

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVI - maggio 2016, n° 05

05

20
16

| **estratto**

LA DIRETTIVA SUL RAFFORZAMENTO DI
ALCUNI ASPETTI DELLA PRESUNZIONE DI
INNOCENZA E DEL DIRITTO DI
PRESENZIARE AL PROCESSO NEI
PROCEDIMENTI PENALI. UN'INTRODUZIONE

di **Nicola Canestrini**

311 LA DIRETTIVA SUL RAFFORZAMENTO DI ALCUNI ASPETTI DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA E DEL DIRITTO DI PRESENZIARE AL PROCESSO NEI PROCEDIMENTI PENALI. UN'INTRODUZIONE

The Directive on the Strengthening of Some Aspects of the Presumption of Innocence and the Right To Be Present at Trial in Criminal Proceedings: an Introduction

Ad oltre un decennio dal tentativo della Commissione di innalzare il livello delle garanzie sul territorio dell'Unione con il libro verde "Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione Europea", il sistema delle garanzie si arricchisce di un tassello fondamentale sul fronte del rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Peraltro, le previsioni della Direttiva in commento non paiono aver centrato appieno lo scopo di innalzare le garanzie esistenti.

After more than 10 years from the Commission's attempt to raise procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union, the Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and the right to be present at trial in criminal proceedings constitutes an important element in the system of guarantees. On the other hand, the Directive does not seem to fulfil the basic requirements of the ECHR, as interpreted by its Court.

di **Nicola Canestrini**

Avvocato

Sommario 1. Introduzione. — 2. Il contesto: senza tutela dei diritti procedurali non c'è fiducia, senza fiducia non c'è reciproco riconoscimento. — 3. La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto ad essere presente al processo. — 3.1. Lo *standard* della Convenzione e della Corte europea per i diritti dell'uomo. — 3.2. La direttiva in dettaglio. — 4. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

A oltre un decennio dal tentativo della Commissione di innalzare il livello delle garanzie sul territorio dell'Unione con il libro verde "Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione Europea" ⁽¹⁾, che intendeva inaugurare il processo di consultazione inteso a stabilire norme o livelli minimi comuni di garanzie procedurali

⁽¹⁾ Libro verde della Commissione - Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, 19.2.2003 COM(2003) 75 sub <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1456994009665&uri=CELEX:52003DC0075>. Tutti i link di cui al presente contributo sono stati verificati alla data del 13 marzo 2016; un ringraziamento va alla D.ssa Giorgia Cigalla per il suo prezioso aiuto nella revisione finale.

in tutti gli Stati membri nei confronti di indagati, imputati, processati e condannati, il sistema delle garanzie procedurali si arricchisce di un tassello sul fronte del rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

Lo scorso 12 febbraio 2016, il Consiglio ha infatti adottato la “Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”⁽²⁾.

2. IL CONTESTO: SENZA TUTELA DEI DIRITTI PROCEDURALI NON C'È FIDUCIA, SENZA FIDUCIA NON C'È RECIPROCO RICONOSCIMENTO

Nel 1999, a Tampere, vennero decise le priorità dell'Unione Europea nel settore della giustizia nei successivi cinque anni⁽³⁾, partendo dalla considerazione secondo la quale la “chiave di volta” di questo settore – e la principale forma di cooperazione giudiziaria – dovesse essere il reciproco riconoscimento; più precisamente, le Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 affermarono il principio del mutuo riconoscimento come «il fondamento della cooperazione giudiziaria», dichiarando che «il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli» (punto 33, enfasi aggiunta-Qual è l'enfasi?).

Nel 2001, il “Programma di misure relative all'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali” del Consiglio e della Commissione⁽⁴⁾ indicava i settori in cui era auspicabile adottare una normativa europea che desse concreta attuazione al reciproco riconoscimento. Quest'ultimo doveva «consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone», stabilendo espressamente che «il reciproco riconoscimento dipende dalla reciproca fiducia».

⁽²⁾ La direttiva è pubblicata *sub* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_63_2015_INIT&qid=1456983869466&from=IT; la posizione del Parlamento europeo è del 20 gennaio 2016, mentre l'adozione da parte del Consiglio è oggetto del comunicato stampa *sub* <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/02/12-eu-strengthens-right-to-presumption-of-innocence/>. La direttiva è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 11 marzo 2016, n. L65.

⁽³⁾ Consiglio europeo di Tampere, Conclusioni della Presidenza, 15/16 ottobre 1999. Il concetto di reciproco riconoscimento in materia penale era stato introdotto durante il Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, ma solo a Tampere si affermò che il reciproco riconoscimento dovesse diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria tanto in materia civile, quanto in materia penale in seno all'Unione; il Consiglio europeo di Tampere ha espressamente concluso che tale principio dovrebbe altresì applicarsi alle sentenze e alle altre decisioni delle autorità giudiziarie (paragrafi da 33 a 37). Il nuovo approccio, cui coerentemente faceva seguito una iniziativa in merito alle garanzie procedurali degli indagati ed imputati (cfr. *infra* nel testo), lasciava sperare in uno sviluppo dello spazio europeo di giustizia sul versante della libertà, oltre che su quella della sicurezza. Pare importante ricordare che peraltro la Corte di giustizia dell'Unione aveva già riconosciuto come «il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, peraltro riaffermata dal preambolo dell'Atto unico europeo nonché dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario» (CGUE, Montecatini SpA, C-235/92, sentenza 8 luglio 1999).

⁽⁴⁾ Programma di misure del Consiglio e della Commissione - GU C 12 del 15.1.2001, *sub* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ:C:2001:012:TOC>.

Nel febbraio 2003, la Commissione adottò *inter alia* un libro verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione Europea ⁽⁵⁾; al libro verde seguì una "Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione Europea" ⁽⁶⁾, con l'intento di rafforzare, in generale, i diritti di tutti gli indagati e imputati.

Proponendo un livello equivalente di tutela degli indagati e degli imputati in tutto il territorio dell'Unione Europea per mezzo di norme minime comuni, la proposta – fallita per impossibilità di raggiungere l'unanimità degli Stati membri all'epoca richiesta nel settore Sicurezza, Libertà e Giustizia – si prefiggeva di facilitare l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento ⁽⁷⁾; il programma dell'Aia del 2004 stabilì che l'ulteriore realizzazione del reciproco riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria «presuppone l'elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali, in base a studi sull'attuale livello di garanzia negli Stati membri e nel debito rispetto delle loro tradizioni giuridiche» (punto III 3.3.1).

Nel 2006, Commissione emanò un ulteriore "Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza" ⁽⁸⁾, nel quale si ribadiva come il riconoscimento reciproco si dovesse basare sulla fiducia reciproca negli ordinamenti giudiziari degli Stati membri; al fine di assicurare tale fiducia reciproca, veniva auspicato che gli Stati membri disponessero di una serie di garanzie procedurali comuni a favore di indagati e imputati.

«Il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie coinvolge necessariamente i sistemi di giustizia penale a tutti i livelli. Esso funziona efficacemente solo se esiste fiducia negli altri sistemi giudiziari e se ogni individuo nei cui confronti sia stata emessa una sentenza giudiziaria straniera ha la certezza che essa è stata adottata secondo giustizia» ⁽⁹⁾.

Il libro verde sulla presunzione di non colpevolezza costituiva parte di una consultazione sui mezzi probatori e veniva inclusa fra le garanzie relative all'acquisizione e all'utilizzo del materiale probatorio: ciò perché in molti sistemi giuridici alcuni diritti legati alla presunzione di non colpevolezza sono connessi ai mezzi di prova (come la testimonianza o le prove documentali).

Sempre proseguendo sommariamente ad illustrare il contesto che ha portato all'adozione alla direttiva sulla presunzione di innocenza e del diritto a presenziare nei procedimenti penali in commento, dal 2009 i lavori in seno all'Unione Europea sul rafforzamento dei diritti proce-

⁽⁵⁾ Cfr. nota (1) : lo scopo veniva dichiarato come segue. «Il presente Libro verde non mira a creare nuovi diritti né a controllare il rispetto di diritti esistenti in forza della CEDU o di altri strumenti, ma piuttosto ad individuare i diritti esistenti che la Commissione considera fondamentali ed a favorirne la visibilità» (Libro Verde cit., 2.5, ultimo paragrafo). Il libro verde comprendeva l'accesso all'assistenza legale, sia nella fase preprocessuale che in quella processuale, l'accesso al servizio di un interprete/traduttore, la notifica a indagati e imputati dei loro diritti (la "Comunicazione dei diritti"), la garanzia di un'adeguata protezione di indagati ed imputati appartenenti a categorie vulnerabili, l'assistenza consolare a stranieri fermati o arrestati.

⁽⁶⁾ COM/2004/0328 def., sub <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52004PC0328>.

⁽⁷⁾ Il lungo negoziato per l'adozione della decisione quadro fallì per l'opposizione nel Consiglio di Cipro, Gran Bretagna, Irlanda, Malta, Repubblica Ceca e Slovacchia.

⁽⁸⁾ Bruxelles, 26.4.2006, COM/2006/0174 def., sub <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0174>.

⁽⁹⁾ Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, cit., par. 1.1. L'interesse della Commissione era duplice: da un lato voleva accertare se le cause transfrontaliere presentassero un problema particolare in questo settore e, dall'altro, rafforzare la fiducia reciproca tramite una legislazione euorunitaria.

durali di indagati o imputati in procedimenti penali sono stati condotti sulla base della tabella di marcia adottata sotto la presidenza svedese dal Consiglio il 30 novembre 2009 (“*Stockholm roadmap*”) ⁽¹⁰⁾, che – ribadendo il legame fra reciproco riconoscimento, fiducia reciproca e tutela dei diritti procedurali ⁽¹¹⁾ – definiva un approccio graduale verso l’elaborazione di un catalogo completo dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, evidenziando come i diritti citati nella «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali» figurante nell’allegato della risoluzione «sono considerati diritti procedurali fondamentali e all’azione relativa a tali diritti dovrebbe essere attribuita priorità» ⁽¹²⁾⁻⁽¹³⁾.

Con riferimento al percorso indicato dalla citata risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, vennero adottate tre direttive riguardanti alcuni di quei diritti che la tabella di marcia aveva indicato come fondamentali e prioritari, ed in particolare: – la Direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, tesa a dare attuazione alla *measure* “A” della tabella di marcia; – la Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all’informazione nei procedimenti penali, relativa alla *measure* “B” della tabella di marcia; – nonché la Direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in attuazione di quanto previsto dalle *measures* “C” e “D” della tabella di marcia ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, *sub* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:0001:0003:it:PDF>. Il Consiglio europeo del 10 ed 11 dicembre 2009 adottava il cd. Programma di Stoccolma (“*Stockholm Programme. An open and secure Europe serving and protecting citizens,*” 2010/C 115/01 *sub* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>), nel quale veniva inglobata la Tabella di marcia (cfr. *infra*, nota 13).

⁽¹¹⁾ «Il reciproco riconoscimento presuppone che le autorità competenti degli Stati membri abbiano fiducia nei sistemi di giustizia penale degli altri Stati membri. Per rafforzare la reciproca fiducia all’interno dell’Unione europea, è importante, a integrazione della convenzione, disporre di norme dell’Unione europea per la tutela dei diritti procedurali che siano correttamente attuate ed applicate negli Stati membri» (*considerandum* 8 risoluzione, *cit.*).

⁽¹²⁾ Risoluzione, *cit.*, punto 2.

⁽¹³⁾ Misura A: traduzione e interpretazione, Misura B: informazioni relative ai diritti e all’accusa, Misura C: consulenza legale e assistenza legale gratuita, Misura D: comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari, Misura E: garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili, Misura F: Libro verde sulla detenzione preventiva. Si evidenzia come il punto (12) della Risoluzione riconosceva il carattere non esaustivo del catalogo di misure stabilito nella tabella di marcia; nel Programma di Stoccolma, il Consiglio Europeo (cfr. *supra* nota 10) adottava la Tabella di marcia, statuendo che «La tutela dei diritti degli indagati e imputati nei procedimenti penali è un valore fondante dell’Unione, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell’Unione. Il Consiglio europeo si compiace pertanto dell’adozione da parte del Consiglio della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, la quale rafforzerà i diritti in questione quando sarà pienamente attuata. La tabella di marcia farà parte d’ora in avanti del programma di Stoccolma» ed invitava contestualmente la Commissione a «- presentare le proposte previste nella tabella di marcia per una rapida attuazione della stessa, alle condizioni ivi stabilite, - esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore» (cfr. Programma *cit.*, p. 2.4 “Diritti della persona nei procedimenti penali”).

⁽¹⁴⁾ Le prime due direttive hanno trovato ingresso nell’ordinamento italiano con il d.lg. 4 marzo 2014, n. 32 (diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali) e con il d.lg. 1° luglio 2014, n. 101 (diritto all’informazione

Proprio quest'ultima direttiva specificava che «la tabella di marcia era concepita per operare come uno strumento globale; i suoi benefici si percepiranno appieno soltanto quando tutte le sue componenti saranno state attuate» (*considerandum* 9 direttiva 2013/48/UE).

Il 27 novembre 2013, la Commissione, forte dell'invito rivolto dal Consiglio Europeo ⁽¹⁵⁾, proseguiva nell'*iter* di rafforzamento dei diritti procedurali dei cittadini europei presentando cinque proposte – tre direttive e due raccomandazioni – atte appunto a rafforzare i diritti processuali dei cittadini europei coinvolti in procedimenti penali, con l'intento di garantire loro un processo giusto, indipendentemente dallo Stato membro in cui esso si fosse svolto, ed in particolare:

1. una proposta di Direttiva sul rafforzamento del principio di presunzione di innocenza e sul diritto di essere presente al proprio processo (COM(2013) 821/2);
2. una proposta di Direttiva sui diritti procedurali dei minori indagati o imputati nell'ambito di procedimenti penali (COM(2013) 822/2);
3. una proposta di Direttiva sull'accesso provvisorio al gratuito patrocinio per indagati o imputati sottoposti a misure privative della libertà e sul gratuito patrocinio nei procedimenti di esecuzione del M.A.E. (COM(2013) 824).

Queste tre Direttive sono completate da due Raccomandazioni, una inerente alle garanzie processuali per soggetti vulnerabili indagati o imputati nell'ambito di procedimenti penali (C(2013) 8178/2), l'altra relativa al diritto all'accesso al gratuito patrocinio per soggetti indagati o imputati nell'ambito di procedimenti penali (C(2013) 8179/2).

3. LA DIRETTIVA EUROPEA SULLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA E SUL DIRITTO AD ESSERE PRESENTE AL PROCESSO

La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto ad essere presente al processo, approvata il tra gennaio e febbraio 2016 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea, prosegue nell'intento di uniformare le varie legislazioni nazionali sul tema delle garanzie processuali penali e di recuperare la fiducia reciproca nella giurisdizione degli Stati membri.

La presunzione di innocenza, in particolare, viene articolata attraverso alcuni profili specifici che ne rappresentano dirette esplicazioni ed incidono in modo effettivo sulle garanzie dell'imputato: l'onere della prova, il diritto al silenzio ed alla non autoincriminazione, il divieto di presentare in pubblico l'imputato come colpevole, il divieto di adottare misure coercitive in chiave colpevolista prima della decisione definitiva, il diritto a presenziare al processo.

3.1. Lo *standard* della Convenzione e della Corte europea per i diritti dell'uomo

La presunzione di innocenza è "pietra angolare del giusto processo" ⁽¹⁶⁾, sancita dall'art. 6, § 2

nei procedimenti penali); la terza (diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari) prevede come termine di recepimento massimo il prossimo 27 novembre 2016.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Programma di Stoccolma, p. 2.4., cit. *sub* note 10 e 13.

⁽¹⁶⁾ S. PEERS, *The new directive on the presumption of Innocence: protecting the "golden thread"*, in *EU Law Analysis*, 15 novembre 2015, anche per gli spunti che seguono; A. STOPPATO la definiva «*principio cardine del processo accusatorio*», nel suo articolo *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1940, p. 321.

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nonché dall'art. 48.1 della Carta UE dei diritti fondamentali, oltre che da numerosissime convenzioni e strumenti internazionali; fa peraltro parte delle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri. oltre che ad essere presente in numerosissime legislazioni nazionali extraeuropee ⁽¹⁷⁾.

Per lo *standard* della Convenzione come interpretata dalla Corte Europea per i diritti dell'Uomo ("*standard* CEDU"), che la configura come una sorta di cerniera fra i contenuti generali del diritto al "giusto processo" e la disciplina degli specifici diritti dell'accusato, la presunzione di innocenza costituisce uno degli elementi essenziali della più generale nozione di "equità processuale" ⁽¹⁸⁾; le relative doglianze sono spesso esaminate dalle Corti EDU con riferimento congiunto al primo ed al secondo paragrafo dell'art. 6 CEDU, considerando la procedura nella sua globalità ⁽¹⁹⁾.

Il principio declinato dalla Convenzione e Corte di Strasburgo ha innanzitutto una portata processuale, costituendo regola di giudizio, sancendo l'art. 6/2 che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente» ⁽²⁰⁾; la presunzione di innocenza è peraltro anche regola di trattamento dell'accusato («... fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente

⁽¹⁷⁾ La Croce Rossa Internazionale *sub* https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter32_rule100_sectionc elenca decine di trattati e strumenti internazionali cd. di *soft law*: dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale (art. 66), alla Dichiarazione universale dei diritti umani (art. 11/1 secondo il quale «Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa»), dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, come anche dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14), o dallo Statuto del Tribunale speciale per il Libano (art. 15 e 16), la Dichiarazione del Cairo dei diritti umani nell'Islam (art. 19), Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha statuito che «*according to article 14, paragraph 2 everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proven guilty according to law. The presumption of innocence, which is fundamental to the protection of human rights, imposes on the prosecution the burden of proving the charge, guarantees that no guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt, ensures that the accused has the benefit of doubt, and requires that persons accused of a criminal act must be treated in accordance with this principle. It is a duty for all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial, e.g. by abstaining from making public statements affirming the guilt of the accused. Defendants should normally not be shackled or kept in cages during trials or otherwise presented to the court in a manner indicating that they may be dangerous criminals. The media should avoid news coverage undermining the presumption of innocence. Furthermore, the length of pre-trial detention should never be taken as an indication of guilt and its degree. The denial of bail or findings of liability in civil proceedings do not affect the presumption of innocence*» (General Comment No. 32 on Article 14, published on 23 August 2007).

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, Konstas c. Grecia, ricorso 53466/07, sentenza 24 maggio 2011. Per una visione d'insieme del principio come interpretato dai giudici di Strasburgo si rinvia a "*Guida all'articolo 6. Diritto ad un equo processo (ambito penale)*" *sub* http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf (in particolare, p. 43 ss.).

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, Moiseyev c. Russia, ricorso 62936/00, sentenza 9 ottobre 2008; Poncelet c. Belgio, ricorso 44418/07, sentenza 30 marzo 2010; Previti c. Italia, ricorso 45291/06, sentenza 8.12.2009. Della globalità del procedimento si fa riferimento anche in Minelli contro Svizzera, ricorso 8660/79, sentenza 25 marzo 1983, par. 30: «*In the Court's opinion, Article 6 § 2 (art. 6-2) governs criminal proceedings in their entirety, irrespective of the outcome of the prosecution, and not solely the examination of the merits of the charge*». Nella sentenza Barberà, Messegué and Jabardo c. Spagna (ricorso 10590/83, sentenza 6 dicembre 1988), la Corte stabilisce come «*Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him*».

⁽²⁰⁾ La colpevolezza deve cioè essere provata dall'accusa, e ciò oltre ogni ragionevole dubbio (cfr. Corte EDU, Mangano c. Italia, ricorso 22410/07, sentenza 23 febbraio 2010; cfr. anche sentenza Barberà cit.). Nel caso Minelli contro Svizzera, cit., la Corte ha ritenuto che il principio in parola sia violato quando la sentenza pur assolutoria (nel

accertata): inoltre, la Corte ha affermato che il principio declinato *sub* 6/2 CEDU richiede, tra l'altro, che i giudici non debbano approcciare il caso con il pre-giudizio della fondatezza delle accuse, che l'onere della prova gravi sull'accusa ⁽²¹⁾ (almeno di principio) ⁽²²⁾ e che il dubbio giovi all'accusato ⁽²³⁾.

La Corte Europea ha peraltro riconosciuto una portata extraprocessuale del principio in parola, sancendo che comportamenti di pubbliche autorità prima o dopo il processo, o campagne mediatiche che presentino l'imputato come colpevole, violino la presunzione di innocenza ⁽²⁴⁾.

3.2. La direttiva nel dettaglio

La direttiva punta ad uniformare le legislazioni dei vari paesi membri, con l'intento dichiarato di «rafforzare il diritto a un equo processo nei procedimenti penali, stabilendo norme minime comuni relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo» e di «rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale

caso in specie: per prescrizione) in motivazione esprime la convinzione della colpevolezza, con addebito delle spese processuali all'imputato. Più recentemente, in termini, Nerattini contro Grecia, ricorso 43529/07, sentenza 18 dicembre 2008.

⁽²¹⁾ *Inter alia*, Barberà, Messegué and Jabardo, cit.

⁽²²⁾ La Corte peraltro ritiene compatibile con il principio in parola le presunzioni *in malam partem*, qualora confinate entro limiti ragionevoli, tenuto conto della gravità della posta in gioco e preservando i diritti della difesa (Salabiaku c. Francia, ricorso 10589/83, sentenza 7 ottobre 1988; Falk c. Olanda, ricorso 66273/01, sentenza 19 ottobre 2004; Klouvi c. Francia, ricorso 30754/03, sentenza 30 giugno 2011).

⁽²³⁾ Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, ricorso 10590/83, sentenza 6 dicembre 1988: «*Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him*» (par. 77).

⁽²⁴⁾ L'attività di informazione di autorità pubbliche relative a procedimenti penali in corso verso i media deve essere svolta «con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dalla presunzione di innocenza» (Allenet de Ribemont c. Francia, ricorso 15175/89, sentenza 10 febbraio 1995, par. 38). La Corte europea ha quindi a più riprese ritenuto violata la presunzione di innocenza nel caso in cui dichiarazioni di un pubblico ufficiale relative ad un indagato lascino intendere che egli sia colpevole prima della sentenza di condanna (Daktaras c. Lituania, ricorso 42095/98, sentenza 10 ottobre 2000; Shuvalov c. Estonia, ricorso 14942/09, sentenza 29 maggio 2002; Allenet de Ribemont c. France, cit.): ciò vale sia per agenti di polizia (Maksim Petrov c. Russia, ricorso 23185/03, sentenza 6 novembre 2012), alti ufficiali di polizia (Dovzhenko v. Ukraine, ricorso 36650/03, sentenza 12 gennaio 2012; Allenet de Ribemont c. France, cit.), ministri (G.C.P. c. Romania, ricorso 20899/03, sentenza 20 dicembre 2011; e Allenet de Ribemont, cit.), il Primo Ministro (Konstas c. Greece cit.), il Presidente del Parlamento (Butkevicius c. Lithuania, ricorso 48297/99, sentenza 26 marzo 2002), il capo addetto stampa del ministero degli interni (Huseyn e altri c. Azerbaijan, ricorsi 35485/05, 45553/05, 35680/05 e 36085/05, sentenza 26 luglio 2011) Procuratori (cfr. G.C.P., cit.; Fatullayev c. Azerbaijan, ricorso 40984/07, sentenza 22 aprile 2010; da ultimo, cfr. Musolmani c. Albania, ricorso 29864/03, sentenza 8 ottobre 2013). Nonostante secondo la costante giurisprudenza Corte EDU in una società democratica i commenti critici da parte dei *media* in casi di pubblico interesse siano inevitabili (Viorel Burzo c. Romania, ricorsi 75109/01 e 12639/02, sentenza 30 giugno 2009), una campagna mediatica intensa (*“virulent press campaign”*) può compromettere (l'imparzialità del giudice e) l'equità del processo (Kuzmin c. Russia, ricorso 58939/00, sentenza 18 marzo 2010, par. 93-96; Dovzhenko c. Ucraina ricorso 36650/03, par. 47-52; Shuvalov c. Estonia ricorso 39820/08, par. 82; Jespers c. Belgium, ricorso 8403/78, Ninn-Hansen c. Denmark, ricorso 28972/95, Anguelov c. Bulgaria, ricorso 45963/99, sentenza 14 dicembre 2004), in misura maggiore se siano coinvolte giurie popolari (Craxi c. Italia, ricorso 34896/97, sentenza 5 dicembre 2002, par. 104: «*De plus, il échet de noter que les juridictions appelées à connaître de l'affaire étaient entièrement composées de juges professionnels. Contrairement aux membres d'un jury, ces derniers jouissent d'une expérience et d'une formation leur permettant d'écarter toute suggestion extérieure au procès*» e Mircea c. Romania, ricorso 41250/02, sentenza 29 marzo 2007, par. 75).

e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale» (*consideranda* 9 e 10).

L'art. 1 specifica come la ragion d'essere dell'iniziativa legislativa sia quella di individuare norme minime comuni concernenti "alcuni aspetti" della presunzione di innocenza nei procedimenti penali e il diritto di presenziare al processo penale; ciò comporta peraltro che per gli aspetti non considerati dalla direttiva si continuerà a fare riferimento allo *standard* CEDU.

L'art. 2, circoscrivendo l'ambito di applicazione della direttiva, specifica che essa si applica ad ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato; la espressa enunciazione della applicabilità «fino alla definitività della condanna» supera, aumentandolo, il livello di tutela sin qui garantito dallo *standard* CEDU, che pare considerare con cautela l'applicabilità dell'art. 6 oltre al primo grado ⁽²⁵⁾.

Il *considerandum* n. 11 conferma che «si applichi solo ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea ("Corte di giustizia"), fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai procedimenti civili o ai procedimenti amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative».

La limitazione pare abbassare lo *standard* CEDU, privando la disposizione della direttiva in parola di rilevanza concreta, stante la clausola di non regressione codificata nell'articolo 13 ⁽²⁶⁾: come infatti noto, l'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte almeno a partire dal caso Engel e altri c. Paesi Bassi (ricorsi 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, sentenza 8 giugno 1976), ha accolto una nozione autonoma del concetto di "accusa penale" ⁽²⁷⁾, ampliandolo anche

⁽²⁵⁾ Se nel caso Konstas, cit. la Corte rimarca come essa «... considers that the presumption of innocence cannot cease to apply in appeal proceedings simply because the accused was convicted at first instance. To conclude otherwise would contradict the role of appeal proceedings, where the appellate court is required to re-examine the earlier decision submitted to it as to the facts and the law», l'applicabilità dell'art. 6 viene riconosciuta alle procedure di impugnazione solo in "in linea di massima" in questioni di diritto (Meftah e altri c. Francia, ricorsi 32911/96, 35237/97 e 34595/97, sentenza 26 luglio 2002); ad esempio, i processi derivanti da impugnazioni di merito o di mera legittimità, ad esempio, potranno comunque ritenersi conformi ai requisiti di cui all'art. 6 anche quando al ricorrente non sia stata data la possibilità di essere ascoltato personalmente dalla corte d'appello o di cassazione, a condizione però che una pubblica udienza sia stata celebrata in primo grado (Monnell e Morris c. Regno Unito, ricorsi 9562/81 e 9818/82, sentenza 2 March 1987, § 58, con riferimento ai processi d'appello, e Sutter c. Svizzera, 8209/78, sentenza 22 febbraio 1984 § 30, con riferimento alla Corte di cassazione).

⁽²⁶⁾ «Nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicurino un livello di protezione più elevato».

⁽²⁷⁾ Fin dalla sentenza Neumeister del 27 giugno 1968, la Corte ha affermato che la parola "accusa" deve essere intesa "ai sensi della Convenzione" (Serie A. N. 8, p. 41, par. 18, rispetto al secondo comma, a pag 28 e il primo comma a p. 35, si veda anche la sentenza Wemhoff del 27 giugno 1968, serie A n. 7, p. 26-27, comma 19, e la sentenza di Ringeisen 16 luglio 1971, serie A no. 13, p. 45, par. 110); con la sentenza Engel e altri contro Paesi Bassi ricorsi 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, sentenza 23 novembre 1976 la Corte rivendica autonomia anche nella verifica sulla natura penale dell'accusa. Al fine di verificare se un procedimento ha ad oggetto "accuse in materia penale" ai sensi della Convenzione stessa si devono quindi considerare tre diversi fattori (c.d. "Engel criteria" o "criteri di Engel"): 1- in *primis* la qualificazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all'illecito contestato; 2- la natura sostanziale dell'illecito commesso, tenuto in considerazione se la condotta sia stata tenuta in violazione di una norma che protegge

in considerazione del grado di severità della pena che rischia la persona interessata. In una società di diritto infatti, riconosce la Corte nella sentenza Engel cit., «appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno. La gravità di ciò che è in gioco, le tradizioni degli Stati contraenti e l'importanza attribuita dalla Convenzione al rispetto della libertà fisica della persona impongono tale conclusione».

A differenza di quanto previsto dalla Direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore, che *sub art. 2/3* esplicitamente estende il campo di applicazione «alle persone diverse da indagati o imputati che, nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto, assumano la qualità di indagati o imputati,» la direttiva del tutto inspiegabilmente nulla dispone sull'assunzione della qualità di indagato in un momento successivo alla audizione da parte delle autorità investigative; sono rimaste prove di effetto le sollecitazioni di Fair Trials International, che nel suo *Joint Position Paper* del novembre 2014⁽²⁸⁾ aveva raccomandato di estendere la applicabilità della direttiva sulla presunzione di innocenza anche a testimoni poi soggetti ad una indagine penale, rendendo obbligatori anche nei confronti dei testimoni gli avvisi contro l'autoincriminazione, e ciò a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese.

L'art. 2 del provvedimento limita inoltre il campo di applicazione della direttiva alle sole persone fisiche, escludendo quindi – in linea con quanto enunciato dai *consideranda* nn. 12, 13, 14 e 15 – le persone giuridiche: si tratta forse una occasione mancata per l'innalzamento delle garanzie, stante la cautela da parte della Convenzione e Corte EDU di riconoscere alle persone giuridiche ad es. il diritto al silenzio.

L'esclusione delle persone giuridiche pare in contrasto con la volontà della direttiva di «rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale» (*considerandum?*) 10); ciò anche in considerazione del fatto che manca uno "standard CEDU" sul diritto al silenzio delle persone giuridiche, che invece ad esempio saranno maggiormente soggette ad indagini con l'istituzione, in futuro, dell'Ufficio del Procuratore Europeo. Di più: le persone giuridiche sono già soggette a numerosi strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia, come ad esempio l'Ordine di indagine Europeo 2014/41/EU dell'aprile 2014 o la Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione Europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro.

L'art. 3 enuncia il principio della presunzione di innocenza, stabilendo come «gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza

il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela erga omnes di beni giuridici della collettività; 3- il grado di severità della pena che rischia la persona interessata, «poiché in una società di diritto appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno».

⁽²⁸⁾ La presa di posizione di Fair Trials International è consultabile *sub* <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Presumption-of-Innocence-Position-Paper.pdf>.

fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza». Il principio enunciato non viene ulteriormente specificato, stabilendo ad esempio quali condizioni procedurali siano necessarie in quanto connaturate al principio: la Corte EDU, ad esempio, ha ritenuto che il principio comporti la necessità per l'accusa di provare la colpevolezza durante il processo ⁽²⁹⁾, o che il solo ricorso al diritto al silenzio da parte dell'indagato non possa costituire fondamento per la condanna ⁽³⁰⁾, stabilendo un nesso fra il principio in parola e la possibilità di difendersi anche mediante l'accesso pieno alle accuse formulate in modo da poter preparare la difesa adeguatamente ⁽³¹⁾.

L'art. 4, rubricato «riferimenti in pubblico alla colpevolezza», impone agli Stati membri di «adottare le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole», specificando che «ciò lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità» (cfr. inoltre *considerand(um?)* 16); gli Stati membri hanno l'obbligo di predisporre le misure appropriate in caso di violazione degli enunciati principi.

Il relativo *standard* CEDU pare di maggiore consistenza ⁽³²⁾, anche in considerazione alla Raccomandazione Rec(2003)13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'informazione nei processi penali attraverso i mezzi di comunicazioni di massa ⁽³³⁾, a cui la direttiva manca di fare riferimento. Il *considerandum* 19 specifica peraltro che «gli Stati membri dovrebbero informare le autorità pubbliche dell'importanza di rispettare la presunzione di innocenza nel fornire o divulgare informazioni ai media, fatto salvo il diritto nazionale a tutela della libertà di stampa e dei media».

L'art. 5 prescrive che gli indagati o imputato non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica e salve le misure di coercizione fisica che si rivelino necessarie per ragioni legate al caso di specie, in relazione alla sicurezza o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi: il *considerand(um?)* 20 fa riferimento a «manette, gabbie (...) e ferri alle gambe», con una clausola di salvaguardia particolarmente ampia («a meno che il ricorso a tali misure sia necessario per ragioni legate al caso di specie in relazione alla sicurezza, ad esempio al fine di impedire che indagati o imputati rechino danno a se stessi o agli altri o a beni, o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi, tra cui testimoni o vittime» ed escludendo la necessità di una decisione formale da parte delle autorità).

Ancora una volta lo *standard* CEDU pare di maggiore consistenza, laddove rileva come l'indagato / imputato non possa essere trattato in maniera tale da violare il principio della presunzione di innocenza, anche solo obbligandolo a vestire una uniforme carceraria ⁽³⁴⁾: in

⁽²⁹⁾ Minelli, cit. *supra*.

⁽³⁰⁾ Murray c. Regno Unito, ricorso 18731/91, sentenza 8 febbraio 1996.

⁽³¹⁾ Cfr. quanto stabilito in Barberà e altri, cit.

⁽³²⁾ Cfr., ad es., *Alenet de Ribemont*, cit.

⁽³³⁾ Il documento è consultabile *sub* <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=51365>.

⁽³⁴⁾ Jiga c. Romania, ricorso 14352/04, sentenza 16 marzo 2010.

relazione all'abbigliamento, la direttiva si limita a prescrivere "ove fattibile" che «le autorità competenti dovrebbero astenersi dal presentare gli indagati o imputati, in tribunale o in pubblico, in uniformi carcerarie, onde evitare di dare l'impressione che siano colpevoli» (*considerand(um?)* 21).

L'art. 6 tratta dell'onere della prova prescrive agli Stati membri l'obbligo di assicurare che l'onere di provare la colpevolezza compete all'accusa e non alla difesa: il *considerand(um?)* 22 fa peraltro salvi «eventuali poteri di accertamento dei fatti esercitati d'ufficio dal giudice, la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o imputato e il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato».

Il riferimento all'attività di ricerca della prova da parte del giudice è particolarmente delicato per il sistema italiano, laddove l'attivismo probatorio del giudice potrebbe incidere, limitandola, sulla sua imparzialità: il *considerand(um?)* 22 prescrive peraltro che tali presunzioni «dovrebbero essere confinate entro limiti ragionevoli, tenendo conto dell'importanza degli interessi in gioco e preservando i diritti della difesa, e i mezzi impiegati dovrebbero essere ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo perseguito. Le presunzioni dovrebbero essere confutabili e, in ogni caso, si dovrebbe farvi ricorso solo nel rispetto dei diritti della difesa»⁽³⁵⁾.

L'art. 7 tratta del diritto al silenzio e del diritto di non autoincriminarsi, avendo riconosciuto il *considerand(um?)* 24 che «il diritto al silenzio è un aspetto importante della presunzione di innocenza e dovrebbe fungere da protezione contro l'autoincriminazione»; secondo lo *standard* CEDU, il diritto al silenzio e il diritto a non autoincriminarsi costituiscono *standards* internazionalmente riconosciuti che stanno alla base della nozione di "processo equo" perchè proteggerebbero, fra l'altro, i diritti dell'indagato / imputato da pressioni indebite da parte delle pubbliche autorità, contribuendo ad evitare errori giudiziari e contribuendo quindi al raggiungimento degli scopi dell'art. 6 della Convenzione⁽³⁶⁾.

Il diritto a non autoincriminarsi, in particolare, presuppone che l'accusa in un procedimento penale cerchi di provare la responsabilità dell'indagato / imputato senza ricorso a materiale probatorio ottenuto attraverso metodi di coercizione o pressione senza rispetto della volontà dell'interessato⁽³⁷⁾, risultando quindi il diritto in parola strettamente collegato alla presunzione di innocenza.

Il citato art. 7 limita peraltro il diritto in parola al "reato contestato", e non già a ogni reato riferibile alla persona sottoposta all'interrogatorio⁽³⁸⁾.

Se i *consideranda* fanno opportunamente riferimento alle direttive procedurali, ed in

⁽³⁵⁾ Si è già ricordato come anche lo *standard* CEDU ammetta presunzioni *in malam partem*, qualora confinate entro limiti ragionevoli, tenuto conto della gravità della posta in gioco ma imponendo di preservare i diritti della difesa (Salabiaku c. Francia e Klouvi c. Francia, cit.).

⁽³⁶⁾ Pishchalnikov c. Russia, ricorso 7025/04, sentenza 24 settembre 2009, e Funke c. Francia, 25 febbraio 1993, § 44, Serie A n. 256-A.

⁽³⁷⁾ Saunders c. Regno Unito, 17 dicembre 1996, § 68, Reports 1996-VI; Heaney e McGuinness c. Irlanda, ricorso 34720/97, § 40, ECHR 2000-XII; J.B. c. Svizzera, ricorso 31827/96, § 64, ECHR 2001-III. La direttiva tace sul punto, e la proposta di Fair Trials International di video- o audioregistrare gli interrogatori di polizia non è stata presa in considerazione (cfr. Joint Position Paper cit., parr. 34-38).

⁽³⁸⁾ Cfr. anche il *considerandum* 26: «Il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi dovrebbero applicarsi a domande riguardanti il reato che una persona è indagata o imputata di avere commesso e non, ad esempio, a domande riguardanti l'identificazione dell'indagato o imputato» (enfasi aggiunta).

particolare alla Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali ⁽³⁹⁾, tale riferimento manca nel corpo della direttiva, così come manca ogni riferimento alla Direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale: secondo la *standard* CEDU, «l'accesso al difensore nelle fasi iniziali è una di quelle garanzie procedurali alle quali la Corte farà particolare riferimento nel decidere se una procedura abbia vanificato la essenza più profonda del diritto a non auto incriminarsi» ⁽⁴⁰⁾⁻⁽⁴¹⁾.

Del resto, secondo lo *standard* CEDU: se le dichiarazioni di un indagato / imputato sono state rese volontariamente, persino dopo esser stata informata dalle autorità investigative che ogni affermazione potrà essere usata nel procedimento contro il dichiarante, ciò non può essere considerata una scelta pienamente consapevole se non vi sia stato espresso avviso dello *ius tacendi* e se la decisione di rendere dichiarazioni è stata presa senza il preventivo intervento di un difensore ⁽⁴²⁾.

Il *considerand(um?)* 27, dopo aver chiarito come il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi implicino che le autorità competenti non dovrebbero costringere indagati o imputati a fornire informazioni qualora queste non desiderino farlo, stabilisce che «per determinare se il diritto al silenzio o il diritto di non autoincriminarsi sia stato violato, è opportuno tener conto dell'interpretazione del diritto a un equo processo ai sensi della CEDU data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

Nella direttiva peraltro manca ogni riferimento alla rinuncia di tali diritti, nonostante la Direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore abbia espressamente preso in considerazione la rinuncia al diritto in essa previsto (art. 9 Direttiva 2013/48/UE).

Lo *standard* CEDU prevede peraltro che ognuno possa validamente rinunciare ad ogni garanzia del giusto processo, ma che tale rinuncia, per essere effettiva, debba essere inequivoca, assistita da un minimo di garanzie commisurate alla sua importanza, volontaria, informata e, se implicitamente dedotta da un comportamento dell'interessato, dalle conseguenze prevedibili da parte del rinunciante ⁽⁴³⁾.

In linea con lo *standard* CEDU ⁽⁴⁴⁾, l'art. 7.3 prevede che l'esercizio del diritto di non autoincriminarsi non impedisca alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato; il *considerand(um?)* 29 specifica che si potrà trattare di materiale ottenuto sulla base di un mandato, o per il quale sussista l'obbligo per

⁽³⁹⁾ I *consideranda* 31 e 32 stabiliscono che gli Stati membri dovrebbero «prendere in considerazione la possibilità di garantire che, quando gli indagati o imputati ricevono informazioni sui loro diritti» a norma degli articoli 3 e 4 della direttiva 2012/13/UE, «siano informati anche in merito al diritto di non autoincriminarsi, come applicabile a norma del diritto nazionale conformemente alla presente direttiva».

⁽⁴⁰⁾ «*Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination*», Pishchalnikov c. Russia, cit.

⁽⁴¹⁾ Pishchalnikov c. Russia, cit., Salduz c. Turchia, ricorso 36391/02, sentenza 27 novembre 2008, Jalloh c. Germania, ricorso 54810/00.

⁽⁴²⁾ Navone e altri c. Monaco, ricorso 62880/11, sentenza 24 ottobre 2013, Stojkovic c. Francia e Belgio, ricorso 25303/08, sentenza 27 ottobre 2011.

⁽⁴³⁾ Fra le molte, Panovits c. Cipro, ricorso 4268/08, sentenza 27 ottobre 2011, Håkansson e Stuesson c. Svezia, 21 febbraio 1990, Series A No. 171, § 66, e più recentemente Sejdovic c. Italia ricorso 56581/00, Grande Camera, sentenza 1 marzo 2006, Talat Tunç c. Turchia, ricorso 32432/96, sentenza 27 marzo 2007.

⁽⁴⁴⁾ Ortiz e Martin c. Spagna, 43486/98, sentenza 15 giugno 1999.

legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o l'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue o delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA.

Il successivo paragrafo 4 dell'art. 7 stabilisce che «gli Stati membri possono consentire alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati»: non vi è alcuna spiegazione in cosa possa consistere un «comportamento collaborativo» (di certo non è esclusa una ammissione di colpa), e ciò appare contraddittorio con lo scopo della direttiva e potenzialmente pregiudizievole per i diritti in parola. Infatti, la previsione in parola ben potrebbe essere intesa come incentivo ad una dichiarazione di colpevolezza, e come tale compromettere il diritto dell'indagato / imputato ad essere considerato innocente fino alla condanna definitiva, alleggerendo l'onere della prova in capo all'accusa e fungendo da strumento di pressione sugli indagati affinché ammettano la propria colpevolezza.

Il successivo paragrafo 5 dell'art. 7, accrescendo (finalmente) lo *standard* CEDU ⁽⁴⁵⁾, stabilisce che «l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro»; il successivo capoverso specifica che «il presente articolo non impedisce agli Stati membri di prevedere che, in relazione ai reati minori, lo svolgimento del procedimento, o di alcune sue fasi, possa avvenire per iscritto o senza un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte delle autorità competenti in merito al reato ascritto loro, purché ciò rispetti il diritto a un equo processo».

Il successivo art. 8 (in uno con i *consideranda* 34 e 35) sancisce il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo, laddove lo *standard* CEDU prevede che tale diritto è implicito nel diritto ad un processo equo (*sub specie* pubblica udienza ⁽⁴⁶⁾) e che è difficile immaginare l'esercizio di diritti della difesa senza una partecipazione personale al processo ⁽⁴⁷⁾, dato che «la Convenzione ha come obiettivo di tutelare dei diritti non teorici o illusori ma concreti ed effettivi» e nemmeno «la nomina di un avvocato (...) assicura l'effettività dell'assistenza che egli può procurare all'imputato» ⁽⁴⁸⁾.

Il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo non è peraltro assoluto nella direttiva in commento: se il *considerandum* 35 prevede che indagati e imputati dovrebbero avere la possibilità di rinunciarvi, esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile, il capoverso dell'art. 8 specifica che un processo può svolgersi *in absentia* quando:

a) l'indagato o imputato sia stato informato in un tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione; oppure

b) l'indagato o imputato, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato, nominato dall'indagato o imputato oppure dallo Stato».

⁽⁴⁵⁾ In *Condrón c. Regno Unito*, ricorso 35718/97, sentenza 2 maggio 2000 e *Murray c. Regno Unito*, ricorso 18731/91, sentenza 9 febbraio 1996 la Corte EDU ha infatti stabilito come l'esercizio al diritto al silenzio durante il procedimento penale possa comportare conseguenze negative per l'interessato.

⁽⁴⁶⁾ *Jacobsson c. Svezia*, ricorso 16970/90, sentenza 19 febbraio 1998.

⁽⁴⁷⁾ *Colozza c. Italia* del 12 febbraio 1985, serie A n. 89, in particolare sub par. 27: «*although this is not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 6, the object and purpose of the Article taken as a whole show that a person "charged with a criminal offence" is entitled to take part in the hearing. Moreover, sub-paragraphs (c), (d) and (e) of paragraph 3 guarantee to "everyone charged with a criminal offence" the right "to defend himself in person", "to examine or have examined witnesses" and "to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court", and it is difficult to see how he could exercise these rights without being present.*».

⁽⁴⁸⁾ *Sejdovic c. Italia*, cit.

Tale previsione pare non raggiungere lo *standard* CEDU, che prevede come solamente «alcuni fatti accertati possano dimostrare inequivocabilmente che l'imputato sa che una procedura penale è diretta contro di lui e conosce la natura ed i motivi dell'accusa e che non ha l'intenzione di prendere parte al processo o intende sottrarsi alle azioni giudiziarie. Tale potrebbe essere il caso, ad esempio, quando un imputato dichiara pubblicamente o per iscritto di non voler dare seguito alle interpellanze di cui ha avuto conoscenza attraverso fonti diverse dalle autorità o quando riesce a sfuggire ad un tentativo d'arresto, o anche quando sono portati all'attenzione delle autorità dei documenti che provano inequivocabilmente che egli è a conoscenza della procedura pendente contro di lui e delle accuse rivoltegli»⁽⁴⁹⁾.

Secondo il successivo paragrafo 3 dell'articolo in commento, una sentenza resa *in absentia* con il rispetto delle condizioni previste «può essere eseguita nei confronti dell'indagato o imputato»; peraltro, «qualora gli Stati membri prevedano la possibilità di svolgimento di processi in assenza dell'indagato o imputato, ma non sia possibile soddisfare le condizioni di cui al paragrafo 2 del presente articolo perché l'indagato o imputato non può essere rintracciato nonostante i ragionevoli sforzi profusi, gli Stati membri possono consentire comunque l'adozione di una sentenza e l'esecuzione della stessa. In tal caso, gli Stati membri garantiscono che gli indagati o imputati, una volta informati della decisione, in particolare quando siano arrestati, siano informati anche della possibilità di impugnare la decisione e del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, in conformità dell'art. 9».

Incredibilmente i paragrafi 4 e 5 dell'art. 8 in commento lasciano «impregiudicate le norme nazionali» riguardanti l'esclusione dell'indagato / imputato dal processo e lo svolgimento del processo per iscritto, essendo poco compatibili tali riserve con una normativa che mira ad accrescere diritti sul territorio dell'Unione Europea.

Il successivo art. 9, rubricato "Diritto a un nuovo processo", stabilisce che «gli Stati membri assicurano che, laddove gli indagati o imputati non siano stati presenti al processo e non siano state soddisfatte le condizioni di cui all'art. 8, paragrafo 2, questi abbiano il diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria. In tale contesto, gli Stati membri assicurano che tali indagati o imputati abbiano il diritto di presenziare, di partecipare in modo efficace, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale e di esercitare i diritti della difesa».

Infine, l'art. 10, rubricato "Mezzi di ricorso", stabilisce che «gli Stati membri provvedono affinché gli indagati e imputati dispongano di un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti dalla presente direttiva»; il *considerand(um?)* 44 specifica che per «mezzo di ricorso efficace» dovrebbe intendersi un ricorso che avesse «per quanto possibile, l'effetto di porre l'indagato o imputato nella posizione in cui questi si sarebbe trovato se la violazione non si fosse verificata, così da salvaguardare il diritto a un equo processo e i diritti della difesa», senza piena corrispondenza con il diritto gli articoli 13 della Convenzione come interpretato dalla

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *Sejdovic c. Italia*, cit., par. 99. La Corte ha confermato che «integra un diniego di giustizia la condanna di un individuo in *absentia* che non può ottenere ulteriormente che una giurisdizione deliberi nuovamente, dopo averlo ascoltato, sulla fondatezza dell'accusa in fatto come in diritto, allorché non si è accertato che abbia rinunciato al suo diritto di comparire e difendersi» (id., par. 82).

Corte, e cioè effettivo sia in teoria che in pratica (ivi compresa una ragionevole possibilità di successo) ⁽⁵⁰⁾.

Il successivo paragrafo 2 dell'articolo in commento stabilisce che «fatti salvi le norme e i sistemi nazionali in materia di ammissibilità delle prove, gli Stati membri garantiscono che, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento»: non vi è alcun riferimento a prove ottenute in violazione all'articolo 3, e cioè mediante ricorso a tortura o trattamenti inumani o degradanti, limitandosi il *considerand(um?)* 45 a prescrivere che In tale contesto «si dovrebbe tener conto» ⁽⁵¹⁾ dello *standard* CEDU in relazione a prove ottenute in violazione dell'art. 3: una formulazione di certo non all'altezza dell'importanza di proteggere ogni individuo da tortura o trattamenti inumani o degradanti.

4. CONCLUSIONI

In un momento storico dominato dal populismo penale, e nel quale i governi paiono essere più preoccupati delle esigenze di sicurezza che dalla necessità di affermare i diritti fondamentali, la adozione di una direttiva che riaffermi l'importanza della presunzione di innocenza è certamente un segno positivo.

La direttiva avrebbe potuto sfruttare meglio la possibilità di creare accordi con le direttive procedurali già adottate, rafforzandole. Tuttavia, non pare neppure aver centrato lo scopo dichiarato di completare gli *standards* delle garanzie garantite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ⁽⁵²⁾, non riuscendo di conseguenza a rafforzare la fiducia reciproca fra gli Stati membri per facilitare il mutuo riconoscimento delle sentenze penali ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., ad esempio, Selmouni c. Francia, 25803/94, sentenza 28 luglio 1999.

⁽⁵¹⁾ «*The purpose of the directive is to enhance the right to a fair trial in criminal proceedings by laying down minimum rules concerning certain aspects of the presumption of innocence and the right to be present at the trial. In this way, the directive will complement the legal framework provided by the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights. The directive will strengthen mutual trust and confidence between the different judicial systems of the member states and will facilitate the mutual recognition of decisions in criminal matters*», secondo il comunicato del Consiglio dd. 4 novembre 2015 sub <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/11/04-presumption-of-innocence/>.

⁽⁵²⁾ Il tema del rimborso delle spese all'imputato assolto non viene menzionato nella direttiva, laddove nemmeno lo *standard* CEDU include tale diritto fra le garanzie connaturate al principio della presunzione di innocenza: in Allen c. Regno Unito, ricorso 25424/09, sentenza 12 luglio 2013, la Corte «... reiterates that Article 6 § 2 does not guarantee a person charged with a criminal offence a right to compensation for lawful detention on remand or for costs where proceedings are subsequently discontinued or end in an acquittal (see, among many other authorities, Englert v. Germany, 25 August 1987, § 36, Series A no. 123; Sekanina v. Austria, 25 August 1993, § 25, Series A no. 266-A; Capeau v. Belgium, no. 42914/98, § 23, ECHR 2005-I; Yassar Hussain v. the United Kingdom, no. 8866/04, § 20, ECHR 2006-III; and Tendam v. Spain, no. 25720/05, § 36, 13 July 2010). Equally, that Article does not guarantee a person acquitted of a criminal offence a right to compensation for a miscarriage of justice of whatever kind».

⁽⁵³⁾ «*The purpose of the directive is to enhance the right to a fair trial in criminal proceedings by laying down minimum rules concerning certain aspects of the presumption of innocence and the right to be present at the trial. In this way, the directive will complement the legal framework provided by the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights. The directive will strengthen mutual trust and confidence between the different judicial systems of the member states and will facilitate the mutual recognition of decisions in criminal matters*», secondo il comunicato del Consiglio dd. 4 novembre 2015 sub <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/11/04-presumption-of-innocence/>.

Al di là della clausola di non regressione contenuta nell'articolo 13⁽⁵⁴⁾, occorrerà al contrario vigilare affinché non si ceda alla tentazione di interpretare al ribasso gli *standards* internazionali nelle materie disciplinate dalla direttiva, facendo ad esempio leva sul riferimento contenuto nella direttiva in parola *all'equità complessiva del processo*, equità complessiva che potrebbe pregiudicare persino l'esercizio dei singoli diritti inviolabili, aprendo così a pericolose valutazioni discrezionali sulla concreta effettività delle garanzie⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. nota 26.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. il grido di Cassandra contenuto nell'analisi dell'Unione delle Camere Penali dd. 24 maggio 2014 *sub* <http://www.camerepenali.it/cat/5944/newsletter.html>.

