiva rovesciata di centottanta gradi, come garanzia cioè per l'imputato che tutto il materiale suscettibile di apportare un contributo alla causa difensiva sia acquisito ed utilizzato in giudizio. Per un approfondimento di tale prospettiva, v. *infra*, § 9.

<sup>41</sup> Così, P. BRONZO, *Le modificazioni in tema di informazioni confidenziali*, in AA. VV., *Guida alla riforma del giusto processo*, Giuffrè, 2002, 125.

<sup>42</sup> V. G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 528.

Con specifico riferimento alla possibilità dei contributi di provenienza ignota di costituire il presupposto per lo svolgimento di un atto d'indagine, il discorso è più complesso. Su questo terreno, l'interdizione non è assoluta, ma riguarda solo gli atti che, per essere legittimamente compiuti, necessitano di precedenti "conoscenze": ad esempio, le intercettazioni (la cui esperibilità è condizionata dall'esistenza di «gravi indizi di reato») o le perquisizioni (disposte solo se ricorra un «fondato motivo»)<sup>43</sup>.

In questi casi, sussistendo un legame logico-giuridico fra i due atti – fra l'informazione anonima che funge da presupposto e il mezzo di prova disposto sulla base di questa – il vizio che affligge il primo si trasmette anche al secondo, in forza di un meccanismo di "inutilizzabilità derivata"<sup>44</sup>.

Viceversa, non ricorre un'ipotesi di "uso processuale" dell'anonimo – e dunque i veleni dell'albero non passano ai frutti – nei casi in cui quest'ultimo costituisca semplicemente il precedente storico o l'occasione che ha dato luogo all'atto d'indagine: se «un anonimo [porta] alla scoperta d'un nuovo testimone, o [determina] la necessità d'un interrogatorio o di un accertamento peritale, l'atto probatorio successivo (deposizione, interrogatorio, perizia) non è in alcun modo conseguentemente invalidato»<sup>45</sup>.

Il principio per cui il divieto d'uso che colpisce gli anonimi opera in tutti i contesti decisorii della fase preliminare nonché in relazione ai mezzi di prova che presuppongano antecedenti conoscenze è stato oggetto, nella prassi applicativa, di interpretazioni elusive da parte della giurisprudenza, tanto da aver spinto il

---

<sup>43</sup> V. R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, cit., 2989; N. ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, cit., 2082.

In giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 22 aprile 2016, Morico, in *C.E.D.*, Rv 267680; Cass., sez. VI, 21 settembre 2006, Macrì, in *C.E.D.*, Rv 235279; Cass., sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, in *C.E.D.*, Rv 209228. *Contra*, Cass., sez. III, 29 aprile 2004, Bettio, in *C.E.D.*, Rv 229419, la quale ha affermato il principio per cui sono perfettamente legittimi la perquisizione e il sequestro disposti sulla base di una notizia anonima.

<sup>44</sup> V. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, 642 s.

<sup>45</sup> Così M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., 644.

In giurisprudenza, v., con riferimento alla possibilità di assumere sommarie informazioni testimoniali, Cass., sez. III, 19 aprile 2011, T., in *C.E.D.*, Rv 250643.

legislatore a precisare, mediante alcune disposizioni *ad hoc*<sup>46</sup>, i confini della regola di esclusione.

L'intervento additivo ha interessato, in particolare, il comma 1-*bis* dell'art. 203, in base al quale le dichiarazioni confidenziali risultano irrilevanti, ove gli informatori non siano sentiti, anche nelle fasi diverse dal dibattimento; i commi 1-*bis* dell'art. 267 e 1-*bis* dell'art. 273, che estendono – rispettivamente – in sede di decisione per l'autorizzazione delle intercettazioni e di applicazione delle misure cautelari (i settori più colpiti dall'«abuso di voci fatue»<sup>47</sup>), il divieto di cui all'art. 203, nonché, per la sola materia cautelare, quello dell'art. 195 comma 7.

Tale intervento, tuttavia, risulta non solo inutile – poiché il principio era già enucleabile dal contesto normativo<sup>48</sup> – ma pure dannoso, poiché legittima «letture *a contrario* e ragionamenti fondati sull'*ubi lex dixit, voluit*»<sup>49</sup>.

In aggiunta, non pare aver raggiunto, alla prova dei fatti, l'obiettivo sperato. Ne è la prova una recente sentenza in cui la Cassazione ha affermato che «i risultati delle intercettazioni di conversazioni disposte sulla base di fonti confidenziali o anonime acquisite dalla polizia giudiziaria sono utilizzabili a condizione che queste ultime non siano gli unici elementi posti a supporto della valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di reato e che le operazioni siano state autorizzate anche sulla base di altri elementi emersi che le integrino»<sup>50</sup>. Insomma, si fa strada in giurisprudenza il principio per cui le intercettazioni – il mezzo di prova nei confronti del quale la legge ha voluto ribadire più forte il divieto d'uso di fonti spurie – sono validamente disposte in tutti i casi in cui il decreto di autorizzazione si basi, *oltre che sull'anonimo, anche su altri elementi probatori*. È chiara la portata riduttiva di tale interpretazione: si ammette che l'anonimo, seppur nell'ambito di una piattaforma conoscitiva più ampia, possa legittimamente “provare” qualcosa.

<sup>46</sup> Per mezzo della legge 1 marzo 2001, n. 63.

<sup>47</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 696.

<sup>48</sup> M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 7.

<sup>49</sup> A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 290.

<sup>50</sup> Cass., sez. VI, 26 giugno 2013, Bonanno, in *C.E.D.*, Rv 257295. V. anche Cass., sez. IV, 17 maggio 2005, Cicerone, in *C.E.D.*, Rv 232021.

Trova conferma, così, anche oggi la tendenza della magistratura ad aggirare i limiti posti dalla legge al conoscere giudiziale; una tendenza che, in rapporto alla disciplina degli anonimi si è manifestata, da sempre, in maniera particolarmente vistosa<sup>51</sup>.

Il divieto d'uso che colpisce le conoscenze da fonte ignota pregiudica, infine, anche la possibilità delle stesse di assurgere a legittima *notitia criminis*. Lo rivela l'art. 333 comma 3 c.p.p., il quale relega nell'irrelevanze le denunce anonime.

Alla denuncia anonima deve essere parificata la delazione del confidente di polizia (art. 203 c.p.p.)<sup>52</sup>. A nulla rilevando il fatto che, in questo caso, l'identità dell'informatore sia nota alla polizia, trattasi anche qui di notizie la cui paternità è destinata a non essere svelata nel procedimento.

Stessa sorte per le fonti informative atipiche, quali le dichiarazioni attinte da persone non identificate (art. 195 comma 7 c.p.p.), le conoscenze ricavate dalle voci correnti nel pubblico (art. 194 comma 3 c.p.p.) e quelle apprese da un'intercettazione in cui l'identità di uno degli interlocutori sia sconosciuta.

Tutte le notizie da fonte ignota o segreta, mediante le quali, con qualunque mezzo, siano portati a conoscenza delle autorità inquirenti fatti penalmente rilevanti, devono ritenersi "pseudo-notizie" di reato<sup>53</sup>, non suscettibili di dare formale avvio al procedimento penale<sup>54</sup>. Il requisito dell'attribuibilità ad un soggetto deve ritenersi

---

<sup>51</sup> Si rinvia, in proposito, alle riflessioni contenute nei §§ 1, 1.1 e 1.2.

<sup>52</sup> «Dal punto di vista processuale [...] la notizia confidenziale è assimilabile a tutti gli effetti ad una denuncia anonima» rileva R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, 2010, 61; v. anche M. MERCONE, *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, cit., 751.

<sup>53</sup> V. R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, cit., 2985.

<sup>54</sup> È tuttavia consentito l'uso dell'anonimo in chiave di ricerca della notizia di reato. Le autorità inquirenti possono, ai sensi dell'art. 330 c.p.p., porre in essere un'attività investigativa teleologicamente orientata all'individuazione della *notitia criminis*. V., da ultimo, Cass., sez. VI, 22 aprile 2016, Morico, in *C.E.D.*, Rv 267680. Anche la dottrina ritiene ragionevole che il divieto d'uso non sia esteso «al lavoro dell'investigante». L'anonimo, infatti, «defluisce a fiotti quotidiani e talvolta viene utile alle polizie; non esiste né sarebbe allestibile un controllo sulle matrici mentali dei remoti passi investigativi». Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 804.

In ordine al tema della struttura, dei limiti e dei controlli sulle indagini pre-procedimentali innescate dall'anonimo, si rinvia a: G. COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, in *Cass.*

«implicitamente richiesto da un sistema che fornisce una disciplina chiaramente orientata a limitare gli effetti e la rilevanza giuridica dei contributi provenienti da fonti non identificate»<sup>55</sup>.

La *ratio* di tale preclusione è che anche alla notizia di reato va riconosciuta una valenza gnoseologica. L'importanza della veridicità dei fatti in essa descritti dipende da due ordini di ragioni. Primo: la *notitia criminis*, sebbene solo da un punto di vista “descrittivo”, è la prima prova dei fatti in essa rievocati; di conseguenza, anche per questa si pone l'esigenza di fissare una soglia epistemica minima<sup>56</sup>. Secondo: il principio *in dubio pro reo* a preclude l'avvio di un procedimento allorché il punto di partenza sia incerto e scarsamente affidabile<sup>57</sup>.

L'inidoneità dell'anonimo ad avviare il procedimento penale è rafforzata dal divieto d'iscrizione della notizia nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. Esiste, infatti, un apposito “registro anonimi” (il mod. 46), le cui modalità di conservazione e aggiornamento sono regolate dal combinato disposto degli artt. 108 disp. att. e 5 reg. es.<sup>58</sup>. Le denunce anonime e gli altri atti giuridicamente equiparati non troveranno quindi ingresso negli atti processuali, né nel fascicolo del pubblico ministero né, *a fortiori*, in quello del dibattimento.

---

*pen.*, 2009, 4323; C. FANUELE, *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul “giusto” processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1546; EAD., *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali*, Cedam, 2012, 12 s.; A. GUSTAPANE, *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Ind. pen.*, 2010, 77 s.; M. MERCONE, *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, cit., 756 s.; N. ROMBI, *Anonimo, perquisizione e sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2082.

<sup>55</sup> Tale condivisibile considerazione è esposta da N. ROMBI, *Anonimo, perquisizione e sequestro*, cit., 2083.

<sup>56</sup> V. G. GARUTI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. III, Utet, 2009, 44.

<sup>57</sup> V. M. MERCONE, *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, cit., 751.

<sup>58</sup> Tale registro è custodito presso la procura della Repubblica con modalità tali da preservarne la riservatezza. Trascorsi cinque anni dalla data di ricezione, le informazioni anonime vanno distrutte; di tali operazioni va redatto verbale.

6. *I divieti in materia di testimonianza anonima indiretta. L'art. 195 comma 7 c.p.p.*

Dopo questa panoramica generale sulla normativa anti-anonimo, è tempo di concentrarsi sulla testimonianza anonima.

Lo sfavore che la legislazione processuale riserva alla figura probatoria in esame si ricava da tre ordini di disposizioni<sup>59</sup>. In primo luogo, rilevano le prescrizioni desumibili dagli artt. 497 comma c.p.p. (obbligo per il testimone di declinare le proprie generalità) e 510 c.p.p. (indicazione necessaria del nominativo del teste nel verbale di assunzione della testimonianza). Nello stesso senso, entrano in gioco gli artt. 349 e 347 comma 2 c.p.p., ai sensi dei quali la polizia giudiziaria è tenuta, rispettivamente, ad identificare la «persona nei cui confronti vengono svolte le indagini [nonché le] persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti» e ad informare il pubblico ministero su tutto quanto valga alla identificazione di questi soggetti; si tratta di norme che evidenziano come l'esigenza di «nominare» i contributi narrativi riguardi tutto il procedimento e non solo la fase dibattimentale.

Eguualmente significative sono le disposizioni che disciplinano i poteri delle parti in ordine alla valutazione della credibilità del testimone (valutazione che presuppone la conoscenza dell'identità): l'art. 194 comma 2 c.p.p., il quale consente che l'esame del dichiarante si estenda «ai rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità» e l'art. 236 comma 2 c.p.p., a norma del quale le sentenze irrevocabili di giudici italiani e stranieri e la documentazione relativa al casellario giudiziale sono acquisibili «al fine di valutare la credibilità di un testimone».

Infine, ci sono le prescrizioni che sbarrano la strada ai contributi narrativi anonimi introdotti in giudizio mediante lo schema del *relato refero*. Ed è proprio su tali figure probatorie che si concentrerà adesso la nostra attenzione.

---

<sup>59</sup> Uno sfavore che deve misurarsi, oggi, con la disciplina speciale di acquisizione della prova testimoniale prevista per gli agenti *undercover*. V. *infra*, sez. II.



Il primo precetto a venire in rilievo, è il comma 7 dell'art. 195 c.p.p., il quale fissa la «condizione minima»<sup>60</sup> di utilizzabilità della testimonianza indiretta: quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, le sue dichiarazioni sono inutilizzabili qualora si rifiuti o non sia in grado di identificare la fonte originaria<sup>61</sup>.

La previsione di tale requisito riflette l'ostilità del legislatore verso tutte le notizie non inquadrabili dal punto di vista soggettivo e dunque non valutabili nella loro reale consistenza, assicurando al contempo il funzionamento del meccanismo di verifica della fonte originaria prescritto dai commi 1 e 2 dell'art. 195<sup>62</sup>.

Si tratta di una disposizione che spiega i suoi effetti non solo in fase dibattimentale, ma nel corso di tutto il procedimento.

Molteplici sono gli itinerari interpretativi che conducono a tale ricostruzione. In primo luogo, l'applicabilità "ad ampio raggio" dell'art. 191 c.p.p. D'altra parte – come evidenziato da autorevole dottrina – «i *relata* da fonti anonime sarebbero pseudo-testimonianze anche se non li escludesse l'art. 195 comma 7 c.p.p.: [...] sono voci fatue, equivalenti al messaggio onirico»<sup>63</sup>. Infine, l'operatività del divieto al di fuori del giudizio può essere predicata sulla base del fatto che, nell'ambito dell'art. 195 c.p.p., il lemma "testimonianza" va inteso in senso atecnico ed è pertanto riferibile anche alle deposizioni rese in sede d'indagini<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> C. CESARI, *Testimonianza indiretta*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. I, Giuffrè, 2008, 1139.

<sup>61</sup> A differenza di altre disposizioni afferenti alla costellazione normativa anti anonimo, l'art. 195 comma 7 c.p.p. non è formulato in termini di non acquisibilità. Si è trattato, per il legislatore, di una scelta obbligata: il vizio della deposizione può in concreto rivelarsi solo dopo che la stessa sia stata assunta, al momento di valutare la risultanza probatoria.

<sup>62</sup> «La condizione di inutilizzabilità prevista dal settimo comma dell'art. 195 [...] traccia il limite oltre il quale lo "scarto conoscitivo", determinato dalla rappresentazione mediata del fatto, è stato ritenuto inaccettabile dal legislatore, in quanto il controllo sulla credibilità della prova resta comunque precluso: nessun valido apporto gnoseologico può trarsi da una testimonianza indiretta nella quale resti in ombra il momento genetico della conoscenza» osservano A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La "prova per sentito dire"*, Giuffrè, 2004, 369. V. anche G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Quaderni del dipartimento, Università degli studi di Trento, Alcione, 2002, 224-225.

<sup>63</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 680.

<sup>64</sup> V. C. CESARI, *Testimonianza indiretta*, cit., 1146.

Per quanto la disposizione appaia di formulazione piana e ne risulti agevolmente intuibile la *ratio*, si agitano tuttavia attorno ad essa alcune questioni, delle quali è opportuno dare conto.

In particolare, la giurisprudenza tende a respingere l'equiparazione fra il rifiuto di indicazione della fonte e la situazione del teste che, per ragioni indipendenti dalla sua volontà, non sia in grado di identificare la persona da cui ha avuto conoscenza dei fatti. In questa prospettiva, ha affermato il principio per cui la regola di esclusione non opera in relazione all'«anonimato incolpevole»: «l'inutilizzabilità [...] si ricollega alla volontà, diretta o indiretta, della fonte primaria di non consentire la verifica di quella secondaria. Ne consegue che il predetto divieto non opera allorché il soggetto dichiarante abbia indicato la sua fonte immediata, senza tuttavia fornire le generalità, e quest'ultima non possa essere sottoposta all'esame perché non identificabile o per altra causa»<sup>65</sup>.

L'irragionevolezza di tale lettura si ricava, *in primis*, dal dato testuale: la disposizione, infatti, fa riferimento indifferentemente al caso in cui la fonte diretta non possa o non voglia indicare il teste di prima mano.

In secondo luogo, è la *ratio* della disciplina a contrapporsi a tale ricostruzione; l'obiettivo preso di mira dal legislatore non è quello di sanzionare l'atteggiamento di non collaborazione della fonte processuale, bensì di mettere al bando informazioni sulle quali non sia esercitabile alcuna forma di controllo. A rilevare, pertanto, non è l'*animus* del dichiarante *de relato*, ma il dato oggettivo della mancata conoscenza della fonte primaria, la quale – a prescindere dalla causa che l'ha generata – toglie alle parti e al giudice la possibilità di verificare la veridicità del racconto riferito e la credibilità del *loquens*<sup>66</sup>.

Un altro snodo interpretativo suscettibile di avallare interpretazioni elusive del divieto si cela dietro al termine «indicare». In particolare, la questione che si pone all'interprete è la seguente: quand'è che può considerarsi assolto lo «sforzo

---

<sup>65</sup> V. Cass., sez. V, 15 febbraio 2016, De Blasi, in *C.E.D.*, Rv 267698; Cass., sez. VI, 15 ottobre 2008, Baratta, in *C.E.D.*, Rv 243186; Cass., sez. V, 3 maggio 1996, Nocchiero, in *C.E.D.*, Rv 205867. *Contra*: Cass., sez. V, 26 giugno 2001, Busatta, in *C.E.D.*, Rv 219702.

<sup>66</sup> V. A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, cit., 369; A. CISTERNA, *L'impossibilità di controllare la fonte non reticente consente l'acquisizione delle dichiarazioni raccolte*, in *Guida al diritto*, 2010, f. 40, 84.

identificativo” demandato al teste indiretto affinché la sua deposizione risulti ammissibile? Deve offrire informazioni idonee a consentire l’individuazione del teste di prima mano o basta che offra informazioni suscettibili di provarne l’esistenza?

Anche sotto questo profilo, è stata avanzata l’opinione di un’eccessiva severità della norma, sostenendo che se il testimone si riferisce a persona sicuramente esistente, quantunque non identificabile, non appare congrua, né scontata, l’inutilizzabilità della sua deposizione. Di qui, il radicamento nella prassi di letture riduttive della regola di esclusione, la quale non opererebbe «in maniera automatica ogni qualvolta il testimone non [sia] in grado di fornire elementi idonei ad una univoca ed immediata identificazione della fonte delle informazioni da lui riferite, ma solo quando, per effetto di tale omessa identificazione, non sia possibile discutere, sulla base di dati certi e non seriamente controvertibili, dell’esistenza e dell’attendibilità di tale fonte»<sup>67</sup>.

Sulla scorta di tale impostazione, dunque, il termine «indicare» andrebbe inteso non come informazione completa sui dati anagrafici, bensì come «dato oggettivo, in forza del quale risulti indubitabile la sua reale esistenza quale soggetto costituente fonte originaria e diretta della notizia»<sup>68</sup>.

In realtà, nel valutare la correttezza di tale impostazione bisogna ragionare, anche una volta, sulla *ratio* della disciplina in esame. L’esigenza ineludibile alla base del meccanismo esclusorio dell’art. 195 comma 7 c.p.p. non è (solo) quella di accertare l’esistenza della persona da cui il teste indiretto ha appreso le conoscenze riversate nel processo (tutelando le parti ed il giudice dalla falsità della dichiarazione *de relato*), bensì di garantire un controllo di conoscenza sulla fonte originaria<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> V. Cass., sez. II, 4 marzo 2015, Amaddio, in *C.E.D.*, Rv 264015; Cass., sez. VI, 14 maggio 2014, Romeo, in *C.E.D.*, Rv 260251.

<sup>68</sup> Cass., sez. III, 3 luglio 2008, Belmonte, in *C.E.D.*, Rv 240758.

<sup>69</sup> «Che la dichiarazione *de relato* possa essere in sé veritiera e attendibile e, al contempo, falso o inattendibile il suo contenuto è circostanza del tutto ovvia e connaturata al fenomeno della testimonianza di secondo grado cui proprio il comma 7 dell’art. 195 c.p.p. cerca di porre rimedio. Sicché restringere il perimetro applicativo della disposizione alla generica sussistenza di un dubbio circa l’esistenza della fonte di primo grado appare fuorviante» osserva G. GALLUCCIO MEZIO, *Utilizzabilità nel giudizio abbreviato dei dicta di persona non identificata riportati in annotazione di*

Un terzo “equivoco” veicolato dalla giurisprudenza in materia di testimonianza indiretta da fonte anonima deriva da una non corretta configurazione dei rapporti che legano il comma 7 e il comma 3 dell’art. 195 c.p.p. La disposizione da ultimo citata indica i casi eccezionali in cui è possibile utilizzare la deposizione *de relato*, pur in mancanza dell’escussione del teste primario. Le ipotesi contemplate sono quelle dell’impossibilità di assunzione della testimonianza dovuta a morte, infermità o irreperibilità.

In alcune pronunce, la Cassazione ha esteso l’ambito applicativo di quest’ultima fattispecie derogatoria all’ipotesi di mancata identificazione del dichiarante primario. In sostanza, ha affermato che la nozione di irreperibilità ricomprenderebbe sia l’impossibilità di rintracciare il soggetto sia quella di individuarlo, che della prima costituisce l’antecedente logico<sup>70</sup>.

Tale opzione ermeneutica è stata oggetto, in dottrina, di fondate critiche. Si è osservato come la questione dell’irreperibilità presupponga logicamente e necessariamente già risolta quella dell’identificazione. Il testimone dovrà considerarsi non rintracciabile solo allorquando, una volta individuato, non sia stato possibile notificargli la citazione a comparire<sup>71</sup>.

D’altro canto, si è lamentato che la “tesi estensiva” si risolve, di fatto, in una *interpretatio abrogans* dell’art. 195 comma 7 c.p.p.<sup>72</sup>.

C’è da dire, tuttavia, che la Suprema Corte pare aver cambiato idea sul punto, aderendo a un’impostazione più fedele al testo e allo spirito della norma. In un paio di casi – più recenti rispetto alla giurisprudenza sopra richiamata – in cui ha avuto modo di confrontarsi con il problema ha avallato un’esegesi restrittiva del comma 3

*polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 3912. V. anche A. CISTERNA, *L’impossibilità di controllare la fonte non reticente*, cit., 84.

<sup>70</sup> V. Cass., sez. III, 13 giugno 1997, Cannavò, in *C.E.D.*, Rv 209355 nella quale si è affermato, peraltro, che una lettura restrittiva del concetto di irreperibilità è «insostenibile nel nostro ordinamento» poiché «si pone in contrasto con il principio del libero convincimento del giudice» (!). V. anche Cass., sez. V, 3 maggio 1996, Nocchiero, in *C.E.D.*, Rv 205868.

<sup>71</sup> A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La prova “per sentito dire”*, cit., 384-385; C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti d’indagine*, Giuffrè, 1999, 144.

<sup>72</sup> V. B. MERCURI, *La nozione di irreperibilità nella tematica della testimonianza indiretta*, in *Giur. it.*, 1994, c. 82.

dell'art. 195 c.p.p., sostenendo che «la testimonianza indiretta è utilizzabile solo in caso di irreperibilità del testimone primario e non anche nel caso in cui quest'ultimo non sia stato identificato, atteso che la legge - prescindendo dalla volontà del dichiarante - pone a carico della parte che abbia interesse all'utilizzazione della testimonianza indiretta o, in mancanza, del giudice, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., l'obbligo di compiere ogni accertamento utile all'identificazione del testimone diretto, in vista del diritto delle parti di chiederne l'escussione»<sup>73</sup>.

Nella gamma delle interpretazioni riduttive del divieto se ne annovera una specificamente riferita all'ammissibilità delle dichiarazioni anonime *de relato* nell'ambito del giudizio abbreviato.

In particolare, la giurisprudenza ha affermato che l'art. 195 comma 7 c.p.p. si applica «nel giudizio abbreviato solo nell'ipotesi in cui la parte abbia subordinato l'accesso al rito ad un'integrazione probatoria costituita dall'assunzione del teste indiretto e se, nonostante l'audizione, sia rimasta non individuata la fonte dell'informazione»<sup>74</sup>.

La tesi che subordina l'operatività del divieto alla condizione che la deposizione del testimone indiretto sia effettivamente assunta nel rito speciale non convince per due ordini di ragioni. In primo luogo, poiché, come ribadito in più occasioni, la regola di esclusione che interessa le dichiarazioni anonime *de relato* opera in ogni fase procedimentale.

In secondo luogo, si ammetterebbe, per questa via, che il consenso «incondizionato» prestato per accedere all'abbreviato legittimi l'impiego di prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge<sup>75</sup>. La tesi è insostenibile: l'inutilizzabilità assoluta è categoria non disponibile su basi consensualistiche<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Cass., sez. V, 26 giugno, 2001, Busatta, in *C.E.D.*, Rv 219702. Più di recente, v. Cass., sez. III, 2 marzo 2010, Hoxha, in *C.E.D.*, Rv 246611.

<sup>74</sup> Cass., sez. III, 29 gennaio 2008, G., in *C.E.D.*, Rv 239080.

<sup>75</sup> G. GALLUCCIO MEZIO, *Utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, cit., 3913.

<sup>76</sup> V. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *C.E.D.*, Rv 225467, nella quale si chiarisce che «il legislatore, nell'optare per la drastica sanzione dell'inutilizzabilità, ha inteso sottolineare che, in tale ipotesi, ci si trova di fronte a materia indisponibile, in cui gli effetti dell'atto assunto in violazione del precetto normativo sono determinati dallo stesso legislatore, senza possibilità per le parti di farvi

Come chiarito dalle Sezioni unite<sup>77</sup>, la richiesta di accesso al rito abbreviato implica la neutralizzazione della regola di esclusione di cui all'art. 526 comma 1 c.p.p., ma non comporta alcuna "sanatoria" degli elementi di prova colpiti da inutilizzabilità patologica.

#### 7. *La testimonianza de relato da fonte confidenziale.*

Il divieto di introdurre nel processo, mediante il ricorso alla testimonianza "di secondo grado", informazioni di provenienza ingota è disciplinato, in via generale, dal comma 7 dell'art. 195 c.p.p., il quale – come abbiamo visto – relega nell'irrilevanza le dichiarazioni con cui il testimone riporti, nel corso dell'esame, circostanze apprese da una persona della quale non sa o non vuole svelare il nome. Esiste, tuttavia, anche un'ipotesi speciale di testimonianza indiretta da fonte anonima, regolata dall'art. 203 c.p.p.

La disposizione in esame concerne il regime d'uso delle notizie pervenute alla polizia giudiziaria o al personale dei servizi di sicurezza da «informatore», vale a dire quei soggetti che, «agendo di regola dietro compenso di denaro o in vista di altri vantaggi, forniscono alla polizia giudiziaria occasionalmente, ma con sistematicità, notizie riservate»<sup>78</sup>.

Sulla scorta della definizione offerta, sono essenzialmente due i tratti qualificanti il "confidente": un rapporto fiduciario contrassegnato da un minimo di stabilità con le forze dell'ordine<sup>79</sup> e l'anonimato quale presupposto della collaborazione<sup>80</sup>.

---

acquiescenza». In dottrina, v. F. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, 247; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., 525 s.

<sup>77</sup> Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *C.E.D.*, Rv 216246.

<sup>78</sup> Cass., sez. II, 7 novembre 2007, Montagnese, in *C.E.D.*, Rv 239265; Cass., sez. VI, 12 giugno 2001, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 335; la sentenza è riportata anche da *Cass. pen.*, 2003, 1264 con nota di G. DE STEFANO.

<sup>79</sup> V. A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, cit., 284; P. BRONZO, *Le modificazioni in materia di informazioni confidenziali*, cit., 122; P. BRUNO, *Informatore di polizia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, 9.

Considerati per tradizione come delle figure detestabili sotto il profilo morale<sup>81</sup>, gli informatori si rivelano, tuttavia, uno degli strumenti più efficaci per accedere negli ambienti della delinquenza, «ove certo non potrebbero penetrare né utilmente operare il commissario con tanto di sciarpa e meno ancora il magistrato, cinto e drappeggiato di toga»<sup>82</sup>. Si tratta, infatti, di soggetti legati al mondo della criminalità, i quali, per tale ragione, custodiscono giacimenti preziosi d'informazioni.

È, dunque, per esigenze eminentemente pratiche che si sostiene l'irrinunciabilità del contributo dei confidenti<sup>83</sup>, «importante arnese poliziesco»<sup>84</sup> nella lotta contro il crimine<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Cass., sez. VI, 22 maggio 2003, Corteggiano, in *C.E.D.*, Rv 226201. In dottrina, v. V. PISANI, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Giuffrè, 2007, 47 s.

<sup>81</sup> Un'«arma investigativa odiosa» per P. BRUNO (*Informatori di polizia*, cit., 12). V. anche A. SCAGLIONE, *Nuove previsioni in tema di informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza*, in AA. VV., *Giusto processo: nuove norme per la formazione e la valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Cedam, 2001, 329.

<sup>82</sup> V. GIANTURCO, *Il confidente di polizia*, in *Riv. pol.*, 1968, 18.

<sup>83</sup> Esigenze di cui ha preso atto la Corte Costituzionale, la quale, nel ritenere infondati i dubbi di legittimità costituzionale sollevati in ordine alla tutela del confidente di polizia nel codice previgente (nel 1968, in ordine agli artt. 3 e 109 Cost., e nel 1970 in ordine agli artt. 3 e 24 Cost.: per un'analisi delle pronunce, v. V. PISANI, *op. cit.*, 134 s.) ha sottolineato come il segreto di polizia trovi il suo fondamento nell'interesse alla realizzazione della giustizia che, fra l'altro, vale ad assicurare l'esercizio di tutte le libertà ed è garantito in via primaria dalla costituzione (Corte Cost., 21 novembre 1968, n. 114); e, ancora, che «l'esperienza storica, l'attenta valutazione della realtà sociale in cui viviamo, la constatazione che analoghe forme di tutela del segreto di polizia sussistono anche in altri ordinamenti, che non meno del nostro si ispirano alla democrazia e alla difesa dei diritti inviolabili dell'uomo, inducono a ritenere che non irragionevolmente il legislatore ha considerato quella tutela necessaria alla repressione dei reati: ad uno scopo che coincide con un interesse generale di tutta la collettività e, nello stesso tempo, con l'interesse di quanti, vittime di azioni criminose, hanno pur diritto a far valere le loro ragioni innanzi al giudice e tale diritto vedono di fatto salvaguardato anche nella misura in cui alla polizia giudiziaria riesca di ricercare i colpevoli e di assicurare le prove dei reati» (Corte Cost., 26 novembre 1970, n. 175).

<sup>84</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 696. «Fonte «sgradevole» ma necessaria» per Cass., sez. VI, 5 luglio 2004, Pacini Battaglia, in *C.E.D.*, Rv 230463.

<sup>85</sup> Il beneficio per la giustizia non è immediato, ma emerge nel medio-lungo periodo, come risultato di un «trade-off» (così lo definisce M. PANZAVOLTA, *Art. 203*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, 2014, 825) consistente nel

La materia – come dicevamo – è regolata dall’art. 203 c.p.p., il quale dispone che «il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate».

La disposizione consta di due precetti distinti: l’esonero dall’obbligo di rivelare all’autorità giudiziaria i nomi degli informatori, da una parte; condizioni e limiti per l’uso delle fonti confidenziali, dall’altra. Nel complesso, il legislatore tenta un (difficile) bilanciamento fra la tutela del segreto di polizia e l’esigenza di garantire il diritto di difesa, impedendo che «determinati fatti vengano riferiti in dibattimento disgiuntamente dalla fonte»<sup>86</sup>.

Lo *ius tacendi*<sup>87</sup> è riconosciuto agli ufficiali di polizia giudiziaria e al personale dipendente dai servizi di sicurezza (il riferimento va all’agenzia per l’informazione e la sicurezza interna (A.I.S.I.), l’agenzia per l’informazione e la sicurezza esterna (A.I.S.E.), nonché il dipartimento delle informazioni per la sicurezza (D.I.S.) ex artt. 4, 6 e 7 della legge 3 agosto 2007, n. 124). La diversità soggettiva della categoria si ripercuote sull’oggetto delle notizie apprese dai “delatori”, che attengono, quando a venire in rilievo sono i servizi, a fatti suscettibili di pregiudicare l’integrità dello Stato<sup>88</sup>.

La norma non prevede che l’autorità giudiziaria<sup>89</sup> possa scavalcare il silenzio serbato dal dichiarante ed imporre il disvelamento della fonte<sup>90</sup>, salvo in

---

«rinunciare, oggi, ad una eventuale integrazione delle indagini, per non pregiudicare, domani, la possibilità di altre indagini, relative a fatti diversi, penalmente rilevanti» (G. GALLI, *Dubbi sulla legittimità costituzionale del “segreto di polizia”*, in *Giur. cost.*, 1968, 2053).

<sup>86</sup> P. BRUNO, *Informatori di polizia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, 7.

<sup>87</sup> Il rifiuto di rivelare l’identità del confidente è oggetto di una facoltà, l’esercizio della quale è interamente rimesso alla discrezionalità del dichiarante. V. V. PISANI, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, cit., 125-126. Critico sul punto, M. PANZAVOLTA, *Art. 203*, cit., 827-828.

<sup>88</sup> Sottolinea tale differenza, R. ORLANDI (*Atti e informazioni dell’autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992, 122).

<sup>89</sup> L’identità del confidente è tutelata anche nei confronti del pubblico ministero, in forza del richiamo all’art. 203 da parte dell’art. 362 c.p.p. Ravvisano in tale assetto un sovvertimento del rapporto di



un'occasione: ai sensi dell'art. 204 comma 1-*bis* c.p.p., il segreto sui nomi degli informatori non può essere opposto nell'ambito di procedimenti che hanno ad oggetto le condotte illecite poste in essere da parte dei membri dei servizi di sicurezza in violazione degli artt. 17 e 18 della legge 3 agosto 2007, n. 125<sup>91</sup>.

In sostanza, se il dipendente di una delle agenzie per l'informazione e la sicurezza commette un reato in relazione al quale non opera la speciale causa di giustificazione prevista dalla legge, nel susseguente procedimento celebrato a suo carico i servizi non potranno celare il nome degli informatori in possesso di notizie concernenti i fatti oggetto di accertamento: l'interesse a perseguire gli illeciti compiuti dagli agenti in violazione dei doveri istituzionali prevale sull'interesse a preservare il segreto sulle fonti confidenziali<sup>92</sup>.

---

dipendenza funzionale tra polizia e magistratura fissato dall'art. 109 Cost., P. BRUNO, *Informatori di polizia*, cit., 11; R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., 119 s.; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, vol. XVI, a cura di G. Ubertis-G.P. Voena, 2011, 317.

<sup>90</sup> E nemmeno operare un controllo sulle ragioni del riserbo. V. A. SCALFATI, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del convegno Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, 159.

Per alcune considerazioni in merito alle ricadute che un regime così intenso di tutela del segreto di polizia produce sul diritto di difesa (nell'ipotesi in cui le notizie veicolate dal confidente siano favorevoli all'imputato), v. *infra*, § 9.

<sup>91</sup> Tali disposizioni configurano una speciale causa di giustificazione in ordine alle condotte, astrattamente costituenti reato, la cui commissione si riveli indispensabile alle finalità istituzionali dei servizi e purchè siano poste in essere nell'ambito di un'attività debitamente autorizzata, indispensabili e proporzionate al conseguimento degli obiettivi dell'operazione ed effettuate in modo tale da recare il minor danno possibile agli interessi lesi. V. *infra*, sez. II, § 7, nota 74.

<sup>92</sup> Il medesimo regime derogatorio non sembrerebbe operare nell'ambito di procedimenti che hanno ad oggetto reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale nonché i delitti di strage, devastazione, saccheggio, associazione mafiosa e scambio elettorale politico-mafioso. Nonostante l'art. 204 comma 1 c.p.p. escluda l'operatività del segreto di polizia con riferimento a fatti, notizie e documenti concernenti tali reati, l'art. 66 comma 1 disp. att. (entrato in vigore sei mesi dopo l'emanazione del codice) dispone che «nei fatti, notizie e documenti indicati nell'art. 204 comma 1 del codice non sono compresi i nomi degli informatori», con l'effetto di «estirpare virtualmente» dall'art. 204 il riferimento all'art. 203 (v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 697).

Ne deriva un sistema fortemente sbilanciato: se è vero che la tutela del segreto sulle fonti confidenziali è cedevole rispetto all'esigenza di accertare gli illeciti non autorizzati dei membri dei

L'art. 203 c.p.p. sembra *prima facie* porsi in relazione di antinomia con il divieto di testimonianza indiretta del personale di polizia giudiziaria *ex art.* 195 comma 4 c.p.p. Il senso di tale contraddizione è presto detto: la previsione della facoltà di opporre il segreto sull'identità dei confidenti nel corso dell'esame testimoniale presuppone che l'ufficiale di polizia possa essere sentito in merito alle dichiarazioni apprese nell'ambito dei colloqui con i propri informatori; possibilità che sembrerebbe negata dal comma 4 dell'art. 195 c.p.p.

In realtà, le due norme convivono senza attriti: la deposizione *de relato* sulle notizie da fonte confidenziale non cade nel perimetro applicativo del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria.

La dottrina è incline a ricondurre l'ipotesi in esame agli «altri casi» fatti salvi dalla disposizione<sup>93</sup>, collocando i colloqui con gli informatori al di fuori del quadro delle attività investigative funzionalmente rivolte all'assunzione di sommarie informazioni testimoniali<sup>94</sup>.

A parere di chi scrive, tuttavia, il divieto di deporre va considerato inapplicabile nel caso di specie non tanto perché le situazioni descritte configurino

servizi, appare paradossale che esso prevalga con riferimento ai reati di eversione dell'ordinamento costituzionale, i quali configurano una minaccia uguale se non superiore per l'ordinamento. Tale disparità di trattamento sembra pertanto esposta al rischio di una declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

<sup>93</sup> V. P. BRONZO, *Le modificazioni in tema di informazioni confidenziali*, cit., 120 s.; G. SPANGHER (*Le dichiarazioni dei confidenti di polizia*, in AA. VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, 2001, 164). Per F. CAPRIOLI (*Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto costituzionale*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, 2002, 84), invece, la “convivenza” delle due previsioni non deriva dall'autonomia della situazione descritta nella disposizione che tutela il segreto di polizia rispetto a quella che cade sotto la scure del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria, ma dipende dal fatto che «l'art. 203 eccezionalmente ammette ciò che altrimenti sarebbe vietato *ex art.* 195 comma 4 c.p.p.».

<sup>94</sup> Il criterio distintivo fra gli atti che rientrano nel cono applicativo del divieto e quelli che stanno fuori «resta sempre legato al formale svolgimento della specifica funzione di assumere sommarie informazioni. Insomma, perché il divieto non operi, non deve trattarsi di un testimone che – come tale – riferisce all'organo di polizia in quanto deputato ad acquisire le sue dichiarazioni». G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, 664.

«altri casi» rispetto a quelli elencati dalla norma, quanto piuttosto perché si può escludere che la deposizione abbia ad oggetto notizie «acquisite da testimoni».

Le dichiarazioni dell'informatore, infatti, non sembrano qualificabili alla stregua di «dichiarazioni testimoniali». Le peculiarità che contraddistinguono la figura del confidente e i termini del patto di collaborazione stretto con la polizia escludono l'inquadramento dello stesso in termini di “testimone”; egli, infatti, fornisce un contributo alle indagini a condizione di rimanere nell'ombra; una prospettiva molto diversa da quella con la quale l'autorità inquirente si rivolge alle persone informate sui fatti, suscettibili, queste sì, di divenire potenziali testimoni<sup>95</sup>. Trattandosi, dunque, di testimonianza *de relato*, ma non sul contenuto di informazioni testimoniali, la disciplina applicabile è quella prevista in via generale dall'art. 195 c.p.p.

In ogni modo, a prescindere dall'impostazione accolta fra le due che si sono proposte, il risultato, sul piano dei rapporti fra art. 195 comma 4 e 203 c.p.p., è il medesimo: non si configura, fra le norme, una relazione di “reciproca negazione”.

Il riconoscimento dello *ius tacendi* sui nomi degli informatori ha dei costi evidenti in termini di verificabilità delle notizie riferite; ecco perché il legislatore vieta, nel caso in cui il funzionario di polizia intenda avvalersi di tale facoltà, l'acquisizione e l'utilizzazione della testimonianza indiretta sulle dichiarazioni ricevute dal confidente. A meno che, una volta rimosso il segreto, la fonte diretta non venga escussa.

Rispetto alla disciplina prescritta dall'art. 195, l'art. 203 stabilisce una condizione più rigorosa per l'utilizzabilità della deposizione *de relato*: non basta che l'identità del soggetto sia rivelata, ma occorre che quest'ultimo sia a sua volta sottoposto ad esame; né rilevano – al fine di consentire l'impiego probatorio in mancanza di tale escussione – le cause ostative previste dal comma 3 dell'art. 195

---

<sup>95</sup> Tant'è che il contributo informativo dei confidenti è di norma acquisito informalmente e trasfuso in annotazioni, senza che sussista un obbligo – di converso esistente per l'assunzione di dichiarazioni testimoniali – di documentazione mediante verbale.

In ordine alla distinzione e alla non sovrapposibilità fra le figure del testimone e del confidente, si rinvia a V. PATANÈ, *Testimoni e confidenti*, in *Giust. pen.*, 1983, III, 124.

c.p.p.<sup>96</sup>. Sussiste una correlazione biunivoca, dunque, fra l'impiego della testimonianza indiretta e l'esame dell'informatore<sup>97</sup>.

Questo più rigido regime d'uso – in forza del quale «le informazioni confidenziali hanno valore solo se vengono riscontrate direttamente dalla fonte»<sup>98</sup> – tiene conto delle peculiarità soggettive del delatore e della circostanza che quest'ultimo fornisce notizie alle autorità inquirenti a fronte della garanzia dell'anonimato<sup>99</sup>.

A tale ricostruzione si oppone una diversa tesi che vede nell'art. 203 una disposizione non speciale, bensì integrativa dell'art. 195 comma 7 c.p.p.

Secondo tale orientamento – il quale sembra aver ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale<sup>100</sup> – quando l'ufficiale di polizia rivela il nome della fonte primaria, si refluiscie nella disciplina generale della testimonianza indiretta<sup>101</sup>; *ergo*, la mancata

---

<sup>96</sup> Ciò significa che, in caso di morte, infermità o irreperibilità della fonte primaria, la testimonianza *de relato* sul contenuto delle informazioni confidenziali sarà comunque vietata, a prescindere dalla circostanza che l'identità dell'informatore sia resa nota.

<sup>97</sup> La giurisprudenza ha chiarito che il divieto probatorio *ex art.* 203 trova applicazione non solo rispetto alla prova testimoniale indiretta, ma anche alle forme di documentazione di atti d'indagine eseguite dalla polizia giudiziaria (in particolare, registrazioni fonografiche dei colloqui con gli informatori), potendosi altrimenti legittimare pericolose elusioni della regola di esclusione. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *C.E.D.*, Rv 225469.

<sup>98</sup> M. PANZAVOLTA, *Art. 203*, in *Commentario breve*, cit., 828.

<sup>99</sup> P. BRONZO, *Le modificazioni in tema di informazioni confidenziali*, cit., 119; P. BRUNO, *Informatori di polizia*, cit., 8; V. PISANI, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, cit., 202 s. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit., nella quale la Cassazione sottolinea la necessità di un regime d'uso più rigoroso rispetto alla fattispecie “semplice” di testimonianza indiretta: «il materiale probatorio proveniente dai confidenti di polizia, infatti, in quanto di norma assunto nel segmento dell'attività investigativa più lontano e refrattario al controllo giurisdizionale, è oggettivamente pericoloso e inaffidabile, tanto più quando venga acquisito in forma mediata; da qui l'obbligatorietà della diretta escussione del confidente, se ne vengano indicate le generalità».

<sup>100</sup> La Corte ha infatti sancito che il regime normativo dell'art. 203 è connesso «al perdurare del carattere di anonimato della fonte informativa» e che pertanto, nell'ipotesi in cui il nome della fonte venga rivelato a seguito del suo decesso si ricade invece nell'ipotesi disciplinata dalla testimonianza indiretta.

<sup>101</sup> G. CAROFIGLIO, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2005, 122 s.; P. GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4*

escussione del confidente, dovuta a morte, infermità o irreperibilità, autorizza l'impiego probatorio della deposizione *de relato*<sup>102</sup>.

Si tratta, tuttavia, di una lettura in contrasto con il dato testuale e che per giunta rischia di deprimere il principio del contraddittorio, nella misura in cui legittima che informazioni pervenute tramite canali – quelli confidenziali – intrinsecamente inaffidabili possano fondare una pronuncia di colpevolezza.

Un altro profilo di specialità della testimonianza *de relato* da fonte confidenziale consiste nella previsione, in chiave rafforzativa dell'interdizione all'uso probatorio, del divieto di acquisizione delle notizie. Mentre, ai sensi dell'art. 195 c.p.p., la testimonianza viene immancabilmente ammessa, ma «con riserva di ammissibilità»<sup>103</sup>, l'*iter* risulta invertito con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 203 c.p.p. In questo caso, l'escussione del funzionario di polizia potrà avvenire, di regola, solo dopo quella del confidente. La differenza di trattamento risulta comprensibile se si considera che il pubblico ministero, prima di citare il personale di polizia o dei servizi, sonda la disponibilità a rivelare le rispettive fonti<sup>104</sup>.

La legge 1 aprile 2001, n. 63 ha inserito all'art. 203 un comma 1-*bis*, secondo cui «l'inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni». L'intento perseguito dal legislatore è stato quello di debellare prassi che fino alla modifica ammettevano un impiego probatorio delle notizie confidenziali nel corso delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare. Tuttavia – come abbiamo già avuto

---

*c.p.p.*), in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Cedam, 2001, 275.

<sup>102</sup> A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, cit., 301. In giurisprudenza, v. Cass., sez. IV, 15 dicembre 2011, Damiano, in *C.E.D.*, Rv 252730, pur se riferita a decisione in materia di autorizzazione delle intercettazioni.

<sup>103</sup> G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato*, cit., 223.

<sup>104</sup> V. P. BRUNO, *Informatori di polizia*, cit., 8.

In ogni caso, se la notizia dovesse saltare fuori nel corso dell'esame dibattimentale del funzionario e ammesso che, in tal caso, quest'ultimo acconsenta a schiudere il segreto, la deposizione *de relato* dovrebbe essere rinviata sino all'escussione dell'informatore.

modo di osservare – la novella non ha fatto nulla di più che enunciare espressamente una regola che avrebbe già dovuto ricavarsi dal sistema<sup>105</sup>.

Al fondo di questa analisi sulla disciplina legislativa delle notizie confidenziali, è opportuno richiamare alcuni orientamenti della prassi, volti a corcoscrivere la regola di esclusione.

In particolare, s'impongono all'attenzione dell'interprete alcune pronunce in cui è stato affermato il principio per cui l'impiego di informazioni confidenziali a fondamento del provvedimento di autorizzazione di intercettazioni telefoniche rende inutilizzabili i risultati dell'attività di captazione soltanto «quando esse abbiano costituito l'unico elemento oggetto di valutazione ai fini degli indizi di reità»<sup>106</sup>.

Una diversa operazione riduttiva è condotta distinguendo, ai fini dell'operatività del divieto, a seconda che l'anonimo concerna la valutazione della piattaforma indiziaria suscettibile di legittimare, in fase d'indagine, la restrizione di alcune libertà costituzionalmente garantite, ovvero se attenga ad altri profili della decisione. In merito a tale aspetto, la Cassazione ha affermato che l'uso di fonti confidenziali è ammesso, ai fini dell'autorizzazione di intercettazioni, «in relazione agli elementi necessari per individuare i siti dove allocare gli apparati tecnici necessari per l'esecuzione delle operazioni»<sup>107</sup> e qualora l'informatore «si limiti a riferire agli inquirenti il numero dell'utenza utilizzata dall'indagato già autonomamente attinto da gravi indizi di reità per il reato oggetto del procedimento»<sup>108</sup>.

I due orientamenti richiamati meritano, a parere di chi scrive, un diverso giudizio. Mentre l'affermazione secondo cui l'anonimo è utilizzabile per provare i gravi indizi di reato richiesti dall'art. 267 c.p.p. a condizione che sussistano dei riscontri comporta un aggiramento dei limiti posti dalla legge e integra, pertanto, un'interpretazione parzialmente elusiva del divieto di cui all'art. 203 c.p.p.<sup>109</sup>, la tesi che esclude l'interdizione all'uso delle fonti confidenziali in relazione ad aspetti

---

<sup>105</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>106</sup> Cass., sez. VI, 15 aprile 2014, Pascali, in *C.E.D.*, Rv 260456; Cass., sez. VI, 3 dicembre 2007, Ortiz, in *C.E.D.*, Rv 239458.

<sup>107</sup> Cass., sez. I, 13 luglio 2011, Caruso, in *C.E.D.*, Rv 250816.

<sup>108</sup> Cass., sez. IV, 16 novembre 2007, El Karfi, in *C.E.D.*, Rv 238254.

<sup>109</sup> V. *supra*, § 5.

diversi della decisione investigativa non sembra depotenziare, restringendola, la regola di esclusione; si tratta, viceversa, di un orientamento volto a chiarire, confermandoli, i confini del divieto. Quando l'anonimo è impiegato per individuare il numero da sottoporre ad intercettazione o i luoghi in cui installare le microspie ai fini di una captazione ambientale non se ne fa un "uso processuale" – interdetto dalla norma – bensì "orientativo"; esso funge semplicemente da "occasione", "precedente storico" e non giuridico<sup>110</sup>.

#### 8. *Le voci correnti nel pubblico.*

Il tema della testimonianza *de relato* da fonte anonima richiama all'attenzione la problematica delle "voci correnti nel pubblico"; di quella particolare fenomenologia probatoria, cioè, il cui oggetto è costituito dalla "pubblica fama", dalle "dicerie", dai "*rumors*": un tipo d'informazione per definizione non controllabile<sup>111</sup>.

Il testimone, infatti, non indica la fonte della notizia: egli ha appreso il fatto da svariate persone delle quali non saprebbe indicarne nessuna che ne abbia conoscenza diretta. È dunque non verificabile, in linea di principio, sia la verità della circostanza che la notizia gli sia stata riferita sia, soprattutto, la veridicità intrinseca della conoscenza riportata nel processo.

Ai sensi dell'art. 194 comma 3 c.p.p., il testimone «non può deporre sulle voci correnti nel pubblico»<sup>112</sup>. Il legislatore pone, dunque, un limite contenutistico alla testimonianza teso a sbarrare la strada ai «rilievi *de fama*»<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> In merito alla distinzione fra "uso processuale" ed orientativo dell'anonimo, si rinvia alle considerazioni svolte al § 5.

<sup>111</sup> «Quelle [...] che si formano, si propagano senza che se ne possa individuare l'origine». Così A. DESSI, *Le notizie anonime nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1972, 273.

<sup>112</sup> La disposizione trova un'armonica corrispondenza nell'art. 234 comma 3, che vieta l'acquisizione di documenti contenenti informazioni sulle voci correnti nel pubblico.

<sup>113</sup> V. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 679, il quale scorge nella regola di esclusione anche un altro valore: in sinergia con le altre direttive contenute nel comma 3 dell'art. 194 – il divieto di

La fattispecie è concettualmente assimilabile ad una testimonianza indiretta di grado indefinito, e quindi, di fonte incerta<sup>114</sup>. In particolare, la differenza con la figura probatoria descritta dall'art. 195 comma 7 c.p.p. sta nell'indeterminatezza della provenienza dell'informazione: nell'un caso, riferibile ad una molteplicità imprecisabile (e insuscettibile di essere messa a fuoco) di persone; nell'altro, ad una o più persone specifiche, individuate (ancorché non identificate) o individuabili<sup>115</sup>.

Con riferimento al profilo da ultimo richiamato, la giurisprudenza ha chiarito che il divieto in esame non opera nel caso in cui le informazioni veicolate dal teste derivino da una cerchia determinata e individuabile di persone, quale i membri di un'associazione a delinquere<sup>116</sup> o i frequentatori abituali di un circolo, un *club* o comunque i soggetti appartenenti ad un contesto sociale "chiuso"<sup>117</sup>.

Una delle questioni che tradizionalmente hanno segnato la tematica delle voci correnti è l'indebita sovrapposizione, avallata dalla giurisprudenza, alla categoria del "fatto notorio".

In particolare, nella prassi si è spesso assistito all'espedito di qualificare la "pubblica voce" in "fatti di pubblica notorietà", nell'intento di renderla ammissibile.

I fatti di pubblica notorietà sono, per verità, cosa diversa dal fatto notorio, pur gravitando nella medesima orbita concettuale. Tale differenza emerge chiaramente dall'elaborazione dottrinale sviluppata nella vigenza del codice Rocco, mentre sembra essersi persa con il passaggio al nuovo codice: i due termini vengono usati oggi sostanzialmente come sinonimi<sup>118</sup>.

---

esprimere apprezzamenti personali e l'obbligo di deporre su fatti determinati – mira a «garantire discorsi obiettivi».

<sup>114</sup> V. I. CALAMANDREI, *Art. 194*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 427; L. SCOMPARIN, *Testimonianza*, in *Prove*, t. II, coordinata da E. Marzaduri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di M. Chiavario-E. Marzaduri, Utet, 1999, 16; E. VALENTINI, *Art. 194*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, Cedam, 2014, 751.

<sup>115</sup> Cass., sez. VI, 10 giugno 2008, Cometto, in *C.E.D.*, Rv 240986.

<sup>116</sup> Cass., sez. V, 8 ottobre 2009, Finocchiaro, in *C.E.D.*, Rv 245579; Cass., sez. I, 11 ottobre 1994, Capriati, in *C.E.D.*, Rv 199672.

<sup>117</sup> Cass., sez. VI, 10 giugno 2008, Cometto, in *C.E.D.*, Rv 240985.

<sup>118</sup> E. VALENTINI, *Art. 194*, cit., 752.



Per fatto notorio deve intendersi una conoscenza che fa parte «della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione» del magistrato <sup>119</sup>. Gli esempi che normalmente si adducono di tale categoria sono quelli della guerra, del terremoto, dello sciopero generale ecc. Si tratta di dati di conoscenza comune che non necessitano di prova nel processo non tanto perché sono noti a tutti, ma perché sono “veri”<sup>120</sup>.

I fatti di pubblica notorietà, invece, sono notizie divenute di pubblica conoscenza, le quali «possono assurgere a elemento positivo di attendibilità appunto per essere penetrati nella convinzione come fatti veri»<sup>121</sup>. A rilevare, qui, non è una “qualità oggettiva” di verità, ma il criterio della diffusione e della pubblicità. E, tuttavia, «anche notizie false possono [...] consolidarsi ed imporsi alla credenza generale con l’autorevolezza della pubblica opinione»<sup>122</sup>.

Di qui, l’esortazione della dottrina a non avallare distinzioni capziose e a ritenere inammissibile sempre la “pubblica voce”, a prescindere dal grado di diffusione raggiunto.

L’espedito di evocare la “pubblica notorietà” per eludere il divieto *ex art.* 194 comma 3 c.p.p. sembra oggi definitivamente superato<sup>123</sup>; tuttavia, l’indagine svolta in proposito – pur essendo quasi esclusivamente retrospettiva – è sembrata comunque utile per contribuire a disegnare un confine concettuale, prima ancora che normativo, alla fenomenologia delle “voci correnti”.

---

<sup>119</sup> G. SABATINI, *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Utet, 1967, 317.

<sup>120</sup> Per queste osservazioni, v. M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 136-138. V. anche A. BALSAMO, A. LO PIPARO (*La “prova per sentito dire”*, cit., 336) i quali osservano che: «il notorio assurge a patrimonio cognitivo “aperto” e “condiviso”, sempre processualmente controllabile ove insorgano incertezze circa la conoscenza del dato» mentre «la voce corrente assume la consistenza di sapere acefalo, la cui fonte senza volto permane incontrollabile, sottraendosi ad ogni possibilità di contraddittorio e collocandosi, perciò, su una lunghezza d’onda analoga a quella dell’anonimo».

<sup>121</sup> Cass., 19 giugno 1933, Corno, in *Giust. pen.*, 1934, IV, c. 344.

<sup>122</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 325.

<sup>123</sup> Più scettica sul punto, N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, 295.

9. *Riflessione sulla possibilità di un impiego in bonam partem della testimonianza indiretta da fonte anonima.*

Dopo aver tracciato i confini della regola di esclusione che colpisce le varie forme di testimonianza indiretta da fonte anonima e averne ricostruito la *ratio*, è opportuno ragionare sulla possibilità di superare i divieti in questione quando ad essere veicolate siano informazioni con un contenuto favorevole all'imputato.

La questione si lega al tema più generale dell'utilizzabilità *in bonam partem* delle prove *contra legem*, dal quale conviene prendere le mosse.

Il tenore letterale dell'art. 191 c.p.p. sembrerebbe escludere la rilevanza *in favorem reum* di elementi probatori illegittimi; inoltre, l'art. 526 comma 1 c.p.p. impedisce al giudice di fare uso di una prova vietata «ai fini della decisione», non solo quindi per provare la colpevolezza dell'imputato.

Tuttavia, la dottrina è incline a ricondurre ad esigenze di giustizia sostanziale la ragionevolezza di una diversa soluzione<sup>124</sup>, sulla base del presupposto che «rappresentando l'inutilizzabilità una norma di garanzia a tutela del soggetto debole del processo, l'inutilizzabilità *in bonam partem* non avrebbe bisogno di conferme espresse»<sup>125</sup>. Anche la giurisprudenza sembra assestata su questa medesima linea di

---

<sup>124</sup> G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2012, 197.

<sup>125</sup> Così R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, 2008, 33-34.

A livello normativo, una conferma di tale ricostruzione sarebbe rinvenibile all'art. 526 comma 1-bis c.p.p., il quale, riproducendo il testo dell'art. 111 comma 4 Cost., vieta al giudice di solo di decidere *contra reum* sulla base delle dichiarazioni di chi si è sempre sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore. Il riferimento alla sola «colpevolezza» consentirebbe di ritenere che il divieto operi esclusivamente con riferimento alla prova di reità, non anche per quella di innocenza (v. C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 199).

V., tuttavia, G. ILLUMINATI (*L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 526), il quale sostiene che non sia enucleabile, sulla base del dato normativo, un principio di utilizzabilità *pro reo* delle prove vietate. Peraltro, se anche fosse possibile configurarlo – prosegue l'Autore – «resterebbe irrisolto il caso, non improbabile, che la dimostrazione dell'innocenza di un imputato consista nella prova della colpevolezza di altri, magari nel medesimo processo».

garanzia e privilegia un'applicazione flessibile del divieto probatorio<sup>126</sup>.

Alcuni Autori hanno precisato, tuttavia, che è bene distinguere le sorti della prova *contra legem* alla stregua della natura del divieto: quando la regola di esclusione tutela l'attendibilità dell'accertamento, nessuna deroga è ammessa; quando, invece, tutela il diritto di difesa o altri diritti costituzionalmente garantiti, i contributi acquisiti in violazione del divieto stabilito dalla legge sono ammissibili *in bonam partem*<sup>127</sup>.

È, dunque, sulla base di questa impostazione che va sciolta la questione sull'uso *pro reo* delle testimonianze indirette da fonte ignota (e, più in generale, di tutti gli anonimi).

Quando abbiamo ricostruito la *ratio* dei divieti in materia di anonimi, abbiamo rilevato l'esistenza di un "duplice fondamento" alla regola di esclusione: la garanzia del diritto di difesa e – prima ancora – l'esigenza di espungere dal compendio probatorio elementi che, in ragione del "vizio" da cui sono afflitti, difettano del *pedigree* gnoseologico utile ad accedere al processo. Quello elevato nei confronti delle conoscenze anonime sembrerebbe, pertanto, uno sbarramento assoluto, non modulabile in funzione del contenuto favorevole all'imputato.

La linearità di questo ragionamento è contraddetta, tuttavia, dal dato normativo. Ai sensi dell'art. 209 c.p.p., nella regolamentazione dell'esame delle parti è richiamato l'art. 195 c.p.p., salvo che l'esame riguardi l'imputato. *Ergo*, qualora ad essere sentito sia il soggetto sottoposto a procedimento la disciplina sulla testimonianza indiretta non si applica e, per quel che qui interessa, in particolare non

---

<sup>126</sup> «La sanzione della inutilizzabilità di cui all'art. 191 cod. proc. pen. è posta a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove a carico illegittimamente acquisite contro divieti di legge; ne consegue che tale inutilizzabilità non può essere ritenuta al fine di ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa» (Cass., sez. III, 24 settembre 2015, Carambia, in *C.E.D.*, Rv 266792). V. anche Cass., sez. I, 26 novembre 1996, Usai, in *C.E.D.*, Rv 207332.

<sup>127</sup> V. N. GALANTINI, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., vol. I, Giuffrè, 1997, 703 nota 135). V. anche G. UBERTIS (*Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, 125 s.), il quale suddivide le norme sulle prove in due categorie fondamentali: la prima ricomprende disposizioni volte a determinare un metodo per guidare il giudice nella conoscenza dei fatti e le va riconosciuto, pertanto, un «fondamento epistemologico»; l'altra, giustificata invece da un «fondamento politico o sostanziale», ha di mira la salvaguardia di ben precisati diritti, provvedendo a regolamentare il loro rapportarsi alle esigenze di accertamento processuale.

si applica il comma 7 della disposizione, che vieta di introdurre in giudizio notizie anonime mediante lo schema del *relato refero*. A livello sistematico, la disposizione si collega teleologicamente con l'art. 240 c.p.p., nella parte in cui ammette i documenti anonimi provenienti dall'imputato<sup>128</sup>.

Ne deriva un quadro così sintetizzabile: esiste, nel sistema, un principio generale di esclusione degli anonimi; tuttavia, quando la conoscenza viziata è favorevole all'imputato, l'ostracismo si attenua e si proietta non sul terreno dell'acquisizione della prova, ma su quello della valutazione. La testimonianza anonima *de relato* (e, più in generale, ogni dato probatorio anonimo, qualunque sia il mezzo che lo "traghetta" nel processo) sarà legittimamente inserita nel compendio probatorio e gli eventuali dubbi sull'attendibilità saranno sciolti in sede di formazione del convincimento<sup>129</sup>.

Tale ricostruzione dei rapporti fra anonimo, imputato e diritto di difesa trova conferma, del resto, anche nella prospettiva comparatistica. Come abbiamo visto, anche le corti inglesi sono inclini a concepire una regola di esclusione a "geometria variabile"<sup>130</sup>.

C'è, tuttavia, una differenza rispetto all'impostazione inglese, che merita d'essere segnalata. Si profila, nel nostro sistema, il rischio di un vuoto di tutela per l'imputato, nel caso in cui l'anonimo *pro reo* sia nella disponibilità delle autorità inquirenti: potrebbe, infatti, rimanere all'oscuro dell'esistenza di questo materiale o trovarsi nell'impossibilità di utilizzarlo.

Prendiamo il caso delle informazioni confidenziali. Il segreto di polizia è tutelato in Italia in maniera più intensa che oltremarina e ciò ha degli evidenti "costi" sul piano dell'esercizio del diritto di difesa. In Inghilterra, quando il *prosecutor* mette a disposizione dell'imputato il materiale raccolto in fase investigativa (materiale che

---

<sup>128</sup> V. O. MAZZA (*L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis-G.P. Voena, Giuffrè, 2004, vol. VII.1, 299) secondo cui le due previsioni scaturiscono dal medesimo "privilegio" dell'imputato.

<sup>129</sup> Tale principio V. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 299.

<sup>130</sup> V. Cap. II, § 10.

comprende anche le dichiarazioni degli informatori)<sup>131</sup> può chiedere alla corte di autorizzare il mantenimento dell'anonimato dei confidenti per ragioni di tutela della fonte o più generiche esigenze di “sicurezza pubblica”; tuttavia, se a parere del giudice il riconoscimento della “*public interest immunity*” è suscettibile di pregiudicare le prerogative difensive questi ordinerà all'accusa di schiudere la fonte. A quel punto, la palla passa al *prosecutor*, al quale spetta di decidere se ottemperare all'ordine imposto o desistere dall'azione (nel caso in cui reputi più importante tutelare il proprio confidente)<sup>132</sup>.

In Italia, il quadro è molto diverso. L'imputato non ha alcuno strumento per obbligare le autorità inquirenti a rivelare il nominativo della fonte: a meno che la polizia non acconsenta a “bruciare” la copertura del proprio informatore, gli elementi da questi forniti rimarranno insondabili<sup>133</sup>.

Sotto altro profilo, si deve osservare come la garanzia che l'imputato possa effettivamente avvalersi dei contributi anonimi con contenuto favorevole passa anche per il tipo di reazione che il sistema contrappone alle pratiche abusive delle autorità inquirenti<sup>134</sup>. In questa prospettiva, occorre chiedersi che cosa succeda se l'obbligo<sup>135</sup>

<sup>131</sup> In virtù del dovere di *disclosure*. Si rinvia, per tali aspetti, alle considerazioni svolte al cap. II, § 6.2.2.

<sup>132</sup> V. J. SPRACK, *Criminal Procedure*, 14<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2012, 151 s.; R. VOGLER, *Il problema della protezione dei testimoni in Inghilterra*, in *Leg. pen.*, 1996, 638-639.

<sup>133</sup> M. SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 171 s.

<sup>134</sup> Un problema ancora diverso si pone con riferimento ai documenti contenenti dichiarazioni anonime diversi da quelli costituenti corpo del reato o provenienti comunque dall'imputato (il tema non inerisce strettamente al nostro discorso, incentrato sulle testimonianze anonime; tuttavia, pare utile proporlo per offrire un quadro il più possibile completo della questione oggetto di analisi in questo paragrafo). Non è chiaro, infatti, quale sia la loro “collocazione materiale”, se fra le carte processuali o nel registro anonimi disciplinato dall'art. 108 disp. att. Evidenti sono i corollari dell'adesione all'una o all'altra opzione esegetica: se il documento è nel fascicolo del pubblico ministero, la difesa ne verrà a conoscenza e potrà chiederne, qualora lo ritenga opportuno, l'acquisizione in giudizio; se, invece, il documento è nel registro anonimi, c'è il concreto pericolo che l'imputato rimanga all'oscuro di materiale potenzialmente utile ad alleggerire la propria posizione.

Sulla scorta di un'interpretazione letterale dell'art. 108 – il quale si riferisce alle «denunce e [agli] altri documenti anonimi che non possono essere utilizzati nel procedimento – la dottrina è incline a ritenere che il materiale messo al bando dall'art. 240 c.p.p. non entri nel fascicolo delle indagini (v. R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, cit., 2984; C. SQUASSONI,

del pubblico ministero di raccogliere nel fascicolo delle indagini tutti il materiale raccolto durante l'attività investigativa venga disatteso. La questione ha una grande importanza pratica poiché l'omissione del deposito è suscettibile di impedire la conoscenza di atti rilevanti in chiave difensiva; si immagini, per esempio, che il pubblico ministero "occulti" il verbale di sommarie informazioni di persona che ha riferito notizie apprese da una fonte non identificata. L'elemento di prova è inutilizzabile in *malam partem*, ma utilizzabile – sulla base delle considerazioni svolte in apertura di paragrafo – *pro reo*; il mancato deposito impedisce che lo stesso possa essere utilizzato, per esempio, ai fini della sentenza di non luogo a procedere nell'ambito dell'udienza preliminare nonché impedisce all'imputato, che di tali notizie rimane all'oscuro, di citare il teste a lui favorevole per il dibattimento.

La giurisprudenza tende ad avallare prassi scorrette del pubblico ministero. È, infatti, un principio costantemente affermato quello per cui in caso di mancato deposito degli atti d'indagine, non si determina la nullità della richiesta di rinvio a giudizio, bensì l'inutilizzabilità degli atti non depositati<sup>136</sup>: una sanzione paradossale nel caso che ci occupa; «il problema dei vizi da mancata *discovery* è quello di trovare

---

Art. 240, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 666-667).

Si tratta di una ricostruzione senz'altro ragionevole, a fronte della sua aderenza al dato testuale. Tuttavia, a parere di chi scrive, esigenze di trasparenza e di tutela delle prerogative difensive impongono che, una volta instaurato un procedimento penale, tutti gli anonimi nei quali il pubblico ministero abbia occasione di imbattersi siano acquisiti agli atti di modo che l'accusato, qualora ravvisi un contenuto favorevole, possa chiederne l'ammissione in giudizio.

Non ha senso, infatti, affermare l'esistenza di un principio per cui le notizie da fonte ignota possono essere utilizzate in *bonam partem*, se non si mette l'imputato nella condizione di conoscere tali notizie.

<sup>135</sup> Un obbligo di questo tenore sembra potersi ricavare dal combinato disposto degli artt. 357 e 373 c.p.p., che impongono, rispettivamente alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero, la documentazione, mediante verbalizzazione o semplice annotazione, di tutte le attività espletate.

In una risalente pronuncia (Corte Cost., 5 aprile 1991, n. 145), la Corte Costituzionale ha affrontato il tema negando che il pubblico ministero abbia alcuna discrezionalità nella formazione del fascicolo da trasmettere al giudice ai sensi dell'art. 416 comma 2 c.p.p.

<sup>136</sup> V., da ultimo, Cass., sez. III, 22 settembre 2015, *Fede*, in *C.E.D.*, Rv 265552.

un congegno che consenta il recupero della conoscenza, senza però risolversi in una burla per i diritti dell'imputato»<sup>137</sup>.

Si registra, tuttavia, una condivisibile inversione di rotta su questo punto. La Cassazione ha recentemente affermato, in un caso in cui il pubblico ministero aveva ommesso di depositare, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, atti dai quali si sarebbe potuto dedurre l'incompatibilità del giudice, una nullità a regime intermedio della richiesta di rinvio a giudizio, per violazione del «diritto alla ricusazione del giudice incompatibile, nonché del diritto al giusto processo davanti al giudice terzo, di cui all'art. 111 comma 2 Cost.»<sup>138</sup>.

La giurisprudenza, dunque, pare attualmente orientata a ritenere che il mancato deposito o il deposito ritardato degli atti d'indagine rilevanti in chiave difensiva determini una nullità a regime intermedio (art. 178 comma 1 lett. c) della richiesta di rinvio a giudizio. Da tale impostazione sembrerebbe discendere l'applicabilità di quella sanzione anche al caso di ommesso deposito di anonimi *pro reo*, risolvendosi tale eventualità in un indubbio pregiudizio alle *chance* difensive dell'imputato.

---

<sup>137</sup> Osserva giustamente A. CAMON, *Nullità probatorie, ommesso deposito di atti d'indagine e principio di non regressione: un caso emblematico in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 1994, 768.

<sup>138</sup> Cass., sez. I, 25 novembre 2015, Sanzone, in *C.E.D.*, Rv 266324.





CAPITOLO TERZO  
LA TESTIMONIANZA ANONIMA NEL PROCESSO PENALE  
ITALIANO

*SEZIONE SECONDA*

SOMMARIO. 1. Nuovi assetti. – 2. Attività sotto copertura e anonimato testimoniale: un binomio discutibile. – 3. Testimonianza anonima e utilizzabilità degli elementi di prova raccolti dall'agente sotto copertura: profili d'interferenza. Il limite della provocazione. – 4. (Segue) i presupposti. – 5. (Segue) le modalità operative. – 6. Questioni controverse in tema di qualifica soggettiva dell'agente sotto copertura. – 7. Le regole di acquisizione della testimonianza. – 8. La testimonianza anonima dei dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza. – 9. Il contraddittorio "azzerato": considerazioni in tema di utilizzabilità delle annotazioni (anonime) d'indagine per impossibilità sopravvenuta dell'esame testimoniale. – 10. Il difficile inquadramento della testimonianza anonima nell'architettura costituzionale. – 11. Il contraddittorio inesigibile. – 12. Disciplina domestica e giurisprudenza europea: profili d'incompatibilità. – 13. Rilievi *de iure condendo*.

*1. Nuovi assetti.*

Il quadro dei rapporti fra testimonianze anonime e processo penale, delineato nella prima sezione di questo capitolo, è stato di recente rimodulato. L'art. 8 comma 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, ha aggiunto all'art. 497 c.p.p. il comma *2-bis*, il quale prevede che «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e successive modificazioni, invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura, utilizzate nel corso delle attività medesime».

Rilevanti innovazioni sono state apportate anche alla normativa di attuazione. In particolare, è stato inserito un comma 1-*bis* all'art. 115 disp. att., in forza del quale le annotazioni previste dall'art. 357 comma 1 c.p.p., se riguardanti le attività d'indagine svolte da funzionari di polizia sotto copertura, riportano l'identità utilizzata nell'ambito di tali indagini.

È stato modificato, inoltre, l'art. 147-*bis* disp. att. sotto due profili: si prevede, anzitutto, che l'esame in dibattimento degli infiltrati «si svolg[a] sempre con le cautele necessarie alla tutela e alla riservatezza della persona sottoposta all'esame e con modalità determinate dal giudice o, nei casi di urgenza, dal presidente, in ogni caso idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile» (comma 1-*bis*); è stato esteso, inoltre, l'obbligo di procedere con l'esame a distanza (salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la presenza del dichiarante) anche agli agenti *undercover*, precisando che, anche in questo caso, vanno disposti gli accorgimenti opportuni a celare il volto degli esaminati (art. 147-*bis* comma 3 lett. *c-bis*).

Il legislatore ha predisposto, dunque, una disciplina eccezionale che consente all'*undercover* sentito nell'ambito del procedimento di declinare le generalità fittizie assunte nel corso delle indagini “coperte”, introducendo per questa via una vera e propria forma di testimonianza anonima<sup>1</sup>. Due le finalità invocate a giustificazione dell'inedita scelta. Da un lato, proteggere l'incolumità del soggetto rispetto ad eventuali ritorsioni da parte dell'indagato o dei membri dell'associazione criminale infiltrata; dall'altro, consentire il reimpiego futuro della risorsa investigativa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. XVI, a cura di G. Ubertis-G.P. Voena, Giuffrè, 2011, 557; M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Miraglia.pdf>

Le disposizioni riferite vanno lette in combinato disposto con il comma 10 dell'art. 9 della legge n. 146/2006 (come modificato dalla legge n. 136/2010), che punisce chiunque indebitamente riveli o divulghi il nome degli agenti impiegati in attività sotto copertura.

<sup>2</sup> A. AURICCHIO, *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida dir.*, 2010, f. 39, 62-63; C. GABIRELLI, *Art. 497*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G.

Prima del 2010, l'identità del funzionario di polizia era protetta esclusivamente nel corso dell'operazione, determinando – secondo parte della dottrina<sup>3</sup> – un vuoto di tutela nell'ipotesi in cui si fosse reso necessario acquisire il contributo probatorio dell'agente in giudizio. Sotto questo profilo, l'art. 8 del “piano straordinario contro le mafie” ha determinato un vero e proprio “salto di qualità” riconoscendo l'uso della copertura anche nella sede processuale.

L'innovazione ha avuto un destino singolare. Da un lato, s'inserisce in un filone impetuoso della procedura penale contemporanea, che – come si è mostrato nella prima parte di questa indagine – attraversa ordinamenti esteri e sovranazionali; dall'altro, cancella con un tratto di penna appassionate battaglie condotte dall'Illuminismo giuridico prima, dalla scuola classica poi. Per queste ragioni, ci si sarebbe aspettato che suscitasse un dibattito acceso; invece – lo si è già accennato – la novella è passata quasi inosservata.

Questo silenzio ha probabilmente favorito un recente intervento legislativo – il quale, a sua volta, dimostra quanto siano fondati i timori avanzati oltremarica circa il rischio di una *slippery slope*<sup>4</sup>; l'art. 8 comma 1 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. nella legge 17 aprile 2015, n. 43, ha esteso il «privilegio locutorio»<sup>5</sup> anche ai membri dei servizi di informazione per la sicurezza, vale a dire a coloro che lavorano alle

---

Illuminati, 2<sup>a</sup> ed., 2015, 2242; L. PAOLONI, *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu*, in *Cass. pen.*, 2016, 1906.

<sup>3</sup> A. JANNONE, *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, in *Guida dir.*, 2001, f. 42, 91-92; L. FILIPPI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 166; M. MARCIANÒ, *La testimonianza de relato degli agenti provocatori o infiltrati: un'ulteriore interpretazione riconducibile alla “soluzione” del “doppio binario materiale”*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 273; G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2003, 69; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Aspetti sostanziali e processuali*, Giuffrè, 2003, 161 s.

<sup>4</sup> V. *supra*, cap. II, in particolare ai §§ 5 e 6.2.

<sup>5</sup> Così A. CISTERNA, *Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al governo in materia di normativa antimafia*, addenda al *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Ipsoa, 2010, 16.

dipendenze dell’Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) e dell’Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI) *ex artt.* 6 e 7 della legge 3 agosto 2007, n. 124.

Esigenze di chiarezza espositiva impongono di trattare in via separata la disciplina dell’anonimato testimoniale dei funzionari di polizia e quella che concerne i membri degli organismi informativi; le regole di trattamento valide per le due categorie presentano, infatti, alcune significative differenze, ponendosi in un rapporto di specialità reciproca.

## *2. Attività sotto copertura e anonimato testimoniale: un binomio discutibile.*

La scelta di fondo perseguita dal legislatore con l’art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. è quella di riconoscere indefettibilmente l’anonimato ai soggetti che, impiegati in attività sotto copertura ai sensi dell’art. 9 della legge n. 146/2006, siano chiamati a riferire nel processo penale in qualità di testimoni. «Invitati a fornire le proprie generalità [...] indicano quelle di copertura»: il dato testuale non lascia spazio a ricostruzioni alternative.

Si dà per scontato, dunque, che l’esecuzione delle operazioni simulate comporti sempre, in caso di “esposizione” processuale dell’agente, un rischio per la sicurezza personale e/o per il reimpiego futuro della risorsa investigativa. In quest’ottica, sorprende il mancato richiamo all’art. 14 della legge 3 agosto 1998 che disciplina le iniziative *undercover* nel settore della pornografia e della prostituzione minorili<sup>6</sup>. La scelta potrebbe apparire *prima facie* ragionevole: i reati attratti

---

<sup>6</sup> È questa l’unica normativa *ad hoc* rimasta fuori dall’opera di sistematizzazione compiuta dalla legge n. 146/2006, con la quale si è addivenuti all’elaborazione di uno statuto generale per le operazioni sotto copertura (ulteriormente arricchito e modificato dalla legge 13 agosto 2010 n. 136), nel quale sono confluite le varie ipotesi di *undercover operations*, in precedenza disciplinate da specifiche previsioni. L’eccezione non sembra giustificata dall’esigenza di riservare un trattamento differenziato alle investigazioni intraprese in questo specifico ambito criminale; pare piuttosto l’effetto della

nell'orbita della disposizione difficilmente costituiscono manifestazione tipica dell'attività delle organizzazioni criminali (ed è con riferimento a tali contesti che si fa sentire più forte il rischio di ritorsioni ai danni dell'agente sotto copertura); inoltre, la disposizione disciplina soprattutto forme di "infiltrazione virtuale" (attivazione di siti *web* "civetta", partecipazione a *chat room* ecc.). Tuttavia, fra le condotte suscettibili di essere intraprese dall'agente è contemplata la partecipazione alle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione. In un'ipotesi del genere, non è implausibile che questi venga in contatto con strutture delinquenziali organizzate e che vengano in rilievo, pertanto, le esigenze di tutela sottese all'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p.

Al fine di verificare se l'equazione avallata dal legislatore (partecipazione alle operazioni *ex art.* 9 legge n. 146/2006-tutela dell'identità nel processo) risulti ragionevole occorre mettere a fuoco la figura dell'agente sotto copertura e i caratteri fondamentali delle attività da questi svolte.

Il dato da cui prendere le mosse è un'ambiguità di fondo: quella di agente *undercover* è una figura che non si lascia racchiudere in linee dalla geometria netta. Il dato normativo<sup>7</sup> e la prassi restituiscono una categoria eterogenea, alla quale sono

---

disattenzione del legislatore, che ha dimenticato di includere, fra le disposizioni da abrogare, l'art. 14 della legge 3 agosto 1998, n. 269. Per un affresco dell'evoluzione del quadro normativo, si rinvia a G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, 2011, 35 s. e V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, 2015, 18 s.

<sup>7</sup> Il nucleo della disciplina è contenuto nell'art. 9 comma 1 della legge n. 146/2006, il quale esclude la punibilità degli agenti in relazione ad una vasta gamma di condotte che rappresentano manifestazione tipica dell'attività simulata: dare rifugio o comunque prestare assistenza agli associati, acquistare, ricevere, sostituire o occultare denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolare l'individuazione della loro provenienza o consentirne l'impiego.

A questa articolata categoria se ne affianca un'altra dai confini molto estesi: sono legittimate anche le attività «prodromiche e strumentali» rispetto a quelle espressamente indicate. L'opzione riflette l'obiettivo di assicurare ai soggetti infiltrati una più marcata libertà d'azione e, quindi, favorire una maggiore efficacia investigativa. In questo modo, tuttavia, risulta estremamente affievolita la tassatività normativa: il rischio è quello di rendere lecito un novero indefinito di iniziative sotto

ricondotti “tipi” diversi<sup>8</sup>. È agente sotto copertura il *fictus emptor* di sostanza stupefacente, il quale offre all’indagato l’occasione di commettere un reato, al fine di cogliere quest’ultimo in flagranza<sup>9</sup>. È parimenti riconducibile al *topos* dell’agente *undercover* il soggetto che s’infiltra in un’organizzazione criminale con l’obiettivo di ricostruirne la struttura, individuare i canali di finanziamento, acquisire prove e assicurare alla giustizia i membri del *clan*. L’attività investigativa svolta da quest’ultimo, lungi dall’esaurirsi nell’agevolazione di una determinata fattispecie criminosa, ha un contenuto articolato e si sviluppa lungo un considerevole arco di tempo<sup>10</sup>.

Le due ipotesi evocate richiamano iniziative investigative molto diverse fra loro, sotto il profilo della durata e dei contenuti – la prima tendenzialmente comporta un unico contatto fra il funzionario di polizia e l’indagato e si risolve in una condotta ben precisa (l’offerta di acquistare il prodotto illecito) mentre la seconda presuppone una simulazione protratta nel tempo e dai contenuti assai più complessi – entrambe, tuttavia, sono riconducibili alla duttile categoria delle “operazioni sotto copertura”, della quale può essere tentata una definizione basata su tre elementi distintivi.

Il primo – che potremmo definire strutturale – è la finzione: l’agente agisce sotto mentite spoglie e ciò comporta, nella maggior parte dei casi, la necessità di

---

copertura. Critico rispetto alla previsione di una categoria residuale tanto indeterminata, A. ZAPPULLA, *Commento alla legge 13/8/2010, n. 136 – Art. 8*, in *Leg. pen.*, 2010, 453. Per G. AMATO (*Acquisto simulato da parte dei “privati”*, in *Guida dir.*, 2006, f. 12, 116) la clausola va interpretata rigorosamente ammettendo solo le attività strettamente connesse a quelle tipiche.

<sup>8</sup> V. FANCHIOTTI (*Agente sotto copertura*, cit., 13) parla di uno «strumento proteiforme». V. anche C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell’agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 250.

<sup>9</sup> Il primo modello codificato di agente sotto copertura è proprio il simulato acquirente di sostanza stupefacente (v. art. 97 T.U. n. 309/1990). In dottrina, si vedano: C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore*, Giuffrè, 1991; L. RISICATO, *L’acquisto simulato di droga nell’ambigua cornice dell’agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1592 s.; G. RITUCCI, *La disciplina dell’acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, 993 s.; M. ZOCCO, *Agente provocatore, acquisto simulato di stupefacenti e legge penale*, in *Quest. giust.*, 1995, 962 s.

<sup>10</sup> V. C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell’agente provocatore*, cit., 253.

assumere un'identità fittizia<sup>11</sup>. Il secondo attiene alla natura dell'attività sotto copertura, la quale costituisce una forma di partecipazione degli organi dello stato ad attività delittuose<sup>12</sup>: le iniziative simulate si risolvono, nella maggior parte dei casi, nella commissione di condotte astrattamente costituenti reato, in relazione alle quali opera, a beneficio dell'agente, una causa di giustificazione. Infine, il dato teleologico: l'agente agisce al fine di acquisire prove del reato (o dei reati) oggetto di accertamento e di assicurare alla giustizia gli indagati.

Sulla scorta dei canoni esposti, è possibile definire “operazioni *undercover*” le tecniche investigative per effetto delle quali un funzionario di polizia, dissimulando il proprio stato, prende contatto o addirittura s'infiltra in un'organizzazione criminale allo scopo di carpirne gli assetti, ricostruire i canali di finanziamento, denunciare i partecipanti, assicurare le fonti di prova. Affiorano, come dicevamo, due “archetipi”: da una parte, il semplice “agevolatore” di reati, la cui attività si risolve in un episodico contatto con l'indagato e che non necessariamente si sviluppa in un contesto segnato dalla presenza di forme di criminalità organizzata; dall'altra il vero e proprio infiltrato, il quale conduce un'operazione ben più articolata e duratura, tale da richiedere una preparazione accurata<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Non solo. A seconda delle esigenze del caso di specie, la simulazione può richiedere la costruzione di profili internet e *account* fasulli su piattaforme dei *social forum*, la creazione di posizioni di credibilità rispetto all'attività economica e allo *status* palesato ecc. V. G. AMATO, *Consentito l'utilizzo dei documenti falsi*, in *Guida al dir.*, 2006, 121; G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., 68-69.

<sup>12</sup> C. DE MAGLIE, *Gli “infiltrati” nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1067; M. MARCIANÒ, *La testimonianza de relato degli agenti provocatori o infiltrati: un'ulteriore interpretazione riconducibile alla “soluzione” del “doppio binario materiale”*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 267.

<sup>13</sup> V. C. COLOMBO, *L'agente provocatore e la figura dell'infiltrato*, in *Riv. pen.*, 2007, f. 1, 9; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., 28; C. DE MAGLIE, *Gli “infiltrati” nelle organizzazioni criminali*, cit., 1060 s. V. FANCHIOTTI (*Agente sotto copertura*, cit., 16) riconduce «alla realtà attuale dell'agente sotto copertura [...] il mero istigatore di un singolo reato (il “vecchio” provocatore)» e l'infiltrato.

Se è vero che nella realtà delle cose le iniziative *undercover* presentano spesso una fisionomia “intermedia” rispetto a questi due poli, la semplificazione evocata è utile per mettere in luce le significative differenze, in termini di contenuti, struttura e cadenze temporali, delle attività riconducibili alla categoria delle “operazioni sotto copertura”, le quali assumono sembianze molto diverse da caso a caso, in funzione della fattispecie di reato e del contesto criminale oggetto di accertamento.

Si tratta di differenze suscettibili di essere apprezzate proprio sul terreno delle esigenze di protezione che giustificano l’anonimato testimoniale. In presenza di un’attività d’infiltrazione, magari prolungata e penetrante, in un’organizzazione criminale, la tutela dell’identità dell’agente appare effettivamente giustificata (quantomeno in linea tendenziale): in mancanza, i membri dell’associazione “a piede libero” che volessero vendicare il “torto” subito dai loro sodali potrebbero individuare e rintracciare il funzionario di polizia. Non sembra potersi dire lo stesso nell’eventualità in cui la simulazione non sia maturata in un’area criminologica governata da strutture delinquenziali organizzate.

Emerge, così, il primo – grosso – difetto dell’art. 497 comma 2-*bis*, il quale, prevedendo in ogni caso l’esame in forma anonima, non tiene conto della variegata fenomenologia riconducibile alle attività *undercover* con l’effetto di pregiudicare il diritto di difesa anche in situazioni in cui tale sacrificio non risulta necessario.

Il riconoscimento automatico dell’anonimato risulta irragionevole anche se si ragiona sul secondo interesse che l’istituto mira a soddisfare: la possibilità di reimpiegare l’agente in operazioni future, mettendo a frutto un lungo e costoso investimento in formazione ed addestramento. L’esigenza in parola, infatti, non è sicuramente invocabile in relazione ai privati che, in veste di interposte persone o di ausiliari, prendono parte alle operazioni di polizia in via meramente occasionale<sup>14</sup>. Al di là di questa considerazione, peraltro, s’impone una riflessione di carattere più

---

<sup>14</sup> V. *infra*, § 5.



generale: ci si deve domandare, cioè, «se una necessità di carattere economico possa schiacciare in questo modo il diritto di difesa»<sup>15</sup>.

### *3. Testimonianza anonima e utilizzabilità degli elementi di prova raccolti dall'agente sotto copertura: profili d'interferenza. Il limite della provocazione.*

Se in linea astratta la sfera di operatività della testimonianza anonima è regolata nei termini sopra esposti, in concreto occorre considerare un ulteriore piano.

L'attivazione e lo svolgimento delle investigazioni sotto copertura sono disciplinati da un articolato sistema di vincoli e presupposti che rileva contemporaneamente su un duplice piano: da una parte, garantisce la non punibilità degli agenti che abbiano posto in essere, nel corso delle operazioni, condotte penalmente rilevanti; dall'altra, disciplina i requisiti applicativi di un vero e proprio – seppur peculiare – mezzo di ricerca della prova. Ai fini del nostro discorso, il nodo da sciogliere è se e in quale misura la loro violazione determini l'inutilizzabilità delle informazioni apprese. Ove queste ultime risultino viziate *ex art.* 191 c.p.p., infatti, la testimonianza dell'*undercover* è da ritenersi preclusa; diversamente, essa rappresenterebbe lo strumento per recuperare in modo surrettizio materiale probatorio colpito da un divieto d'uso.

In questa prospettiva, il primo limite di cui dobbiamo occuparci è quello rappresentato dalla *cd. provocazione*. Si tratta di un divieto di elaborazione giurisprudenziale, costruito attorno al principio per cui l'interesse alla repressione dei reati non può mai giustificare forme di incitamento al reato. Più nello specifico, ad essere inibite sono quelle forme di istigazione che determinano un soggetto a porre in essere una condotta che, altrimenti, non avrebbe posto in essere<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Così A. CAMON, *Accuse segrete*, in *Dir. pen. del XXI secolo*, 2014, 296.

<sup>16</sup> «Non [è] ammissibile che i presupposti del punire vengano ad essere surrettiziamente creati mediante un'attività di induzione alla commissione del delitto, in virtù di un perverso meccanismo autoreferenziale, teso a creare “dal niente” le premesse per [l'azione repressiva]. Così A. VALLINI, *Il caso “Texeira de Castro” davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico*

Calato nel contesto delle operazioni sotto copertura, tale principio fissa uno sbarramento netto: l'intervento della polizia deve limitarsi a «disvelare un'intenzione criminosa già esistente, anche se allo stato latente, senza averla determinata nell'imputato in modo essenziale». Diversamente – qualora cioè «[venga] suscitato un intento delittuoso prima inesistente» – l'attività simulata risulta illegittima<sup>17</sup>.

Al fine di tratteggiare il confine che separa i concetti di “agevolazione” e di “provocazione” del reato, un esempio potrà essere d'aiuto. L'art. 9 della legge 146/2006 autorizza l'*undercover* all'acquisto di sostanza stupefacente. È inquadrabile nella categoria concettuale dell'agevolazione il comportamento dell'agente che avvii la trattativa con un soggetto gravato da indizi di reità tali da ritenere che l'offerta d'acquisto rappresenti una mera occasione per commettere un delitto che era comunque in procinto di essere commesso (si pensi ad un soggetto che detenga un grosso quantitativo di droga e stia cercando acquirenti); assume, viceversa, i contorni della provocazione l'offerta d'acquisto, magari reiterata a fronte di un rifiuto iniziale e confezionata in modo particolarmente persuasivo (dichiarando la disponibilità a pagare un prezzo più alto di quello mediamente imposto), ad una persona non sospettata.

L'illegittimità dell'operazione simulata che si sia spinta oltre il limite della provocazione si riflette su svariati piani. In primo luogo, determina la punibilità

---

delle “ipotesi” legali di infiltrazione poliziesca, in *Legisl. Pen.*, 1999, 204. V. anche A. TAMIETTI (*Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2925) il quale osserva che «nelle moderne società democratiche [...] la funzione degli organi investigativi è quella di proteggere la collettività contro la criminalità esistente e/o pronta ad entrare in azione e non quella di creare criminalità al fine di poter perseguire [i responsabili]».

<sup>17</sup> Cass., sez. III, 7 febbraio 2014, Buruiana, in *C.E.D.*, Rv 260081; Cass., sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi, in *C.E.D.*, Rv 257675. *Contra* Cass., sez. VI, 2 aprile 2015, Geranio, in *CED Cass.*, 263549, secondo la quale il richiamo alla figura dell'agente provocatore «appare superfluo quando l'attività [posta in essere] corrisponda ad una o più fra le operazioni espressamente contemplate dal minisistema normativo di riferimento della legge n. 146 del 2006».

dell'agente, escludendo l'operatività della scriminante speciale<sup>18</sup>; comporta, inoltre, l'insorgere di responsabilità disciplinare; infine – ed è ciò che più interessa ai fini del nostro discorso – condiziona l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto.

Alla messa a fuoco dei profili d'interferenza fra provocazione e (in)utilizzabilità della prova ha contribuito in misura determinante la Corte europea. I giudici di Strasburgo hanno costantemente trattato la tematica dell'*agent provocateur* dal punto di vista processuale, sostenendo che i canoni del *fair trial* debbano ritenersi immancabilmente violati quando la condanna dell'imputato sia basata su elementi ottenuti grazie ad un'attività investigativa degenerata in un'istigazione a delinquere: «l'interesse pubblico non può giustificare l'impiego di prove ottenute in conseguenza di un incitamento al reato da parte delle forze di polizia»<sup>19</sup>.

Il principio affermato dalla Corte europea è stato recentemente ripreso dalla giurisprudenza domestica, la quale ha rilevato che «l'induzione e l'incitamento al reato determinano non solo la responsabilità penale dell'agente, ma l'inutilizzabilità

---

<sup>18</sup> In un caso del genere, non vale a rendere legittima la condotta, la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.), la cui applicabilità è, in via residuale, fatta salva dall'art. 9 comma 1 legge n. 146 del 2006. Gli spazi operativi garantiti dall'art. 51 comma 1 c.p. sono angusti: l'iniziativa della polizia deve esaurirsi «in un'attività di osservazione, di controllo e di contenimento delle azioni illecite altrui», senza inserirsi con efficacia causale nell'*iter criminis* (V. Cass., sez. VI, 20 ottobre 2011, Coruzzi e altri, in *C.E.D.*, Rv 251060; Cass., sez. I, 14 gennaio 2008, D'Amico e altri, in *C.E.D.*, Rv 239704). Questi limiti sono ampiamente oltrepassati nel caso della provocazione. V. D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura*, cit., 668.

<sup>19</sup> Corte eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, Teixeira de Castro c. Portogallo, in particolare §§ 34-39. Tra le altre pronunce sul tema, v. Corte eur. dir. uomo, 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania; Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2004, Edwards e Lewis c. Regno Unito; Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 2008, Pyrgiotakis c. Grecia; Corte eur. dir. uomo, 2 ottobre 2012, Veselov c. Russia. In dottrina, v. A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2641 s.; B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "undercover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 568; A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo*, cit., 2921 s.; A. VALLINI, *Il caso "Teixeira de Castro"*, cit., 197 s.

della prova acquisita per contrarietà ai principi del giusto processo e rendono l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 C.e.d.u.»<sup>20</sup>.

Lasciando da parte il nodo relativo alla base giuridica del divieto d'uso – se debba ricavarsi, in forza di una lettura ampia dell'art. 191 c.p.p., cioè comprensiva della violazione di una norma penale incriminatrice<sup>21</sup> ovvero se si debba rinvenire nell'art. 6 C.e.d.u., per come veicolato nell'ordinamento interno dall'art. 117 Cost.<sup>22</sup> – il dato meritevole di attenzione ai fini del nostro discorso è il riconoscimento, da parte della Suprema corte, dei riflessi della provocazione sul piano probatorio.

Emerge, così, un primo limite indiretto all'operatività dell'istituto oggetto della nostra indagine: in presenza di iniziative investigative sfociate in forme di istigazione al reato, la testimonianza (anonima) dell'agente sotto copertura deve ritenersi preclusa.

#### 4. (Segue) i presupposti.

Una volta messo a fuoco il limite – generalissimo – della provocazione, occorre puntare lo sguardo sull'articolata griglia di requisiti e regole operative fissata dall'art. 9 legge n. 146/2006.

---

<sup>20</sup> Cass., sez. III, 9 settembre 2012, Leka, in *Cass. pen.*, 2013, 3564 con nota di F. ZACCHÈ, *Operazione antidroga "sotto copertura" condotta dalla polizia municipale*. Più di recente, Cass., sez. III, 7 febbraio 2014, Buruiana, cit.

<sup>21</sup> Di questa opinione, F. ZACCHÈ, *Operazione antidroga "sotto copertura"*, cit., 3575, il quale legge tra le pieghe della sentenza una «significativa apertura [...] in tema di prova illecita».

<sup>22</sup> Ritene che l'inutilizzabilità delle prove acquisite in conseguenza di provocazione al reato sia imposta dalla necessità di interpretare in modo "convenzionalmente conforme" le disposizioni interne in materia di attività sotto copertura, A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, cit., 2655-2656.

Sul piano dei presupposti cui è subordinato lo svolgimento di indagini sotto copertura, il fulcro della disciplina è rappresentato dalla previsione di un elenco tassativo di reati<sup>23</sup>.

La limitazione *ratione materiae* va letta in chiave di tutela delle prerogative individuali. La soluzione non è inedita: anche per le intercettazioni telefoniche (art. 266 c.p.p.) e gli accertamenti coattivi incidenti sulla libertà personale (artt. 224 *bis* e 359 *bis* c.p.p.) esiste uno sbarramento analogo. L'idea alla base è che, in presenza di mezzi investigativi in grado di comprimere diritti di rango costituzionale, l'ingerenza delle autorità inquirenti vada legittimata esclusivamente con riferimento a tipologie delittuose di una certa gravità, in aderenza ad un criterio di proporzione<sup>24</sup>. Non sfuggono a questa logica<sup>25</sup>, le indagini sotto copertura, «pericolosamente invasive

---

<sup>23</sup> Si tratta dei delitti previsti dagli artt. «453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75» nonché «i delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione» (art. 9 comma 1 lett. a) e b) legge n. 146/2006).

<sup>24</sup> V. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, 64. Più in generale, sui rapporti fra principio di proporzionalità e diritti inviolabili, si rinvia a M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, f. 3-4, 2014, 147-148.

<sup>25</sup> V. C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura*, cit., 413; D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura*, cit., 668. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 3 dicembre 2001, D'Amelio, in *C.E.D.*, Rv 221336.

Preme evidenziare come la scelta di circoscrivere la sfera applicativa dell'istituto sembri ispirata anche da un'altra finalità: riservare – in un'ottica di razionale impiego delle risorse investigative – iniziative così sofisticate, dispendiose e pericolose a fattispecie che destano un particolare allarme sociale o che risultano difficilmente accertabili con gli ordinari strumenti d'indagine.

dell'autonomia individuale»<sup>26</sup> e insuscettibili di un pieno controllo sotto il profilo del rispetto della legalità<sup>27</sup>.

Si tratta, tuttavia, di un limite debole, perlomeno se ci si attiene alla lettera della legge: ai fini della regolare attivazione dell'operazione simulata, è richiesta la sussistenza di una *notitia criminis* relativa ad una fattispecie "tipica", non anche di elementi di prova che la suffraghino.

Alla luce della *ratio* attorno alla quale è costruito, il limite *ratione materiae* va senz'altro considerato norma che disciplina uno specifico potere dell'autorità, con l'effetto di condizionare la valenza probatoria dell'attività investigativa e fungere, indirettamente, da limite di ammissibilità per la testimonianza dell'*undercover*. Ne deriva che l'agente potrà essere sentito (in forma anonima) solo nei procedimenti – instaurati in conseguenza dell'attività d'infiltrazione – che hanno ad oggetto le figure di reato ricomprese nel catalogo legislativo.

Tale principio – lineare in astratto – calato nella dimensione concreta e messo in rapporto alle vicende che investono il titolo di reato, schiude una serie di questioni interpretative con rilevanti riflessi sul piano applicativo.

Partiamo considerando l'eventualità che l'operazione sotto copertura sia stata disposta in relazione ad un reato non ricompreso nel catalogo e si scopra, in corso l'opera, un illecito penale "tipico". In un caso del genere, l'agente può testimoniare?

La risposta è senz'altro negativa. Quando le investigazioni simulate sono attivate per l'accertamento di un reato non previsto dall'art. 9 legge n. 146/2006, il provvedimento autorizzativo risulta viziato. Anche qualora risulti la prova di un

---

<sup>26</sup> G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., 41. Per verità, seri dubbi possono essere sollevati circa il fatto che reati come l'introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.) o la spendita e introduzione nello stato, senza concerto, di monete falsificate (art. 455 c.p.) presentino un livello di gravità tale da ritenere proporzionato il ricorso all'infiltrazione.

<sup>27</sup> V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, cit., 13. Per G. AMATO, *L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate*, in *Guida dir.*, 2005, f. 25, 67, la necessità di limitare l'uso delle operazioni *undercover* dipende dal fatto che le tecniche investigative in parola legittimano comportamenti che, normalmente, costituirebbero reato.

delitto che avrebbe consentito il ricorso allo strumento, il materiale probatorio resta inutilizzabile poiché raccolto in conseguenza di un'operazione disposta fuori dei casi consentiti dalla legge. Diversamente, dovremmo ritenere che l'aver dato esiti positivi costituisca una forma di sanatoria<sup>28</sup>.

Cosa succede, invece, nell'ipotesi inversa, vale a dire se, a seguito di un'indagine sotto copertura autorizzata con riferimento ad un delitto "tipico", si scopre un reato estraneo al catalogo? L'agente sotto copertura può testimoniare in relazione a questo diverso reato?

La giurisprudenza più recente è incline a ritenere utilizzabile il materiale probatorio relativo a fattispecie non previste dall'art. 9 legge n. 146/2006, quando questo sia rinvenuto nell'ambito di un'operazione legittimamente indirizzata al contrasto di un illecito penale ricompreso nel catalogo legislativo. Il rispetto del limite *ratione materiae* va valutato – secondo la Cassazione – «con riferimento all'ipotesi di reato configurabile al momento in cui l'attività è autorizzata, a nulla rilevando che, all'esito dell'investigazione, si proceda per un diverso reato che, “*ab origine*”, non avrebbe consentito il ricorso a detta procedura»<sup>29</sup>. Ciò che conta, ovviamente, ai fini dell'utilizzabilità della prova, è che l'attività *undercover* sia stata effettivamente – e fondatamente – rivolta all'accertamento di un reato ricompreso nel catalogo. Occorre, cioè, che l'addebito “d'origine” riflettesse un quadro indiziario reale e non fosse stato “gonfiato” ad arte per aggirare i limiti posti dalla legge.

Tale impostazione appare senz'altro ragionevole. In primo luogo, perché trova significative conferme sul piano sistematico: anche in materia di intercettazioni telefoniche e prelievi coattivi (gli altri due mezzi investigativi che annoverano, fra i

---

<sup>28</sup> Svolge un ragionamento analogo con riferimento alle intercettazioni telefoniche, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 263.

<sup>29</sup> Cass., sez. III, 3 giugno 2008, Malentacca, in *C.E.D.*, Rv 240269. V. anche Cass., sez. III, 25 settembre 2008, Barotto, in *C.E.D.*, Rv 241297. *Contra* Cass., sez. III, 5 maggio 2004, Gulello, in *C.E.D.*, Rv 230027; Cass., sez. III, 28 gennaio 2005, Spora, in *C.E.D.*, Rv 231605.

presupposti applicativi, un elenco tassativo di reati<sup>30</sup>) vale questo criterio. In secondo luogo, poiché è in linea con le logiche di fondo cui è improntato il mezzo investigativo in esame: l'attività sotto copertura, quando comporta l'infiltrazione di un agente in una struttura criminale, è fisiologicamente orientata alla scoperta di fattispecie delittuose diverse ed ulteriori rispetto a quelle che ne hanno giustificato l'attivazione (e che magari non rientrano nel catalogo legislativo). Quando l'agente è incappato in tali fattispecie in conseguenza di operazioni legittimamente disposte, ritenere viziate le prove acquisite significherebbe vanificare, senza una valida ragione, i risultati di indagini molto impegnative sul piano finanziario ed organizzativo<sup>31</sup>.

Ne deriva (per riprendere il quesito lasciato in sospeso) l'ammissibilità della testimonianza dell' *undercover* in relazione a reati diversi da quelli "tipici", a condizione che alla loro scoperta si sia giunti senza aggirare i limiti posti dalla legge.

Al requisito basato sul titolo di reato, l'art. 9 legge n. 146/2006 ne aggiunge un altro a carattere finalistico: le operazioni sotto copertura sono esperibili al solo scopo di acquisire elementi di prova.

L'importanza di tale presupposto può essere apprezzata da almeno due prospettive. In primo luogo, impedisce che gli agenti sotto copertura siano impiegati in un'ottica "esplorativa", prima dell'emersione di una notizia di reato<sup>32</sup>. In secondo

---

<sup>30</sup> In materia di intercettazioni, v. Cass., sez. I, 27 novembre 2009, Pignalosa, in *C.E.D.*, Rv 245977; Cass., sez. IV, 28 settembre 2005, in *Guida Dir.*, 2006, n. 16, 100; Cass., sez. VI, 21 settembre 2005, B., in *C.E.D.*, Rv 232046; Cass., sez. VI, 27 maggio 1995, p.m. in proc. Cusumano, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1996, 156; Id., Sez. III, 28 febbraio 1994, Roccia, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 61. In materia di prelievi coattivi, v. R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, 1234; A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 1432.

<sup>31</sup> G. AMATO, *L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate*, cit., 67.

<sup>32</sup> V. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., 57-58. È pertanto da criticare con forza quell'indirizzo giurisprudenziale che, di fatto veicolando un'interpretazione *contra legem*, sostiene che «[i]n tutte le ipotesi legislative di attività sotto copertura si prescinde dall'esistenza di un procedimento penale o di indagini preliminari su uno specifico fatto di reato, trattandosi di attività



luogo, imponendo l'attivazione delle indagini solo ove siano già state acquisite informazioni sufficienti a delineare, nei tratti essenziali, la commissione di un fatto penalmente illecito, è funzionale ad evitare che l'intervento della polizia assuma i caratteri della provocazione<sup>33</sup>.

Anche in questo caso, siamo di fronte ad un presupposto che assume rilevanza sul piano probatorio e che pertanto, condiziona, indirettamente, la sfera di operatività della testimonianza anonima dell'*undercover*.

##### 5. (Segue) le modalità operative.

Sul versante degli aspetti procedurali, il primo requisito sul quale ci dobbiamo soffermare è quello che attiene alla titolarità del potere di disporre il ricorso alle speciali tecniche investigative.

Il comma 3 dell'art. 9 legge n. 146/2006 riserva tale prerogativa agli «organi di vertice, ovvero, per loro delega, ai rispettivi responsabili di livello almeno provinciale, secondo l'appartenenza del personale di polizia impiegato», d'intesa con alcune strutture amministrative centrali (la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, quando le indagini abbiano ad oggetto i delitti previsti dall'art. 12 commi 1, 3, 3-bis e 3-ter del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni<sup>34</sup>; la Direzione centrale per i servizi antidroga<sup>35</sup>, qualora i reati oggetto di accertamento siano quelli di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309 e successive modificazioni<sup>36</sup>).

---

investigative a carattere preventivo» (Cass., sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli, in *Cass. pen.*, 2009, 2958).

<sup>33</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>34</sup> Testo unico sull'immigrazione.

<sup>35</sup> Nei casi in cui non sia la Direzione stessa a disporre le attività simulate (ipotesi prevista dallo stesso comma 3 dell'art. 9 legge n. 146/2006).

<sup>36</sup> Testo unico in materia di disciplina delle sostanze stupefacenti.

La scelta di allocare il potere d'iniziativa a soggetti che rivestono una posizione apicale nella gerarchia amministrativa è funzionale ad un duplice scopo: in prima battuta, consente un controllo di legalità "a monte" dell'operazione; in seconda battuta, dovrebbe assicurare l'opportuno coordinamento (o quantomeno la non interferenza) tra le iniziative simulate, indipendenti l'una dall'altra, attivate nel medesimo ambito territoriale o in relazione ad una stessa struttura criminale<sup>37</sup>.

Non è chiaro – poiché la legge tace sul punto – quali siano i parametri che devono guidare le autorità competenti nel disporre le operazioni simulate. Presumibilmente, la scelta sarà guidata da considerazioni attinenti, da un lato, alla fattibilità dell'iniziativa e al suo prevedibile sviluppo nei limiti normativamente tracciati (in funzione del riconoscimento della scriminante) e, dall'altro ai risultati favorevoli attesi<sup>38</sup>. La lacuna, tuttavia, lascia perplessi poiché quello in esame è uno strumento estremamente insidioso: l'attività dell'*undercover* corre lungo una linea sottile che divide la legalità dall'illegalità e presenta un alto margine di rischio di

---

<sup>37</sup> V. G. AMATO, *Infiltrazione sempre d'intesa con la Dcsa*, in *Guida dir.*, 2006, f. 12, 120.

Il condizionale è d'obbligo poiché il rischio che un agente sotto copertura, all'oscuro dell'esistenza di un altro infiltrato in azione nel medesimo ambito investigativo, possa pregiudicare o mettere in pericolo l'operazione simulata "parallela" (o – peggio – l'incolumità del funzionario coinvolto) rimane alto. Soprattutto quando le operazioni sono disposte da forze dell'ordine diverse, fra le quali non sono previsti, almeno formalmente, meccanismi d'informazione e coordinamento. In questa prospettiva, sarebbe forse opportuno, *de iure condendo*, che il legislatore istituisse una struttura centralizzata cui demandare la gestione esclusiva di tutti gli aspetti concernenti le attività simulate: dall'autorizzazione all'assistenza psicologica fino ai corsi di formazione per gli infiltrati. Una soluzione di questo tipo avrebbe il pregio di scongiurare indebite "invasioni di campo" e incrementare il tasso di successo delle operazioni e quello relativo alla sicurezza degli agenti. D'altra parte, non lo si nasconde, un assetto ipercentralizzato potrebbe favorire la divulgazione di notizie al di fuori della stretta cerchia di persone legittimate ad averne conoscenza, con il rischio, anche qui, di pregiudicare il buon esito dell'iniziativa investigativa. Si dovrebbe pertanto pensare ad un sistema che consenta di coniugare le esigenze di segretezza con quelle di coordinamento informativo.

<sup>38</sup> V. G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., 57.

degenerazioni ed abusi<sup>39</sup>. Bene avrebbe fatto il legislatore a circoscrivere la possibilità di attivare le operazioni ai soli casi in cui le autorità competenti a disporle le ritengano assolutamente necessarie per acquisire la prova dei reati oggetto di accertamento.

Quando le prerogative in ordine alla titolarità del potere di disporre l'infiltrazione sono violate, gli elementi di prova eventualmente raccolti sono colpiti da un divieto d'uso. Sebbene la Cassazione abbia affermato tale principio con riferimento ad un caso di investigazioni *undercover* riconducibili alla sfera di operatività legge n. 269/1998<sup>40</sup>, non sembra vi siano ostacoli per ritenerlo applicabile anche alle indagini appartenenti al "dominio" dell'art. 9 legge n. 146/2006.

Per quanto attiene più nello specifico alla fase operativa, il legislatore pone, anzitutto, un limite *ratione personae*. Legittimati allo svolgimento delle operazioni sono gli «ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle loro competenze» (art. 9 comma 1 lett. *a*) legge n. 146/2006) e, nei casi in cui le attività investigative abbiano ad oggetto delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, agli «ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo» (art. 9 comma 1 lett. *b* legge n. 146/2006).

---

<sup>39</sup> V. C. DE MAGLIE, *Gli "infiltrati" nelle organizzazioni criminali*, cit., 1068; G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, cit., 34 s.; V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, cit., 13.

<sup>40</sup> Cass., sez. III, 3 dicembre 2001, D'Amelio, in *C.E.D.*, Rv 221336. Nel settore della prostituzione e delle pornografia minorili, è prevista una disciplina parzialmente diversa: anche qui l'attivazione di indagini simulate spetta agli organi di vertice della polizia, ma è subordinata alla previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art. 14 legge 269/1998). Nel caso di specie, la Cassazione aveva ricondotto l'inutilizzabilità degli elementi di prova all'assenza del provvedimento del pubblico ministero.

La previsione si spiega alla luce della volontà di affidare la responsabilità di operazioni così delicate a funzionari qualificati<sup>41</sup>, ai quali è concessa, tuttavia, la possibilità di avvalersi di agenti di polizia giudiziaria e di privati<sup>42</sup>, coinvolti nella veste di «interposte persone» o di «ausiliari». (art. 9 comma 5 legge n. 146/2006). Sono qualificabili come «interposta persona» il funzionario di polizia (ufficiale o agente) e il privato che coadiuvano l'ufficiale incaricato dell'indagine, sul quale incombono i compiti di “regia”. Non dissimile la nozione di «ausiliario», nella quale confluisce chiunque, estraneo alle forze di polizia, sia coinvolto nell'attività investigativa per supportare e facilitare l'opera dell'infiltrato.

Non è chiara la linea di confine fra le due categorie soggettive; la dottrina tende a ravvisarla nella diversa natura del contributo prestato: possibilità di prendere parte “attivamente” alle indagini (ponendo in essere, cioè, le condotte scriminate) da parte delle interposte persone; collaborazione esclusivamente *ab externo* (ad esempio: l'intestazione fittizia di un immobile o di un'autovettura) per l'ausiliario<sup>43</sup>. L'impostazione riferita, tuttavia, pare contraddetta dal dato testuale: il comma 5 dell'art. 9 legge n. 146/2006 prevede che «per l'esecuzione delle operazioni di cui ai commi 1 e 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono avvalersi di agenti di polizia giudiziaria, di ausiliari e di interposte persone, ai quali si estende la causa di non

---

<sup>41</sup> B. PETRALIA, G. SALERNO, *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, in *Riv. guardia di fin.*, 2003, f. 3, 950.

<sup>42</sup> Il coinvolgimento dei privati nell'attività investigativa – seppure discutibile, sotto certi profili – è una scelta dettata da esigenze pratiche. È difficile immaginare che un funzionario di polizia faccia ingresso in un'organizzazione criminale senza la “mediazione” di un terzo estraneo, magari qualcuno che, proveniente proprio dall'ambiente attenzionato, abbia deciso di collaborare con le autorità inquirenti. V. A. JANNONE, *Operazioni undercover contro i legami con la droga*, in *Guida dir.*, 2001, f. 50, 32.

<sup>43</sup> G. AMATO, *Acquisto simulato da parte dei “privati”*, in *Guida dir.*, 2006, f. 12, 117-118, il quale ragiona sul “vecchio” art. 97 del d.P.R. n. 309/1990; ID., *Se l'agente provocatore entra nel processo*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 2007, f. 2, in <http://gnosis.aisi.gov.it/Gnosis/Rivista11.nsf/ServNavig/17>; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., 34-35.

punibilità prevista per i medesimi casi», esplicitamente ammettendo un coinvolgimento “diretto” nelle attività sotto copertura anche degli ausiliari.

Il comma 4 dell’art. 9 legge n. 146/2006 pone, in capo alle autorità di polizia, una serie di obblighi comunicativi a beneficio del pubblico ministero. Un’apposita comunicazione preventiva deve essere inoltrata al momento di disporre le indagini *undercover*. Qualora sia ritenuto necessario o il pubblico ministero ne faccia richiesta, deve essere indicato il nominativo dell’ufficiale responsabile dell’attività simulata nonché quelli delle interposte persone e degli ausiliari eventualmente impiegati. Nel caso, poi, in cui gli ufficiali e gli agenti di polizia siano autorizzati all’utilizzo di documenti e identità di copertura, di tale circostanza egli deve essere avvisato «al più presto e comunque non oltre le quarantotto ore dall’inizio dell’attività»<sup>44</sup>. Obblighi informativi sono imposti anche nel corso dell’operazione: modalità investigative, soggetti coinvolti e risultati vanno riferiti al pubblico ministero «senza ritardo».

Dalla trama dei rapporti fra pubblico ministero e organi di polizia emerge come l’assetto normativo privilegi il potere decisionale di questi ultimi, cui è affidata la titolarità sia dell’iniziativa che della gestione delle attività simulate. Tuttavia, alla prova dei fatti, l’autorità giudiziaria riveste un ruolo meno marginale di quanto il dato testuale induca a ritenere. È difficile immaginare che un’indagine *undercover* possa essere attivata senza il preventivo avallo del pubblico ministero. Spetta a lui, infatti, valutare (in qualità di *dominus* delle indagini preliminari) se l’operazione in parola si armonizzi con le altre – “ordinarie” – iniziative investigative intraprese nell’ambito del procedimento nonché l’astratta corrispondenza

---

<sup>44</sup> Sebbene la norma, citando solo ufficiali e agenti di polizia, lasci intendere il contrario, l’obbligo di informare il pubblico ministero deve ritenersi sussistente anche nel caso in cui l’autorizzazione all’uso di identità o documenti di copertura sia disposta nei confronti di privati (coinvolti in qualità di interposte persone o di ausiliari). Una differenza di trattamento sul punto non pare giustificata: la possibilità di esercitare un controllo da parte dell’autorità giudiziaria in ordine all’adozione di profili identitari fittizi da parte dei soggetti coinvolti nelle operazioni *undercover* si rende necessario tanto con riferimento al personale di polizia quanto – e forse in maniera più intensa – nei confronti dei privati.

dell'intervento ipotizzato con i criteri che valgono a fondare il riconoscimento della scriminante a beneficio dell'infiltrato<sup>45</sup>.

In quest'ottica, decisivo per assicurare il continuo raccordo fra gli organi di polizia e l'ufficio del giudiziario del titolare della potestà direttiva delle indagini preliminari è proprio il complesso sistema di comunicazioni previste dall'art. 9 comma 4.

Al fondo di questa analisi sui vincoli che regolano la fase operativa, emerge come sia il limite *ratione personae* (che, in deroga alle regole ordinarie, attribuisce uno specifico potere a dei particolari soggetti in ragione del possesso di specifiche competenze) sia gli oneri comunicativi (che consentono al pubblico ministero di esercitare un controllo di legalità sull'intervento della polizia) integrino presupposti la cui violazione condiziona l'utilizzabilità del materiale probatorio eventualmente reperito nel corso delle attività sotto copertura e quindi, di riflesso, l'ammissibilità della testimonianza anonima.

#### *6. Questioni controverse in tema di qualifica soggettiva dell'agente sotto copertura.*

Per completare il quadro delle questioni che attengono alla definizione del perimetro applicativo dell'anonimato testimoniale occorre soffermarsi su un ulteriore aspetto. Lo "statuto speciale" predisposto nel 2010 a tutela dell'identità degli infiltrati non opera qualora tali soggetti siano sentiti nella veste di coimputati in procedimento connesso o collegato. Lo si ricava dal testo dell'art. 210 c.p.p., che, nel disciplinare le modalità dell'esame, richiama una serie di disposizioni in materia di testimonianza tra le quali non figura l'art. 497 c.p.p.<sup>46</sup>.

La concreta incidenza sul piano pratico di tale lacuna dipende dalla soluzione ad un contrasto interpretativo che riguarda la seguente questione: se il pubblico ministero, qualora venga a conoscenza del compimento di un illecito penale da parte

---

<sup>45</sup> G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura*, cit., 50.

<sup>46</sup> V. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., 116 s.; M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito*, cit.

dell'agente sotto copertura, sia obbligato o meno a iscriverne il nominativo nel registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.)<sup>47</sup>.

Un primo indirizzo ritiene che l'autorità giudiziaria non possa escludere automaticamente la punibilità dell'agente che, nel corso di operazioni sotto copertura, abbia posto in essere comportamenti penalmente rilevanti: a tal fine, sarebbe necessario il sindacato di un giudice. In questa prospettiva, l'autorità inquirente: sarebbe tenuta ad aprire un'indagine nei confronti dell'infiltrato; solo qualora dovesse ritenere che l'agente abbia agito nel pieno rispetto dei limiti normativi, potrebbe presentare una richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari<sup>48</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>49</sup> sostiene una tesi diametralmente opposta: il pubblico ministero sarebbe legittimato ad omettere l'annotazione nel registro di cui

---

<sup>47</sup> Il problema si pone solo nelle ipotesi "fisiologiche" di commissione di illeciti penali da parte dell'infiltrato, intendendo come tali i casi in cui l'agente pone in essere le condotte – astrattamente integranti reato – previste dall'art. 9 commi 1 e 2 legge n. 146/2006, nel rispetto dei requisiti operativi stabiliti dal legislatore per lo svolgimento delle operazioni sotto copertura. Non si pone, invece, nelle ipotesi di iniziative "abusive" da parte dell'*undercover*.

Come si è avuto modo di chiarire in precedenza, infatti, il rispetto delle condizioni stabilite dal legislatore per l'attivazione e lo svolgimento delle operazioni sotto copertura rileva sia sul piano sostanziale, consentendo all'*undercover* di beneficiare dell'esimente, sia sul piano processuale, condizionando l'utilizzabilità degli elementi di prova raccolti.

Ciò significa, per quel che qui interessa, che, in tutti i casi di violazione delle disposizioni di cui alla legge n. 146/2006, non operando la causa di giustificazione, l'infiltrato comparirà nel processo in qualità di coimputato e sarà sentito, di conseguenza, nelle forme dell'art. 210 c.p.p.; non potrà essere sentito, tuttavia – stante la sanzione dell'inutilizzabilità di tutto il materiale reperito nel corso di indagini *contra legem* – in merito all'attività svolta, con l'effetto che il mancato richiamo, da parte dell'art. 210 c.p.p., alle misure speciali predisposte a protezione dell'identità dell'agente, non determinerà, in questo specifico caso, alcun "vuoto di tutela".

<sup>48</sup> G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., p. 106-107.

<sup>49</sup> G. AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'"agente provocatore": riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, 2394; G.L. FANULI, *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 283; G. MELILLO, *L'agire*

all'art. 335 c.p.p. in tutte quelle ipotesi in cui l'operazione sia disposta ed eseguita nel pieno rispetto delle condizioni previste dalla legge. In questi casi, infatti, la condotta tenuta dall'infiltrato è pienamente lecita e, quindi, tale da rendere superfluo il meccanismo dell'iscrizione e della conseguente archiviazione<sup>50</sup>.

Piuttosto evidenti sono le conseguenze che discendono dall'adesione all'uno o all'altro orientamento. Nel primo caso, l'agente, il cui nome sia iscritto nel registro delle notizie di reato, sia pure in vista di una rapida e scontata archiviazione, acquista lo *status* di persona sottoposta alle indagini in un procedimento connesso o collegato. Questo comporta che, sentito in pendenza dell'accertamento a suo carico nelle forme dell'art. 210 c.p.p.<sup>51</sup>, l'infiltrato non godrà del regime speciale previsto dall'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p.

Di segno opposto sono le conseguenze che discendono dall'accoglimento della seconda tesi. Se non si procede a carico dell'agente, questi potrà senz'altro beneficiare, al momento di deporre, dello "scudo" dell'anonimato.

Sul punto, va detto che la lettura giurisprudenziale oggi dominante riconosce al soggetto archiviato la qualifica di testimone "comune"<sup>52</sup>. Pertanto, il problema dell'abito giuridico dell'agente risulta stemperato: molto spesso, infatti, il procedimento a carico dell'infiltrato sarà archiviato prima che questi venga chiamato a riferire nel giudizio a carico del membro (o dei membri) dell'organizzazione criminale.

---

*provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, *ivi*, 1999, p. 103; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., 135 s.

<sup>50</sup> R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore*, cit., p. 137 rilevano come, sotto questo profilo, l'attività dell'infiltrato sia equiparabile a quella dell'ufficiale o dell'agente di polizia incaricato, in seguito ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria, di installare le apparecchiature necessarie per le intercettazioni ambientali. Nel compiere le operazioni tecniche egli commette, sotto un profilo strettamente oggettivo, una serie di reati (violazione di domicilio, danneggiamento), i quali tuttavia non vengono certamente annotati nel registro delle notizie di reato.

<sup>51</sup> A conclusioni diverse pare potersi giungere nel caso in cui l'agente debba essere sentito ai sensi dell'art. 197 *bis* c.p.p. V. M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito*, cit.

<sup>52</sup> V. Cass., s.ez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, in *CED Cass.*, 246376.



Ad ogni modo, non si può escludere che i due procedimenti vengano avviati in tempi diversi (o abbiano un decorso significativamente diverso) e questo determini una “sfasatura” cronologica tale per cui l’*undercover* sia chiamato a deporre quando ancora non è intervenuto, in merito alla sua vicenda giudiziaria, un provvedimento di archiviazione.

Anche tenendo conto di tale evenienza, tra le due impostazioni sopra riferite, è da preferire la seconda: appare maggiormente in sintonia con le esigenze e gli obiettivi connessi alle investigazioni sotto copertura<sup>53</sup> ed esclude, al tempo stesso, che la normativa in materia di testimonianza anonima sia esposta ad un dubbio di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 3 Cost. in ragione dell’ingiustificata disparità di trattamento, sotto il profilo della tutela dell’identità, fra l’ipotesi dell’agente sotto copertura sentito in qualità di testimone e quella in cui sia sentito come coimputato. Sarebbe, infatti, irragionevole mettere a rischio l’infiltrato per il solo fatto di avere commesso condotte astrattamente criminose, pur se l’abbia fatto nel pieno rispetto di tutte le condizioni previste per l’operatività della scriminante.

#### *7. Le regole di acquisizione della testimonianza.*

Se le scelte del legislatore in ordine alla definizione del perimetro applicativo della testimonianza anonima – ci si riferisce, in particolare, all’infelice automatismo stabilito fra svolgimento di attività *undercover* e tutela dell’identità – sono state poco ponderate, quelle relative alla disciplina delle modalità acquisitive sono la spia di una totale, e pericolosa, disattenzione. Emergono, infatti, più che altro delle non-scelte: il legislatore si è astenuto dal regolare alcuni aspetti cruciali che attengono alla fisionomia e al funzionamento dell’istituto, con l’effetto di consegnarne la “gestione” al governo della prassi.

---

<sup>53</sup> In questo senso G.L. FANULI, *La testimonianza indiretta*, cit., 2005, p. 283.

In primo luogo, nessuna indicazione si rinviene nell'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. in merito alla conoscenza o meno, da parte del giudice, delle vere generalità del testimone<sup>54</sup>. Si tratta di una lacuna significativa, considerata l'importanza, in chiave di garanzia dell'imputato, di un controllo da parte dell'autorità giurisdizionale. Importanza riconosciuta anche sul piano sovranazionale: il requisito della conoscibilità da parte del giudice della vera identità del teste è forse l'unica garanzia procedurale che, fin dalle prime pronunce che si sono occupate della materia, ha rivestito un ruolo determinante ai fini della diagnosi di una violazione o meno della *fairness* processuale<sup>55</sup>.

Un altro profilo in merito al quale la legge tace, è quello relativo all'obbligo o meno, in capo al testimone, di dichiarare il carattere fittizio delle generalità declinate. Il dubbio sembra doversi risolvere in senso positivo (nel senso, cioè, dell'esistenza dell'obbligo), per un duplice ordine di ragioni: da un lato, perché altrimenti il pregiudizio nei confronti dell'imputato – ignaro non solo del *background* del suo accusatore, ma anche della circostanza che questi stia mentendo su chi dice di essere – sarebbe senza ombra di dubbio insostenibile sul piano costituzionale (art. 24 comma 2 Cost.)<sup>56</sup>; dall'altro, perché tale “finzione nella finzione” avrebbe comunque poche possibilità di reggere alla prova dei fatti: le modalità di escussione del teste (esame a distanza, volto occultato alla vista, interdizione rispetto alla possibilità di rivolgere determinate domande) inevitabilmente porterebbero a svelare il particolare *status* della fonte di prova<sup>57</sup>.

Nessuna regola è prevista, inoltre, in ordine ai vincoli “contenutistici” dell'esame. L'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. non pone veti in relazione a determinati temi che, se scandagliati, potrebbero svelare l'identità del teste; d'altra parte, non

---

<sup>54</sup> V. M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito*, cit.; A. ZAPPULLA, *Commento alla legge 13/8/2010*, cit., 457.

<sup>55</sup> V. cap. I, § 6.2. V. anche *infra*, § 9.

<sup>56</sup> V. ancora A. ZAPPULLA, *Commento alla legge 13/8/2010*, cit., 460.

<sup>57</sup> V., per quest'ultima osservazione, M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito*, cit.

attribuisce nemmeno al giudice il potere-dovere di inibire alle parti domande “inopportune”.

Per verità, un onere di questo tipo potrebbe essere dedotto dal più generale dovere, imposto dall’art. 499 comma 6 c.p.p. al presidente del collegio, di «assicurare la pertinenza delle domande» e la «lealtà dell’esame». Tuttavia – è evidente – la possibilità per il giudice di esercitare un sindacato di questo genere presuppone che questi sia al corrente della reale identità del teste, cosa che, come abbiamo visto, non è affatto scontata.

L’unico profilo che trova compiuta regolamentazione è quello relativo alle cautele previste a salvaguardia dell’identità “fisica” dell’esaminato. L’art. 147 *bis* disp. att. prevede che l’esame si svolga in videoconferenza (salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la presenza in aula del dichiarante) e che si debbano adottare tutti gli accorgimenti necessari «alla tutela e alla riservatezza della persona sottoposta all’esame»<sup>58</sup>.

Due aspetti della disciplina appaiono, tuttavia, poco ragionevoli sul piano del bilanciamento degli interessi coinvolti. In primo luogo, l’adozione «*in ogni caso*» di misure volte ad evitare che il volto del testimone sia visibile.

La particolare natura delle attività svolta sotto copertura fa sì che, in genere, i tratti somatici del testimone-agente siano già noti alle persone sottoposte a processo, con l’effetto di rendere inutili tali misure<sup>59</sup>. È vero che, in molti casi, in giudizio ci saranno imputati con cui l’infiltrato non ha avuto in precedenza a che fare (e si porrà, pertanto, l’esigenza di tutelare nei confronti di questi l’identità “fisica” della fonte di prova)<sup>60</sup>; tuttavia, tale considerazione non giustifica la rigidità della disposizione, la quale non lascia spazio a valutazioni di segno contrario.

---

<sup>58</sup> La disposizione non specifica quali siano le cautele suscettibili di essere adottate dal giudice, tuttavia la formula è ampia abbastanza per ricomprendere l’uso di meccanismi di distorsione della voce, in tutti i casi in cui tale elemento appaia determinante per l’identificazione dell’esaminato.

<sup>59</sup> V. A. ZAPPULLA, *Commento alla legge 13/8/2010*, cit., 460-461.

<sup>60</sup> Nella maggior parte dei casi, infatti, le operazioni sotto copertura s’inscrivono in un progetto investigativo più ampio, che ha ad oggetto fenomeni criminali di vaste dimensioni.

Sarebbe stata una scelta più felice quella di ammettere l'“oscuramento” del volto esclusivamente nei casi in cui l'autorità giurisdizionale lo ritenga necessario, sulla falsariga di quanto previsto dalla legislazione inglese<sup>61</sup>.

Sotto altro profilo, il legislatore avrebbe dovuto fare salva la possibilità per il giudice di vedere il teste, al fine di valutarne il contegno e le reazioni in sede d'esame: tale previsione non avrebbe, infatti, in alcun modo pregiudicato le esigenze di tutela dell'incolumità del dichiarante. Anche da questo punto di vista, la normativa d'oltremarina appare maggiormente attenta ai diritti della difesa: prevede infatti che, anche qualora ne ignori la vera identità, la corte sia essere messa nella condizione di vedere correttamente il testimone<sup>62</sup>.

#### *8. La testimonianza anonima dei dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza.*

La possibilità per i membri dei servizi segreti di testimoniare in forma anonima è regolata dall'art. 8 del d.l. n. 7/2015, convertito dalla legge n. 43/2015, il quale è intervenuto su due fronti.

In ordine alla prima linea d'intervento – la quale tocca, ampliandolo, il contenuto dell'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. – l'intento perseguito dal legislatore è stato quello di estendere le garanzie funzionali, inizialmente riconosciute esclusivamente a ufficiali e agenti di polizia (nonché agli ausiliari e alle interposte persone), anche al personale delle strutture d'*intelligence* al fine di «tutelare i soggetti impiegati nelle attività informative che richiedono false identità e, dall'altro, agevolare acquisizioni probatorie collegate allo svolgimento di tali attività»<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> V. cap. II, § 6.

<sup>62</sup> V. cap. II, § 6, nota 85.

<sup>63</sup> V. la relazione illustrativa alla legge di conversione, reperibile su: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_2\\_1.page;jsessionid=rXVnk5K9mIXcJt+eqy6130U6?contenId=SAN1122637&previousPage=mg\\_1\\_2\\_1](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page;jsessionid=rXVnk5K9mIXcJt+eqy6130U6?contenId=SAN1122637&previousPage=mg_1_2_1)

Le operazioni simulate – siano esse incardinate in un’attività d’indagine penale ovvero indirizzate all’acquisizione di informazioni per garantire l’indipendenza e l’integrità della Repubblica<sup>64</sup> – esigono segretezza e pongono il problema di neutralizzare i pericoli derivanti dall’esposizione “processuale” delle persone che ad esse hanno preso parte<sup>65</sup>. In questa prospettiva, il diverso regime di protezione riservato prima della riforma agli *undercover*, a seconda dell’organismo di appartenenza, risultava irragionevole.

Si deve osservare, tuttavia, come l’intento preso di mira dal legislatore non sia stato perseguito in maniera ineccepibile: il decreto antiterrorismo ha modificato esclusivamente l’art. 497 comma 2-*bis* c.p.p., trascurando l’adeguamento della normativa di attuazione, con l’effetto di determinare un *deficit* di protezione

---

Appare curioso che la relazione citata si riferisca agli esiti delle attività simulate condotte dai servizi in termini di «acquisizioni probatorie», evocando cioè una funzione propria dell’iniziativa giudiziaria, volta alla repressione di condotte illecite passate; tale dimensione dovrebbe essere estranea alle attività d’*intelligence* – siano esse svolte sotto copertura o meno – teleologicamente indirizzate all’acquisizione di informazioni per la garanzia della difesa, dell’indipendenza e dell’integrità della Repubblica. Tale “*lapsus*” accende un faro sulle progressive convergenze e sovrapposizioni fra attività investigativa e attività informativa, specialmente sul terreno del contrasto al terrorismo e al crimine organizzato. Su questi temi, si rinvia a R. ORLANDI, *Attività d’intelligence e diritto penale della prevenzione*, in AA.VV., *Nuovi profili del segreto di stato e dell’attività d’intelligence*, a cura di G. Illuminati, Giappichelli, 2010, 227 s. Più di recente, v. D. NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, 2016, 46-47.

<sup>64</sup> In ordine all’oggetto e agli obiettivi dell’attività di *intelligence*, v. T.F. GIUPPONI, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto di stato*, in AA.VV., *Nuovi profili del segreto di stato e dell’attività d’intelligence*, a cura di G. Illuminati, Giappichelli, 2010, 57 s.; A. MASSERA, C. MOSCA, *I servizi di informazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, vol. I, Giuffrè, 2003, 533-534; C. MOSCA, *Le garanzie funzionali*, in AA.VV., *I servizi di informazione e il segreto di stato*, a cura di C. Mosca-S. Gambacurta-G. Scandone-M. Valentini, Giuffrè, 2008, 196 s.

<sup>65</sup> Sulle attività d’infiltrazione svolte dai servizi, v. G. GUCCIONE, *Le garanzie funzionali*, in AA.VV., *Nuovi profili del segreto di stato e dell’attività d’intelligence*, a cura di G. Illuminati, Giappichelli, 2010, 276 s.; C. MOSCA, *Le garanzie funzionali*, in AA.VV., *I servizi di informazione e il segreto di stato*, a cura di C. Mosca-S. Gambacurta-G. Scandone-M. Valentini, Giuffrè, 2008, 243 s.

dell'identità "fisica" dell'agente segreto, nei cui confronti non operano le speciali modalità di assunzione della prova dichiarativa prescritte dall'art. 147 *bis* disp. att. (esame in videoconferenza e obbligo di adottare le cautele idonee ad evitare che il volto dell'esaminato sia visibile). Permane, dunque, una ingiustificata disparità di trattamento fra le due situazioni, suscettibile di censura dinanzi alla Corte costituzionale.

Sotto altro profilo, la novella riproduce, ed anzi accentua, i nodi problematici connessi al regime di segretezza che permea la prova testimoniale<sup>66</sup>. Con riferimento alle operazioni regolate dalla legge n. 124/2007, infatti, non è previsto alcun onere, in capo all'organo competente ad autorizzare le attività simulate, di comunicare al pubblico ministero il nominativo del funzionario coinvolto (né, per converso, alcun potere del *dominus* delle indagini di richiederlo)<sup>67</sup>. Da ciò deriva che, in questi casi, la reale identità del dichiarante rimane sconosciuta non solo all'imputato e al giudice, ma anche al pubblico ministero<sup>68</sup>.

La possibilità per il personale dei servizi di sicurezza di avvalersi, in sede di deposizione, di generalità fittizie non è circoscritta ai casi in cui tali soggetti abbiano svolto indagini sotto copertura. Alla previsione inserita all'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. si affianca una disciplina di portata più generale (con efficacia limitata, salvo proroghe, al 31 gennaio 2018) – valida nell'ambito di qualsiasi tipo di procedimento

---

<sup>66</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>67</sup> Diversamente dalla polizia giudiziaria, il personale dei servizi non opera alle dipendenze dell'autorità giudiziaria, la quale, di conseguenza, non ha alcun potere di controllo in merito alle attività d'*intelligence* (salvo il caso delle intercettazioni preventive di cui all'art. 4 comma 1 d.l. n. 144/2005). Per un approfondimento in ordine ai controlli – amministrativi e parlamentari – cui è sottoposta l'attività informativa, si rinvia a S. GAMBACURTA, *Il sistema dei controlli*, in AA.VV., *I servizi di informazione e il segreto di stato*, a cura di C. Mosca-S. Gambacurta-G. Scandone-M. Valentini, Giuffrè, 2008, 339. T.F. GIUPPONI, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto di stato*, cit., 93 s.

<sup>68</sup> V. A. BALSAMO, *Le nuove disposizioni sulla tutela processuale, sulle garanzie funzionali e sulle attività di informazione del personale dei servizi segreti*, in AA.VV., *Il nuovo pacchetto "antiterrorismo"*, Giappichelli, 2015, 107.

penale – che attribuisce all’autorità giudiziaria il potere di autorizzare, su richiesta del direttore del Dipartimento di informazione per la sicurezza (DIS) o ai direttori dell’AISE o dell’AISI, l’escussione “sotto mentite spoglie” dei dipendenti degli organismi informativi in tutti i casi in cui la tutela dei dati personali di tali soggetti sia funzionale a salvaguardarne l’incolumità o a garantire la sicurezza della Repubblica<sup>69</sup>.

*9. Il contraddittorio “azzerato”: considerazioni in tema di utilizzabilità delle annotazioni (anonime) d’indagine per impossibilità sopravvenuta dell’esame testimoniale.*

Il velo di segretezza calato sul testimone (sulla sua reale identità, sulle fattezze del volto, su tutte le informazioni che attengono alla sua persona) esaminato nelle forme prescritte dal combinato disposto degli artt. 497 comma 2-*bis* c.p.p. e 147 *bis* disp. att. mette in forte sofferenza il diritto al contraddittorio dell’imputato<sup>70</sup>.

Esiste, peraltro, la possibilità che tale diritto sia compreso in maniera ancora più intensa, tanto da risultare di fatto azzerato, nell’ipotesi in cui le informazioni dell’agente sotto copertura siano veicolate nel procedimento in forma diversa rispetto alla deposizione dell’agente stesso; quando, per dirla con la Corte europea, il testimone sia al tempo stesso «anonimo e assente»<sup>71</sup> e la difesa si trovi a fronteggiare una prova d’accusa “doppiamente problematica” poiché al mantenimento del segreto sulla fonte si somma la mancata attuazione del confronto dialettico in fase di acquisizione della conoscenza processualmente rilevante.

Immaginiamo, per esempio, che l’infiltrato imprevedibilmente muoia prima del dibattimento e che permanga l’esigenza di tenere segreta la sua identità agli

---

<sup>69</sup> V. G. AMATO, *Garanzie funzionali più ampie per chi è sotto copertura*, in *Guida dir.*, 2015, f. 11, 91-92; ID., *Limitate nel tempo le garanzie funzionali attribuite agli 007*, in *Guida dir.*, 2015, f. 19, 92-93.

<sup>70</sup> Il tema sarà affrontato, con specifico riferimento al quadro costituzionale, *infra*, § 10.

<sup>71</sup> V. Cap. I, § 10.

imputati poiché il pericolo di ritorsioni, pur essendo evidentemente venuto meno nei suoi confronti, incombe ancora sui suoi familiari.

Gli atti in cui sono state annotate le attività svolte sotto copertura – i quali, ai sensi dell'art. 115 comma 1-*bis* c.p.p., riportano le generalità fittizie assunte dal funzionario di polizia – possono essere acquisiti ai sensi dell'art. 512 c.p.p.<sup>72</sup>? Il quadro complessivo delle norme che regolano l'anonimato dell'agente *undercover*, da una parte, e di quelle che disciplinano il recupero a fini probatori di atti formati in fase pre-dibattimentale, dall'altra, consentono l'uso di un dato probatorio che arreca questo duplice *vulnus* al diritto di difesa?

Sembrerebbe proprio di sì: nulla osta al ripescaggio degli atti in parola, a condizione – ovviamente – che la morte dell'agente fosse effettivamente imprevedibile<sup>73</sup>. Ne deriva la possibilità per il giudice di basare la propria decisione su notizie provenienti da una fonte che l'imputato non solo non ha avuto modo di esaminare (seppure nelle forme – problematiche – degli artt. 497 comma 2-*bis* c.p.p. e 147 *bis* c.p.p.) ma della quale non conosce nemmeno l'identità. In una situazione del genere – è perfino banale dirlo – il contraddittorio e il diritto di difesa sono schiacciati, annullati, spazzati via.

---

<sup>72</sup> S'impone qui una precisazione. Di norma, la cristallizzazione delle attività simulate avviene mediante registrazioni audio e video; tale modalità di documentazione è infatti da privilegiare per due ordini di ragioni: «sottrae comportamenti e relazioni inevitabilmente complesse ai limiti propri della memorizzazione e della rappresentazione soggettive» e funge al tempo stesso da strumento di controllo della legalità e della correttezza del comportamento dell'agente. V. V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, cit., 23. Quando, tuttavia, l'infiltrato non ha la possibilità di avvalersi di tali strumenti, la documentazione dell'attività svolta avviene nelle forme dell'annotazione ai sensi degli artt. 357 comma 1 c.p.p. e 115 comma 1-*bis* disp. att.

<sup>73</sup> L'art. 512 c.p.p. consente la lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, ogni qual volta la ripetizione sia divenuta impossibile «per fatti o circostanze imprevedibili».



*10. Il difficile inquadramento della testimonianza anonima nell'architettura costituzionale.*

Consentire al testimone-agente sotto copertura di deporre nel processo sottraendo il proprio volto alla vista dell'imputato e declinando le generalità fittizie assunte nell'ambito dell'attività d'infiltrazione costituisce una soluzione estremamente efficace in chiave di protezione della fonte di prova e di conservazione delle risorse investigative. Bisogna capire, tuttavia, se sia "sostenibile" sul piano costituzionale.

È senz'altro vero che l'interesse alla tutela dell'incolumità e della sicurezza della fonte di prova trova copertura nell'art. 2 Cost., il quale protegge i «diritti inviolabili della persona», mentre l'esigenza di conservazione delle risorse investigative si fonda nel più generale «interesse alla realizzazione della giustizia», il quale, pur non trovando alcun "aggancio" specifico alla normativa costituzionale, «è garantito in via primaria» dalla Carta fondamentale<sup>74</sup>.

Va da sé, tuttavia, che nessun bene giuridico in potenziale contrasto con un altro interesse a rilevanza costituzionale possa del tutto prevalere su questo: un corretto bilanciamento dei valori in gioco non può implicare l'annichilimento di uno a vantaggio dell'altro. E i principi costituzionali vulnerati dalla testimonianza anonima sono molti, e di primissimo piano.

In primo luogo, l'art. 24 comma 2 Cost.: il diritto di difesa è indubbiamente pregiudicato a fronte di un testimone d'accusa che rimane nell'ombra, non svela la propria identità e nemmeno il proprio volto<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Lo ha affermato la Corte costituzionale in alcune risalenti pronunce dedicate al segreto di polizia (Corte Cost., 21 novembre 1968, n. 114; Corte Cost., 26 novembre 1970, n. 175). La Corte ha riconosciuto che l'esigenza di tutelare l'identità delle fonti confidenziali discende dall'interesse alla repressione dei reati (v. *supra*, sez. I, § 7 nota 83). Un ragionamento del medesimo tenore può essere fatto, oggi, con riferimento agli agenti *undercover*, che rappresentano la "nuova frontiera" nell'attività investigativa di penetrazione delle strutture criminali.

<sup>75</sup> A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 294-295.

Lo “statuto speciale” predisposto dalla legge n. 136/2010 per l’assunzione della prova dichiarativa dell’*undercover* entra in collisione anche con il principio di parità delle parti: il regime di segretezza determina un’asimmetria informativa fra il pubblico ministero e l’imputato difficilmente conciliabile con l’imperativo di cui all’art. 111 comma 2 Cost.<sup>76</sup>

Viene in gioco, evidentemente, anche l’art. 111 comma 4 Cost. e il nodo da sciogliere, con riferimento a tale norma, è il seguente: la testimonianza assunta con i limiti contenutistici che l’anonimato del dichiarante necessariamente impone può ancora dirsi una testimonianza acquisita nel contraddittorio? Qual è il livello minimo di attuazione della «regola d’oro»<sup>77</sup> del processo penale, al di sotto del quale siamo costretti a registrare un’eccezione?

Sulla scorta delle considerazioni svolte in merito al principio di necessaria correlazione tra notizia e fonte<sup>78</sup>, non sembra ci siano dubbi nel ritenere che la testimonianza anonima non rispetti quel livello minimo<sup>79</sup>.

Quando depone, il testimone non mette in gioco solo il suo sapere ma anche la sua persona: eventuali motivi di interesse o di astio nei confronti dell’accusato, la sua storia, la reputazione, il carattere, le esperienze ecc.<sup>80</sup>. Se il confronto dialettico

<sup>76</sup> A. ZAPPULLA, *Commento alla legge 13/8/2010, n. 136*, cit., 458.

<sup>77</sup> La definizione è di P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Zanichelli, 2012, 148.

<sup>78</sup> V. *supra*, sezione I, § 4.

<sup>79</sup> V. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, Giuffrè, 2016, 40; A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 294-295; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 65; V. FANCHIOTTI, *Agente sotto copertura*, cit., 22. Di contrario avviso M. DANIELE (*La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, 75), il quale sostiene che «la testimonianza anonima, pur attenuandone la portata, non elimina alla radice il metodo dialettico» poiché «comporta pur sempre un’assunzione di dichiarazioni nello scontro tra le parti»; perciò – secondo l’Autore – «il suo fondamento può essere rinvenuto – oltre che nelle eccezioni statuite dall’art. 111 comma 5 Cost. – anche in un processo di bilanciamento tra il contraddittorio ed altri beni costituzionali» e A. DIDI, *Le disposizioni processuali introdotte con la legge sul piano straordinario contro le mafie*, cit., 390.

<sup>80</sup> G. DI CHIARA (*op. cit.*, 158) evidenzia come i nessi di compenetrazione tra narrante e *narratum* si colgono anche sul piano definitorio: “*probus*” è l’uomo di buona fede e “*probare*” significa far fede di un fatto; le operazioni probatorie postulano, sul piano delle fonti, uomini di buona fede.

perde questa dimensione “personale”, il contraddittorio è svuotato di un suo «ingrediente necessario»<sup>81</sup> e non può più dirsi tale.

Alla luce di questa premessa, l’attenzione si sposta dal comma 4 dell’art. 111 Cost. al comma 5. In quanto deroga al contraddittorio, la testimonianza anonima non può che “vivere” negli spazi aperti dal «consenso dell’imputato», dalla «provata condotta illecita» e dall’«impossibilità di natura oggettiva». Si tratta però – a ben guardare – di spazi, per motivi diversi, davvero angusti<sup>82</sup>. L’impressione è, infatti, che le ipotesi descritte dall’art. 111 comma 5 Cost. siano “inadeguate” rispetto al caso della testimonianza anonima; e la ragione è semplice: non sono state pensate per questa particolare “deviazione” dal contraddittorio.

Per mettere a fuoco il punto, verrà utile una breve digressione. Il principio del contraddittorio impone che il momento dialettico espliciti la massima potenzialità espansiva consentita dal mezzo probatorio. In relazione alla prova dichiarativa, due sono le condizioni indispensabili: le parti devono conoscere l’identità della fonte, al fine di vagliarne la credibilità; il confronto dialogico deve avere carattere «poietico»<sup>83</sup> e non solo retorico-argomentativo.

Questi due aspetti – in certa misura correlati se si guarda al contraddittorio “in pratica” – sono distinti sul piano teorico: uno rappresenta lo *standard* minimo di attuazione del *right to confrontation* – cioè la possibilità quantomeno di criticare la fonte di prova – e, come tale, è presidiato, di regola, da un’inutilizzabilità assoluta; l’altro, lo *standard* massimo, è assistito da un’inutilizzabilità relativa: in termini generali, le dichiarazioni unilateralmente raccolte possono essere impiegate a certi fini (per esempio, per le decisioni prese in corso di indagini), ma non ad altri (per esempio, per la sentenza dibattimentale). Uno pone l’accento sui contenuti dell’esame (che devono potersi estendere sino a toccare le questioni concernenti la persona del dichiarante); l’altro, sui suoi tempi (il confronto non può essere postumo; deve caratterizzare la genesi della dichiarazione).

<sup>81</sup> Così F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 67.

<sup>82</sup> V. A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 294; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 68-69.

<sup>83</sup> G. GIOSTRA, voce *contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, Agg., 2001, 4.

L'impressione – come dicevamo – è che sia solo questo secondo aspetto (il contraddittorio “per” la prova, secondo una formula celebre<sup>84</sup>) ad essere preso in considerazione dall'art. 111 comma 5 Cost., probabilmente perché il primo (la possibilità di contestare la fonte di prova) era considerato – fino a ieri – insuscettibile di deroghe. Di qui, la già segnalata *impasse*: l'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. rappresenta un'eccezione al contraddittorio, ma, nell'impianto delle deroghe costituzionali, stenta a trovare spazio.

Certo, il consenso dell'imputato è suscettibile di “sanare” carenze al metodo dialettico come quella in esame, ma l'ipotesi sembra destinata a restare “sulla carta”: molto difficile che, in concreto, possa ricevere applicazione.

La provata condotta illecita è la fattispecie eccezionale più affine alle dinamiche e alla *ratio* della testimonianza anonima, poiché riguarda i casi in cui la libertà di autodeterminazione del testimone risulta compressa da illecite interferenze esterne<sup>85</sup>. Esiste, tuttavia, un problema di ordine logico: il predicato «provata» – riferito alla condotta illecita – allude a comportamenti intimidatori già consumati (i quali – se accertati – giustificano la deroga al contraddittorio), mentre nell'ipotesi in esame l'illecito è “in potenza”<sup>86</sup>.

L'anonimato, postulando la mancata individuazione del teste, sembra escludere che condotte di pressione ai danni del dichiarante siano (già) state perpetrate. Suscettibile di verifica parrebbe, al limite, solo il *pericolo* che un

---

<sup>84</sup> D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2013, 255.

<sup>85</sup> Per un inquadramento generale si rinvia, per tutti, a M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, 2009.

<sup>86</sup> Nessuno dubita che occorra una condotta per ritenere positivamente integrata la fattispecie descritta dall'art. 111 comma 5 Cost. V., ancora, M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, cit., 82 s. V. anche E. Marzaduri (*Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Legisl. pen.*, 2000, 804) il quale precisa che non potranno assumere rilevanza situazioni che non hanno acquisito le sembianze di una condotta.

comportamento illecito sia posto in essere<sup>87</sup>. Ma accettare che quel “provata” si riferisca non ad una già avvenuta compressione della libertà di autodeterminazione del testimone, bensì al rischio che questa possa realizzarsi, rappresenta un radicale disallineamento con l’imperativo costituzionale: risulterebbe alterato l’assetto complessivo dei rapporti fra contraddittorio e relative deroghe.

Per l’accertata impossibilità di natura oggettiva, la difficoltà è evidente; per giustificare lo strappo al contraddittorio, non basta un qualsiasi impedimento: occorre un ostacolo “qualificato”, ossia una vera e propria impossibilità, assoluta e materiale<sup>88</sup>. Nel nostro caso, inutile dirlo, la deposizione non è certo impossibile; semmai è rischiosa, costosa, inesigibile.

### *11. Il contraddittorio inesigibile*

L’aspetto da ultimo menzionato merita un approfondimento. La forzatura interpretativa delineata, infatti, trova pericolosi riscontri sistematici.

Si registra, nella prassi, la tendenza ad interpretare in maniera elastica la clausola dell’impossibilità oggettiva nei casi in cui l’acquisizione del contributo testimoniale sia suscettibile di provocare un grave danno alla salute psico-fisica della fonte di prova.

In alcuni casi che vedevano coinvolti in qualità di testimoni dei minori in stato di forte stress – destinato prevedibilmente ad aggravarsi in caso di esame

---

<sup>87</sup> Lo spiega bene S. MAFFEI (*op. cit.*, 1705): «l’obiettivo dell’anonimato è prevenire le intimidazioni» e, per tale ragione, la decisione in merito alla sua concessione «non può che fondarsi su presunzioni desunte – di necessità – dalla personalità del[l’imputato] e dalla natura del reato contestato».

<sup>88</sup> V. C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, 230 s.; P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 2002, 108-109; S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006, 152.

dibattimentale – la Suprema Corte ha ritenuto impossibile *per ragioni oggettive* l'assunzione del contributo testimoniale, con conseguente recupero delle dichiarazioni predibattimentali<sup>89</sup>.

L'intento perseguito dai giudici è agevole da intuire: hanno voluto evitare ai minorenni, già fortemente provati dai fatti oggetto di accertamento processuale ulteriori traumi esonerandoli dal confronto dialettico in aula. Tuttavia, come evidenziato dalla dottrina, la soluzione, sebbene forse giustificabile nel caso di specie, è inaccettabile in linea di principio<sup>90</sup>.

L'impossibilità di natura oggettiva, che consente di rinunciare al contraddittorio, non può che essere assoluta e attuale; ritenerla integrata anche in ragione del possibile danno psicologico del testimone significa riconoscerla in presenza di una prova non impossibile, ma solo “difficile” e, soprattutto, in ragione non di un accertamento attuale della (im)praticabilità del confronto dialettico, ma di un pericolo paventato<sup>91</sup>.

Tale impostazione nega, insomma, i due tratti salienti associati dall'art. 111 comma 5 Cost. all'impossibilità oggettiva: l'assolutezza e l'attualità e le conseguenze «di merito e di metodo» che da questi caratteri discendono: «per un verso, la nozione costituzionale di “irripetibilità” spazza via ogni equivoco rispetto alle zone di confine che circondano l'area dell'impossibilità di realizzare il contraddittorio, tagliandone fuori le zone grigie che non siano riconducibili a circostanze di fatto, ingovernabili dai protagonisti del processo, che rendono radicalmente impraticabile in concreto l'assunzione della prova nel contraddittorio fra le parti; per altro verso, tali

---

<sup>89</sup> Cass., sez. III, 25 settembre 2000, Galliera, in *Cass. pen.*, 2002, 615 con note di S. ARDITA. In merito a tale pronuncia, v. anche T. CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, in *Cass. pen.*, 2002, 1060; più di recente, condivide la medesima impostazione Cass., sez. III, 5 novembre 2009, P., in *C.E.D.*, Rv 246017.

<sup>90</sup> P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, 3<sup>a</sup> ed., Zanichelli, 2012, 179.

<sup>91</sup> C. CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minore*, in AA.VV., *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2015, 320.

circostanze debbono essere attuali e venire dimostrate con un procedimento incidentale rigoroso e specifico, senza nulla concedere a presunzioni o ipotesi»<sup>92</sup>.

Il dato – come anticipato – assume particolare rilievo in un’ottica sistematica. L’istituto introdotto dalla legge n. 136/2010 – concepito per “smarcare” la fonte da un confronto dialettico ritenuto troppo rischioso – condivide con tale orientamento la logica di fondo<sup>93</sup> e rischia di incoraggiare lo slabbramento della clausola costituzionale.

## 12. *Disciplina domestica e giurisprudenza europea: profili d’incompatibilità.*

Nel valutare l’aderenza della normativa interna in materia di testimonianza anonima alle direttive elaborate a Strasburgo non si può prescindere dalla previa ricognizione dei principi recentemente espressi dalla Corte costituzionale sul metodo del giudizio di compatibilità convenzionale e, più in generale, sul dialogo fra le corti.

La pronuncia cui si allude è la n. 49 del 2015, la quale ha configurato precisi limiti all’obbligo di interpretazione conforme alla C.e.d.u. (nel significato ad essa attribuito dalla Corte europea) da parte degli operatori giuridici nazionali<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Così C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 233-234.

<sup>93</sup> Vale a dire: l’evenienza che l’escussione dibattimentale non sia radicalmente compromessa, ma solo fortemente “sconsigliata” in ragione della peculiare posizione e delle condizioni personali della fonte di prova e la circostanza che l’esonero dal confronto dialettico non poggia sulla “constatazione” di un determinato stato di cose (l’intervenuta irripetibilità dell’atto), bensì sulla prognosi di un ipotetico rischio.

<sup>94</sup> Le questioni dischiuse dalla Corte sono molte, complesse e dense di ricadute di carattere sistematico. Non essendo possibile in questa sede svolgere un’analisi particolareggiata della sentenza, si rinvia, per gli opportuni approfondimenti, a: N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della “controriforma” imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ord. int. dir. umani*, 2015, 3, 555; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, 318; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del*

In particolare, la Consulta ha affermato che il giudice interno è tenuto a fondare il proprio processo interpretativo «solo [su] un “diritto consolidato”, mentre alcun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»<sup>95</sup>. Soltanto quando è divenuto «*well-established case-law*»<sup>96</sup>, l’indirizzo esegetico dei giudici europei propriamente vincola l’organo giurisdizionale domestico a dare una lettura della legge nazionale ad esso conforme o, qualora tale strada non sia percorribile, a sollevare l’incidente di costituzionalità<sup>97</sup>.

L’idea veicolata dalla Corte è che non tutte le affermazioni di principio di matrice europea assurgano al rango di parametro interposto ai sensi dell’art. 117 Cost., ma solo quelle che, opportunamente radicate, costituiscono manifestazione della “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo.

Il problema, evidentemente, è capire cosa s’intenda per “diritto consolidato” e cosa lo distingua dal diritto che consolidato non sarebbe. La pronuncia ha enucleato una serie di indici «idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento». L’interprete può legittimamente discostarsi dalle linee guida della Corte europea quando tutti o alcuni dei seguenti indizi si manifestino: «la creatività

---

*rilievo della Cedu in ambito interno*, *ivi*, 325; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/12/sorrenti.pdf>; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, 333; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni cost.*, 2, 400; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in <http://www.rivistaaic.it>.

<sup>95</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

<sup>96</sup> La Corte indica altre due ipotesi in cui sorge per il giudice un vincolo interpretativo: qualora la decisione della Corte europea abbia definito la causa di cui l’organo giurisdizionale torna ad occuparsi; nel caso in cui sia emessa una “sentenza pilota”.

<sup>97</sup> Sempre che tale indirizzo non si riveli in contrasto con la Costituzione. In questa eccezionale eventualità, il giudice comune è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento alla Convenzione.



del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

È, dunque, alla luce di questa divaricazione fra diritto consolidato e non che vanno sciolti i dubbi circa la compatibilità convenzionale della disciplina interna sulla testimonianza anonima<sup>98</sup>. Si tratta, lo si anticipa fin da subito, di operazione nient'affatto semplice; non solo e non tanto poiché le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale sul punto sono ambigue e di non agevole né univoca applicazione<sup>99</sup>, quanto piuttosto per la natura e la “consistenza” dei principi affermati dalla Corte europea sullo specifico terreno delle violazioni al contraddittorio e della *fairness* processuale.

Non v'è dubbio che, prima della sentenza *Al-Khawaja*, costituisse “diritto consolidato” la regola che impediva di fondare la condanna in misura decisiva sulla deposizione del teste anonimo<sup>100</sup>. Il *revirement* della Grande Camera, tuttavia, ha “disinnescato” quell'orientamento giurisprudenziale, determinando – sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale – il venir meno della sua portata vincolante.

In quella pronuncia, come sappiamo, la Corte europea ha stabilito che, al di là dell'importanza rivestita dalla prova nell'economia globale della causa (la quale costituisce sì un fattore importante di cui tenere conto, ma non un elemento

---

<sup>98</sup> Non si esamineranno le altre ipotesi, enucleate dalla Consulta, suscettibili di determinare un obbligo di interpretazione conforme (v. *supra* nota 86) poiché non rilevano nella materia che ci occupa.

<sup>99</sup> V. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca*, cit., 443.

<sup>100</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte al cap. I, § 5.1.

dirimente), a “salvare” l’equità processuale di procedimenti in cui si sia fatto uso *contra reum* di dichiarazioni acquisite in difetto di contraddittorio è l’accertamento della sussistenza di «garanzie procedurali» suscettibili di controbilanciare il *deficit* dialettico.

Si tratta di *well-established case-law*: il principio è stato affermato dalla Corte europea nella sua composizione più autorevole (e ribadito cinque anni dopo nuovamente dalla Grande Camera) e si ritrova in tutta la giurisprudenza delle singole sezioni successiva alla pronuncia *Al-Khawaja*. Eppure – ed ecco affiorare le difficoltà cui si accennava – esso è ugualmente inidoneo a vincolare il giudice interno nel suo processo interpretativo. La nozione «garanzie procedurali», infatti è marcatamente sfuggente, si apre ad un universo di senso. Nelle diverse occasioni in cui i giudici europei hanno tentato di riempire di contenuto tale concetto ne hanno offerto svariate declinazioni, restituendo un panorama a tinte cangianti.

È sì vero che, sulla scorta di un’indagine della giurisprudenza rilevante, le *procedural safeguards* cui il giudice europeo si richiama sembrano coagularsi, quando vengono in rilievo prove anonime, attorno a tre significati essenziali: l’esigenza di un controllo giurisdizionale sull’identità del testimone segreto; il principio di *extrema ratio* nel ricorso a tale strumento di tutela della fonte dichiarativa; la necessità che la difesa sia messa nella condizione di valutare, per quanto possibile, la credibilità del dichiarante<sup>101</sup>.

Anche queste specificazioni del principio più generale, tuttavia – ad esclusione, della regola per cui il giudice deve essere a conoscenza delle vere generalità del teste – sono indicazioni di massima, suscettibili in concreto (e in relazione alle diverse realtà normative statali) di diversa applicazione, e non comandi con un contenuto precettivo attuale e immediatamente attingibile.

Come abbiamo visto, la Corte ha adottato questo approccio per avere ampio margine di manovra in un terreno – quello delle garanzie del giusto processo – in cui si accontenta di bilanciamenti complessivi e in cui rivendica il massimo della

---

<sup>101</sup> V. cap. I, §§ 6.1., 6.2. e 7.

flessibilità<sup>102</sup>; ciò tuttavia determina, sul versante interno, l'impossibilità per il giudice di mettere a fuoco i principi "consolidati" e, in ultima analisi, di individuare quali aspetti della disciplina nazionale siano deficitari rispetto al modello proposto a Strasburgo.

Vale la pena ribadire il concetto. In materia di *right to confrontation*, la "sostanza" della giurisprudenza di Strasburgo – la necessità di garanzie procedurali a compensazione del *vulnus* al contraddittorio – non ha la struttura e il contenuto idonei a farne un comando immediatamente precettivo<sup>103</sup>. Si tratta, infatti, di un concetto che evoca un catalogo aperto di prescrizioni, che la Corte europea si riserva di volta in volta di identificare, nell'ambito di una valutazione complessa nella quale molti fattori entrano in gioco e, soprattutto, nell'ambito della quale ciò che oggi costituisce un elemento decisivo per escludere la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. non lo è domani, a fronte di un differente assetto di interessi e circostanze.

In questo quadro, come accennato, a fare eccezione è la regola per cui il giudice deve essere messo a conoscenza delle vere generalità del teste, la quale sembra possedere entrambi i requisiti per fungere da "parametro interposto" di costituzionalità (e, dunque, per vincolare sul piano interpretativo il giudice comune):

---

<sup>102</sup> V. cap. I § 5.3.

<sup>103</sup> In questa prospettiva, lascia perplessi quell'orientamento della Cassazione che ravvisa nella regola che i giudici europei fanno discendere dall'art. 6 C.e.d.u., vale a dire il divieto di «fondare la condanna dell'imputato, unicamente ovvero in misura determinante, su dichiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né in dibattimento, salvo che l'impossibilità di controinterrogare il dichiarante non sia stata controbilanciata da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità del processo nel suo insieme», una «norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto», suscettibile di diretta applicazione nell'ordinamento interno. V. Cass., sez. II, 27 gennaio 2016, L.L., in *Dir. pen. proc.*, 2016, 302.

ha un contenuto chiaro e dettagliato e costituisce un principio che, sulla scorta delle indicazioni della Consulta, ha trovato adeguato consolidamento<sup>104</sup>.

Allo stato, dunque – e in attesa che una sentenza della Corte europea dia delle indicazioni specifiche, tarate sul nostro sistema probatorio, sulle «garanzie procedurali» in concreto idonee a rendere l'istituto della testimonianza anonima in linea con i canoni del *fair trial* – l'unico profilo di incompatibilità suscettibile di giustificare un incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. sembra essere la mancata previsione nell'art. 497 comma 2-*bis* c.p.p. del dovere di informare il giudice sulla reale identità del testimone.

### 13. Rilievi de iure condendo.

Tutte le riflessioni sviluppate nei paragrafi precedenti convergono in un'unica e ben definita conclusione: i problemi di compatibilità con alcuni – molti – principi costituzionali e la logica tipicamente “inquisitoria” cui è improntata rendono la testimonianza anonima un istituto difficilmente conciliabile con le attuali coordinate sistematiche, tanto da suggerire un radicale ripensamento. La tutela – sacrosanta – del testimone-agente dovrebbe essere perseguita battendo altre strade, meno dirompenti sul piano dei diritti difensivi<sup>105</sup>.

Un'inversione di rotta è, tuttavia, uno scenario poco plausibile a fronte delle sempre maggiori concessioni che l'Europa fa al teste anonimo e alle “conferme” che esso riceve dall'esperienza di altri Paesi (anche di quelli, come abbiamo visto, a vocazione spiccatamente accusatoria).

---

<sup>104</sup> Si tratta, infatti, di un canone la cui importanza è valorizzata anche nella giurisprudenza più risalente e non si registrano sentenze che, rilevato un *deficit* in tal senso, abbiano escluso la violazione dell'art. 6 C.e.d.u.

<sup>105</sup> La dottrina ne suggerisce alcune: il ricorso sistematico all'incidente probatorio (magari regolato in modo da non svelare troppo in anticipo l'identità della fonte di prova e da proibire la reiterazione dell'esame in dibattimento) o, in casi estremi, il diritto al silenzio per il dichiarante. V. A. CAMON, *Accuse segrete*, cit., 296.

S'impone, allora, di ragionare su alcune possibili modifiche alla legge sui testimoni "segreti", al fine di rendere l'istituto, se non compatibile, quantomeno maggiormente in linea con il quadro costituzionale. In particolare, s'intende qui proporre una triplice linea d'intervento.

In primo luogo, è fondamentale, a parere di chi scrive, che il legislatore stabilisca espressamente il dovere, in capo all'accusa, di comunicare al giudice la reale identità del teste. Non solo perché ce lo chiede la Corte europea<sup>106</sup>, ma anche perché tale onere informativo ha un importante contenuto di garanzia in chiave di tutela del diritto di difesa (oltre a rendere possibile il sindacato dell'organo giurisdizionale sulle domande cui l'esaminato ha diritto di non rispondere, al fine di evitare di essere identificato).

Sotto altro profilo, la concessione dell'anonimato non dovrebbe essere automatica, ma subordinata ad una valutazione caso per caso, di modo da raggiungere nella singola fattispecie il miglior equilibrio possibile fra i diversi interessi in gioco ed evitare che l'identità del teste sia tutelata anche in casi in cui sarebbe superfluo. Non si deve dimenticare che quello in esame è un regime di acquisizione della testimonianza di carattere eccezionale, che si pone in contrasto con svariati precetti costituzionali; la sua applicazione deve, pertanto, essere confinata alle situazioni in cui risulti effettivamente indispensabile.

Infine, s'impone un aggiustamento alle regole che governano l'assunzione della prova testimoniale nei casi in cui l'anonimato sia concesso: l'adozione delle cautele idonee ad evitare che il volto dell'esaminato sia visibile non dovrebbe essere automatica, bensì subordinata ad una valutazione caso per caso.

---

<sup>106</sup> V. *supra*, § 9.



## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO R., *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, 1234.
- AMATO G., *Acquisto simulato da parte dei "privati"*, in *Guida dir.*, 2006, 12, 114.
- AMATO G., *Consentito l'utilizzo dei documenti falsi*, in *Guida dir.*, 2006, 121.
- AMATO G., *Garanzie funzionali più ampie per chi è sotto copertura*, in *Guida dir.*, 2015, f. 11, 91.
- AMATO G., *Infiltrazione sempre d'intesa con la Dcsa*, in *Guida dir.*, 2006, f. 12, 119.
- AMATO G., *L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate*, in *Guida dir.*, 2005, f. 25, 67.
- AMATO G., *La definizione della posizione processuale dell'"agente provocatore": riflessi sulla capacità a rendere testimonianza*, in *Cass. pen.*, 1996, 2390.
- AMATO G., *Limitate nel tempo le garanzie funzionali attribuite agli 007*, in *Guida dir.*, 2015, f. 19, 92.
- AMATO G., *Se l'agente provocatore entra nel processo*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 2007, f. 2, in <http://gnosis.aisi.gov.it/Gnosis/Rivista11.nsf/ServNavig/17>.
- AMATO G., *Stupefacenti. Guida pratica per l'operatore di polizia*, 3<sup>a</sup> ed., Laurus, 2011.
- AMODIO E., *Estetica della giustizia penale*, Giuffrè, 2016.
- APRATI R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, 2010.
- ARDITA S., *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, 2002, 616.
- ASHWORTH A., *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Sweet & Maxwell, 2002.

#### BIBLIOGRAFIA

- ASHWORTH A., *Human rights, serious crimes and criminal procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- AURICCHIO A., *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *Guida dir.*, 2010, 39, 61.
- BAGSHAW R., *Anonymous evidence: R v Mayers*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2009, 137.
- BALSAMO A., “*Processo equo*” e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione e della Corte Suprema del Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2011, 4494.
- BALSAMO A., *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del “nuovo corso” avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837.
- BALSAMO A., *La cultura della prova del giudice nazionale e l’interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. mer.*, 2007, 2036.
- BALSAMO A., *Le nuove disposizioni sulla tutela processuale, sulle garanzie funzionali e sulle attività di informazione del personale dei servizi segreti*, in AA.VV., *Il nuovo pacchetto “antiterrorismo”*, Giappichelli, 2015, 105.
- BALSAMO A., LO PIPARO A., *La “prova per sentito dire”*, Giuffrè, 2004.
- BALSAMO A., *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del “diritto vivente” nel processo di integrazione giuridica europea*, in *Cass. pen.*, 2006, 3008.
- BARALDI A., TORTORA G., *La disciplina degli scritti anonimi*, in *Rivista della guardia di finanza*, 2000, 795.
- BARROCU G., *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973.
- BELLAVISTA G., voce *Anonimi (scritti)*. *Dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958, 503.
- BENTHAM J., *Teoria delle prove giudiziarie di Geremia Bentham giureconsulto inglese prima versione italiana del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli*, vol. III, libro IX, Mazzoleni, 1824.



## BIBLIOGRAFIA

- BIRAL M., *L'overall examination: nuove frontiere del diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, 197.
- BIRCH D., LENG R., *Blackstone's guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, 2000.
- BORTOLIN C., *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Giappichelli, 2008, 395.
- BOWDEN P., HENNING T., PLATER D., *Balancing fairness to victims, society and defendants in the cross-examination of vulnerable witnesses: an impossible triangulation?*, in *Melbourne Univ. Law Rev.*, 2014, 539.
- BRONZO P., *Le modificazioni in tema di informazioni confidenziali*, in AA. VV., *Guida alla riforma del giusto processo*, Giuffrè, 2002, 117.
- BRUNO P., *Informatori di polizia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, 1.
- BURTON M., *Vulnerable and intimidated witnesses and the adversarial process*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2007, 11, 1.
- BUSETTO M.L., *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, 2009.
- BUZZELLI S., *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, 2000.
- CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, f. 3-4, 2014, 143.
- CALAMANDREI I., *Art. 194*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 427.
- CAMON A., *Accuse segrete*, in *Dir. pen. del XXI sec.*, 2014, 285.
- CAMON A., *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 1426.
- CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996.
- CAMON A., *Nullità probatorie, omissio deposito di atti d'indagine e principio di non regressione: un caso emblematico in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 1994, 764.
- CANTONE R., *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, 2982.
- CAPRIOLI F., *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000.
- CAPRIOLI F., *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del

## BIBLIOGRAFIA

- convegno degli studiosi del processo penale, Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, 37.
- CAPRIOLI F., *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto costituzionale*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, 2002, 59.
- CAPUTO G., *Inquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, 1971, 713.
- CARDINO A., GUIDA R., RANALDI A., *Processo penale e prove documentali*, Giuffrè, 2004.
- CAROFIGLIO G., *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2005.
- CARRARA F., *Lineamenti di pratica legislativa penale (1874)*, Mulino, 2007.
- CASIRAGHI R., *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti*, in *Cass. pen.*, 2016, 2626.
- CASIRAGHI R., *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, vol. XVI, a cura di G. Ubertis-G.P. Voena, Giuffrè, 2011.
- CASIRAGHI R., *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3115.
- CASSIBBA F., *Il contraddittorio nella formazione della prova fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. al fasc. 12, 126.
- CAVALLARO T., *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio*, in *Cass. pen.*, 2002, 1060.
- CESARI C., *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, 227.
- CESARI C., *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Giuffrè, 1999.
- CESARI C., *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne*, in AA.VV., *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2015, 263.

## BIBLIOGRAFIA

- CESARI C., *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1447.
- CESARI C., *Testimonianza indiretta*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. I, Giuffrè, 2008, 1139.
- CHIAVARIO M., *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 939.
- CHIAVARIO M., *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Giuffrè, 2002, 21.
- CHOO A., *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Clarendon Press, 1996.
- CISTERNA A., *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 2006, 17, 79.
- CISTERNA A., *L'impossibilità di controllare la fonte non reticente consente l'acquisizione delle dichiarazioni raccolte*, in *Guida al diritto*, 2010, f. 40, 84.
- CISTERNA A., *Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al governo in materia di normativa antimafia*, addenda al *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Ipsoa, 2010.
- COLACINO N., *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della "controriforma" imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ord. int. dir. umani*, 2015, 3, 555.
- COLAIACOVO G., *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, in *Cass. pen.*, 2009, 4323.
- COLOMBO C., *L'agente provocatore e la figura dell'infiltrato*, in *Riv. pen.*, 2007, f. 1, 9.
- CONTI C., *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197.
- COOPER D., *Pigot unfulfilled: video-recorded cross-examination under section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, in *Crim. Law Rev.*, 2005, 456.

#### BIBLIOGRAFIA

- CORDERO F., *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2012.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963.
- CORSO P., *Notizie anonime e processo penale*, Cedam, 1977.
- COSTIGAN R., THOMAS P.A., *Anonymous witnesses*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 51, n.2, 326.
- CROQUET N.A.J., *The European Court of human rights' norm-creation and norm-limiting processes: resolving a normative tension*, in *Columbia journal of european law*, 2011, 308.
- CRUZON L.B., *English legal history*, Macdonald & Evans, 1979.
- D'AMBROSIO E., *Scritti anonimi e loro utilizzazione come corpo del reato*, in *Foro it.*, 2001, 490.
- D'AMBROSIO L., *La polizia giudiziaria nel processo penale*, in ID., *La pratica di polizia giudiziaria*, 7<sup>a</sup> ed., Cedam, 2007.
- DANIELE M., *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012.
- DANIELE M., *Testimony through a live link in the perspective of the right to confront witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, 189.
- DE LUCA G., *Le bocche della verità*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1955, 384.
- DE MAGLIE C., *L'agente provocatore*, Giuffrè, 1991.
- DE WILDE B., *A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2013, vol. 17, n. 2, 166.
- DENNIS I., *The human rights act and the law of evidence: ten years on*, in *Syd. Law Rev.*, 2011, 332.
- DENNIS I., *The Law of Evidence*, 5<sup>a</sup> ed., Sweet and Maxwell, 2014.
- DENNIS I., *Witness anonymity in the criminal process*, in *Essays in criminal law in honour of sir Gerald Gordon*, a cura di J. Chalmers-F. Leverick-L. Farmer, Edinburgh University Press, 2010, 241.
- DESSÌ A., *Le notizie anonime nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1972, 272.
- DEZZA E., *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli, 2009.
- DI CHIARA G., *Ad faciendam fidem: i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*,

## BIBLIOGRAFIA

- in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, Giappichelli, 2003, 157.
- DI PAOLO G., *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Quaderni del dipartimento, Università degli studi di Trento, Alcione, 2002.
- DIDDI A., *Le disposizioni processuali introdotte con la legge sul piano straordinario contro le mafie (commento alla l. 13 agosto 2010, n. 136)*, in *Studium iuris*, 2011, 389.
- DINACCI R., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, 2008.
- DOAK J., HUXLEY-BINNS R., *Anonymous witnesses in England and Wales: charting a course from Strasbourg?*, in *Journ. Crim. Law*, 2009, 508.
- DU BOIS-PEDAIN A., *Hearsay exceptions and fair trial rights in Strasbourg*, in *Cambridge Law Journal*, 2012, 257.
- DUFF R.A., *Trials and punishment*, Cambridge University Press, 1986.
- ENRIGHT S., *The anonymous witness*, in *New Law Journal*, 1996, 1032.
- FANCHIOTTI V., *Agente sotto copertura (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, 2015, 1.
- FANUELE C., *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul "giusto" processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1546.
- FANUELE C., *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali*, Cedam, 2012.
- FANULI G.L., *La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 273.
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Zanichelli, 2012.
- FERRUA P., *Le dichiarazioni dei testi "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 396.
- FERRUA P., *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1992.
- FILIPPI L., *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Aspetti processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 163.
- FRANZINELLI M., *Delatori. Spie e confidenti anonimi: l'arma segreta del regime fascista*, Feltrinelli, 2012.

## BIBLIOGRAFIA

- FRIEDMAN R.D., *The confrontation right across the systemic divide*, in *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Hart Publishing, 2008, 262.
- GABIRELLI C., *Art. 497*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2<sup>a</sup> ed., 2015, 2239.
- GABRIELLI C., *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 284.
- GAETA P., *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Cedam, 2001, 235.
- GALANTINI N., *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., vol. I, Giuffè, 1997, 703.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992.
- GALLI G., *Dubbi sulla legittimità costituzionale del "segreto di polizia"*, in *Giur. cost.*, 1968, 2053.
- GALLUCCIO MEZIO G., *Utilizzabilità nel giudizio abbreviato dei dicta di persona non identificata riportati in annotazione di polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 3911.
- GAMBACURTA S., *Il sistema dei controlli*, in AA.VV., *I servizi di informazione e il segreto di stato*, a cura di C. Mosca-S. Gambacurta-G. Scandone-M. Valentini, Giuffrè, 2008, 339.
- GARLATI L., *"Contro il sentimentalismo": l'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, 181.
- GARUTI G., *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. III, Utet, 2009.
- GIANTURCO, *Il confidente di polizia*, in *Riv. pol.*, 1968, 18.
- GIOSTRA G., *Contraddittorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg., Istituto della enciclopedia italiana, 2001, 1.
- GIUPPONI T.F., *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto di stato*, in AA.VV., *Nuovi*

## BIBLIOGRAFIA

- profili del segreto di stato e dell'attività d'intelligence*, a cura di G. Illuminati, Giappichelli, 2010, 53.
- GRANDE E., *Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search of the truth*, in *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Hart Publishing, 2008, 145.
- GRIFANTINI F., *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, 247.
- GUCCIONE G., *Le garanzie funzionali*, in AA.VV., *Nuovi profili del segreto di stato e dell'attività d'intelligence*, a cura di G. Illuminati, Giappichelli, 2010, 265.
- GUSTAPANE A., *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Ind. pen.*, 2010, 43.
- HALE M., *The history of the common law of England (1713)*, University Chicago Press, 1971.
- HOWARTH D., *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, in *Archbold News*, 2008, 1.
- HOYANO L.C.H., *Coroners and Justice Act 2009: special measures directions take two: entrenching unequal access to justice?*, in *Crim. Law Rev.*, 2010, 345.
- HOYANO L.C.H., *What is balanced on the scales of justice? In search of the essence of the right to a fair trial*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, 24.
- ILLUMINATI G., *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, 663.
- ILLUMINATI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 528.
- ILLUMINATI G., *Una deludente pronuncia in materia di delazioni anonime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1044.
- JACKSON J., SUMMERS S., *Internationalisation of criminal evidence*, Cambridge: University Press, 2012.
- JACONELLI J., *Open justice. A critique of the public trial*, Oxford University Press, 2002.

#### BIBLIOGRAFIA

- JANNONE A., *Agenti infiltrati: in alto mare la tutela dell'identità*, in *Guida dir.*, 2001, 42, 92.
- JANNONE A., *Operazioni undercover contro i legami con la droga*, in *Guida dir.*, 2001, f. 50, 32.
- KALB L., *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000.
- KEANE A., *Cross-examination of vulnerable witnesses. Towards a blueprint for re-professionalisation*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, 16, 2, 175.
- KEANE A., MCKEOWN P., *The modern law of evidence*, Oxford University Press, 2014.
- KEANE A., *Towards a principled approach to the cross-examination of vulnerable witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2012, 407.
- LONATI S., *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico*, Giappichelli, 2008.
- LONATI S., *La prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata in una prospettiva europea*, in AA.VV., *Prova penale e Unione europea*, a cura di G. Illuminati, Bononia, 2009, 55.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2012.
- LUNARI F., *L'eliminazione degli scritti anonimi. Limiti del divieto e poteri del giudice*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 48.
- LUSTY D., *Anonymous accusers: an historical and comparative analysis of secret witnesses in criminal trials*, in *Sydney Law Review*, 2002, 368.
- MAFFEI S., *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1700.
- MAFFEI S., *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, 2841.
- MAFFEI S., *The right to confrontation in Europe: absent, anonymous and vulnerable witnesses*, European Law Publishing, 2012.
- MAFFEI S., *Un caso in tema di dichiarazioni testimoniali d'accusa "ritrattate" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1818.



## BIBLIOGRAFIA

- MARZADURI E., *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Legisl. pen.*, 2000, 762.
- MASSERA A., MOSCA C., *I servizi di informazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, vol. I, Giuffrè, 2003, 533.
- MAYNARD W., *Witness intimidation: strategies for prevention*, Home Office, London, 1994.
- MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis-G.P. Voena, Giuffrè, 2004, vol. VII.1.
- MELILLO G., *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 97.
- MELILLO G., *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arc. nuova proc. pen.*, 1999, 97.
- MELILLO G., *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2003, 33.
- MERCONE M., *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, 748.
- MERCURI B., *La nozione di irreperibilità nella tematica della testimonianza indiretta*, in *Giur. it.*, 1994, c. 82.
- MINNA R., SUTERA SARDO A., *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, 2003.
- MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Miraglia.pdf>.
- MIRANDOLA S., *Uso probatorio delle dichiarazioni di testi assenti e giurisprudenza europea: variazioni sul tema "Al-Khawaja"*, in *Cass. pen.*, 2017, 368.
- MONTAGNA M., *Dichiarazioni irripetibili ed irreperibilità del teste*, in *Arch. pen.*, 2011, 672.
- MOSCA C., *Le garanzie funzionali*, in AA.VV., *I servizi di informazione e il segreto di stato*, a cura di C. Mosca-S. Gambacurta-G. Scandone-M. Valentini, Giuffrè, 2008, 193.

#### BIBLIOGRAFIA

- NEGRI D., *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, 2016, 46.
- NOBILI M., *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. III, Utet, 1990, 412.
- NOBILI M., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, 642.
- NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 5.
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974.
- NOBILI M., *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 136.
- O'BRIAN W.E., *Confrontation: the defiance of the English courts*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2011, 93.
- ORLANDI R., *Art. 209*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 505.
- ORLANDI R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992.
- ORLANDI R., *Attività d'intelligence e diritto penale della prevenzione*, in AA.VV., *Nuovi profili del segreto di stato e dell'attività d'intelligence*, a cura di G. Illuminati, Giappichelli, 2010, 227.
- ORMEROD D., CHOO A.L.-T., EASTER R.L., *Coroners and Justice Act 2009: the "witness anonymity" and "investigation anonymity" provisions*, in *Crim. Law Rev.*, 2010, 368.
- ORMEROD D., *R v Ford: case comment*, in *Crim. Law Rev.*, 2011, 477.
- PANETTA L., *Disciplina dell'esposto anonimo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1991, 196.
- PANZAVOLTA M., *Art. 203*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, 2014, 825.
- PAOLONI L., *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu*, in *Cass. pen.*, 2016, 1899.
- PATANÈ V., *Testimoni e confidenti*, in *Giust. pen.*, 1983, III, 124.

## BIBLIOGRAFIA

- PETRALIA B., SALERNO G., *Le operazioni sotto copertura in materia di armi e riciclaggio*, in *Riv. guardia di fin.*, 2003, f. 3, 947.
- PIATTOLI B., *Agenti provocatori, indagini “undercover” e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 561.
- PISANI V., *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Giuffrè, 2007.
- PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, 318.
- QUIRK H., *The significance of culture in criminal procedure reform: why the revised disclosure scheme cannot work*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2006, 42.
- REDMAYNE M., *Confronting confrontation*, in *Criminal evidence and human rights*, a cura di P. Roberts-J. Hunter, Hart Publishing, 2012, 283.
- REDMAYNE M., *Hearsay and Human Rights: Al-Khawaja in the Grand Chamber*, in *Modern Law Review*, 2012, 865.
- RENZETTI S., *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006, 141.
- RISICATO L., *L’acquisto simulato di droga nell’ambigua cornice dell’agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1592.
- RITUCCI G., *La disciplina dell’acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, 993.
- ROMBINI N., *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2082.
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 325.
- SABATINI G., *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Utet, 1967, 300.
- SACCUCCI A., *L’incidenza della Convenzione europea dei diritti umani sulle regole di formazione e valutazione della prova*, in *Giusto processo e prove penali*, Giuffrè, 2000, 291.

#### BIBLIOGRAFIA

- SALVADEGO L., *La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 132.
- SANLORENZO R., *Art. 115 disp. att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, *Norm. compl.*, dati, 406.
- SCAGLIONE A., *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Giappichelli, 2000.
- SCAGLIONE A., *Nuove previsioni in tema di informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza*, in AA. VV., *Giusto processo: nuove norme per la formazione e la valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Cedam, 2001, 327.
- SCALFATI A., *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del convegno Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Giuffrè, 2005, 149.
- SCAPARONE M., *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 123.
- SCOMPARIN L., *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000.
- SCOMPARIN L., *Testimonianza*, in *Prove*, t. II, coordinata da E. Marzaduri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di M. Chiavario-E. Marzaduri, Utet, 1999, 1.
- SELVAGGI E., *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, 2419.
- SHANNON A.C., *The secrecy of witnesses in inquisitorial tribunals and in contemporary secular criminal trials*, in *Essays in medieval life and thought*, a cura di J.H. Mundy-R.V. Emery-B.N. Nelson, Columbia University Press, 1955, 45.
- SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale*, Cedam, 2014.
- SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2013.
- SMITH G., *A Constitutional and legal history of England*, Charles Scribner's sons, 1955.

## BIBLIOGRAFIA

- SORRENTI G., *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/12/sorrenti.pdf>.
- SPANGHER G., *La protezione del testimone*, in *Studium iuris*, 1999, 1339.
- SPANGHER G., *Le dichiarazioni dei confidenti di polizia*, in AA. VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, 2001, 163.
- SPENCER J.R., *Criminal procedure: the rights of the victim, versus the rights of the defendant*, in *Reconcilable rights? Analysing the tension between victims and defendants*, a cura di E. Cape, Legal Action Group, 2004, 37.
- SPENCER J.R., *Hearsay evidence in criminal proceedings*, 2<sup>a</sup> ed., Hart Publishing, 2008.
- SPRACK J., *A practical approach to criminal procedure*, 14<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2013.
- SQUASSONI C., *Art. 235*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 651.
- SQUASSONI C., *Art. 240*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. III, Utet, 1990, 666.
- STURLA M.T., *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, 1995, 405.
- SWERGOLD J.M., *Taking “blind shots at a hidden target”: witness anonymity in the United Kingdom*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2009, 471.
- TAMIETTI A., *Agenti provocatori e diritto all’equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2921.
- TAMIETTI A., *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l’ordinamento italiano e l’art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, 2991.
- TARLING R., DOWDS L., BUDD T., *Victim and Witness intimidation: findings from the British Crime Survey*, Home Office, London, 2000.
- TEDESCHI J., *Il giudice e l’eretico*, Vita e pensiero, 1991.

#### BIBLIOGRAFIA

- TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni cost.*, 2, 400.
- TRECHSEL S., *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005.
- UBERTIS G., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1091.
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979.
- UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2096.
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Cortina, 2000.
- VALENTINI E., *Art. 194*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, Cedam, 2014, 747.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, 2012.
- VALLINI A., *Il caso "Texeira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle "ipotesi" legali di infiltrazione poliziesca*, in *Legisl. Pen.*, 1999, 197.
- VICOLI D., BIRAL M., *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia, 2016, 665.
- VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, 333.
- VOENA G.P., *Aspetti penali e processuali delle delazioni anonime*, Giuffrè, 1978.
- VOENA G.P., *Via libera alle delazioni anonime?*, in *Giur. cost.*, 1975, 2129.
- VOGLER R., *Il problema della protezione dei testimoni in Inghilterra*, in *Leg. pen.*, 1996, 633.

## BIBLIOGRAFIA

- VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"*, in *Giur. it.*, 1998, 856.
- WARD A.G., *The evidence of anonymous witnesses in criminal courts: now and into the future*, in *Denning Law Journal*, 2009, 67.
- ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in <http://www.rivistaaic.it>.
- ZAPPULLA A., *Commento alla legge 13/8/2010, n. 136 – Art. 8*, in *Leg. pen.*, 2010, 452.
- ZOCCO M., *Agente provocatore, acquisto simulato di stupefacenti e legge penale*, in *Quest. giust.*, 1995, 962.