

## **INGIUSTA DETENZIONE, CONDOTTA OSTATIVA E SILENZIO ALLA LUCE DEI PRINCIPI CEDU di Giovanna Bilò**

Il diritto all'indennità di cui all'art. 5, comma 5, presuppone che la violazione di uno degli altri paragrafi della disposizione sia stato accertato o da un'autorità nazionale o dalla Corte (N.C. v. Italy, 18 December 2002, § 49). L'articolo 5 § 5 è, quindi, rispettato quando è possibile richiedere il risarcimento per la privazione della libertà effettuata in condizioni contrarie ai paragrafi 1, 2, 3 o 4 (Michalák c. Slovacchia, § 204; Lobanov c. Russia, § 54).

In assenza di una constatazione da parte di un'autorità nazionale di violazione di una qualsiasi delle altre disposizioni dell'art. 5, direttamente o sostanzialmente, la Corte stessa deve prima accertare l'esistenza di tale violazione onde poter applicare l'articolo 5 § 5 (Danija v. Switzerland (dec.), § 37; Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine, §§ 227 and 229; Yankov v. Bulgaria, §§ 190-93).

L'arresto o la detenzione possono essere leciti per il diritto interno e, tuttavia, comunque in violazione dell'articolo 5 con conseguente applicazione del suo ultimo paragrafo (Harkmann c. Estonia, § 50).

Rispetto all'Italia, la CEDU reputa che l'accertamento della violazione dell'art. 5, §§ 1-4, sia correttamente affidato, con riferimento alle misure cautelari, al sistema di impugnazioni contemplate dagli artt. 309 – 311 c.p.p. e, rispetto ai provvedimenti assunti in fase esecutiva, ai rimedi ex art. 666 c.p.p.

Più in generale, il rimedio previsto dall'articolo 314 c.p.p. non costituisce, secondo la CEDU, in assenza di un preventivo riconoscimento dell'illegittimità formale della detenzione, un rimedio effettivo per impugnare le violazioni dell'articolo 5 della Convenzione. I giudici deputati all'esame dell'indennizzo per ingiusta detenzione, infatti, non sono competenti a dichiarare l'ingiustizia formale di un periodo di detenzione e possono solo concedere, ai sensi dell'articolo 314, § 2, un indennizzo sulla base di una precedente decisione definitiva che attesti l'illegittimità di tale detenzione (Francesco Quattrone c. Italia, n.13431/07, §75, 26 novembre 2013).

Pertanto, se un ricorrente impugna la decisione assunta ex 314, comma 2, c.p.p. contestando la violazione delle citate disposizioni, la CEDU effettua, al fine di accertare l'ammissibilità del ricorso, le seguenti verifiche:

- la misura è stata preventivamente impugnata davanti ai tribunali interni fino all'ultimo grado, ex artt. 309-311? In caso negativo, il ricorso è inammissibile ex art. 35, § 1, per mancato esaurimento dei rimedi interni;
- in Cassazione ovvero con la sentenza definitiva sul merito è stata negata la violazione. In tal caso, se la pronuncia è stata pubblicata oltre 6 mesi prima del ricorso, questo è inammissibile ex art. 35, § 1. Diversamente la Corte procede ad esaminare il ricorso nel merito, ai sensi dell'art. 5, §§ 1-4;
- è stata accertata l'illegittimità della misura con decisione definitiva ma la corte ha negato il risarcimento ex art. 314 c.p.p. Se la pronuncia è stata pubblicata oltre 6 mesi prima del ricorso, questo è inammissibile ex art. 35, § 1,. Diversamente la Corte procede ad esaminare il merito del ricorso, ai sensi dell'art. 5, § 5.

Sono molti i casi in cui vengono respinte come manifestamente infondate le doglianze concernenti l'asserita insufficienza del risarcimento liquidato. È affermazione reiterata, infatti, quella secondo cui il mero fatto che l'importo riconosciuto dalle autorità nazionali sia inferiore a quanto la Corte avrebbe concesso in casi simili non comporta di per sé una violazione dell'articolo 5 § 5 (Mehmet Hasan Altan c. Turchia, n. 13237/17, § 176, 20 marzo 2018), sempre che l'inadeguatezza del risarcimento non sia tale da far venire meno la qualità di vittima. La Convenzione non dà diritto al ricorrente a un determinato importo a titolo di risarcimento (Damian-Burueana e Damian c. Romania, n. 6773/02, § 89, 26 maggio 2009). Ove le autorità nazionali abbiano debitamente motivato i criteri per calcolare il risarcimento per la detenzione illegale come previsto dalla legge e abbiano spiegato che il ricorrente non aveva dimostrato l'ulteriore danno lamentato, il ricorso viene ritenuto manifestamente infondato. Analoga soluzione viene adottata nei casi in cui l'importo non è irragionevole rispetto a quello che la Corte concederebbe in circostanze simili (Stephens c. Malta (n. 1), n. 11956/07, 21 aprile 2009).

Laddove il diritto interno preveda la possibilità di risarcimento per le persone assolte che siano state private della loro libertà in via cautelare, tale riconoscimento non implica necessariamente che la detenzione in questione sia contraria alle disposizioni dell'articolo 5. Pertanto, eventuali limitazioni al diritto risarcitorio, se

ed in quanto operanti al di fuori dei casi di illegittimità contemplati ai §§ 1-4, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5, § 5.

È questa la soluzione accolta con riferimento al diniego di risarcimento disposto dall'art. 314, comma 1, c.p.p. per i casi di condotta ostantiva.

Normalmente le decisioni interne che respingono la richiesta di indennizzo a causa della condotta dolosa o gravemente colposa imputabile alla parte vengono impugnate invocando non solo la violazione dell'art. 5, § 5, sull'assunto che la condotta ostantiva sia stata erroneamente ravvisata o, comunque non dovrebbe essere rilevante alla luce della Convenzione, ma, all'evidente fine di arricchire il ricorso, anche adducendo la violazione dell'art. 5, §§ 1-4. Di regola questa seconda contestazione è dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 35 per uno dei motivi sopra esposti (mancata impugnazione o decorso del termine semestrale). Rispetto alla contestazione relativa all'art. 5 § 5, invece, l'inammissibilità è dichiarata *ratione materiae*, ovvero rilevando che il diritto all'indennizzo per detenzione cautelare legittima ma seguita da successiva assoluzione non è riconosciuto e tutelato dalla Convenzione.

Al riguardo, va, però, segnalata la pronuncia Norik Poghosyan c. Armenia, §§ 34-36, 22 ottobre 2020, secondo cui l'articolo 5 § 5 si applica se la detenzione è qualificata dai tribunali nazionali come "illegale" alla luce del diritto interno. L'Armenia è stata condannata per violazione dell'art. 5 § 5 perché, con riferimento ai casi di detenzione cautelare legittima seguita da assoluzione, l'ordinamento nazionale limitava il risarcimento del danno a quello patrimoniale, escludendo il danno non patrimoniale. La Corte ha in proposito statuito che siccome era lo stesso ordinamento nazionale a qualificare la detenzione come illegale, non era necessario indagare l'effettiva violazione di uno dei primi 4 paragrafi dell'art. 5 e poteva affermarsi, invece, la violazione del quinto paragrafo dal quale deve farsi discendere che il risarcimento del danno sia integrale.

Tale decisione ha creato incertezza rispetto ai casi di detenzione sostanzialmente ingiusta ma formalmente legittima secondo il diritto italiano. Ci si è chiesti se la Corte avesse voluto rivedere il suo orientamento secondo cui solo le violazioni di cui ai primi 4 paragrafi dell'art. 5 rilevano per l'applicazione dell'ultimo paragrafo. Ci si è anche interrogati sul perché la Corte, difformemente dall'orientamento consolidato, abbia ritenuto di non dover valutare nel merito il tipo di illegittimità sanzionata dal diritto nazionale. In difetto di un'esplicita volontà di distaccarsi dai precedenti e, in particolare, da N.C. v. Italy, e tenuto conto del fatto che nel nostro ordinamento si parla di ingiustizia sostanziale per detenzione legittima (unjust detention) con riferimento ai casi previsti dall'art. 314, comma 1, c.p.p. e non di illegalità/illegittimità (unlawful detention), ci si è comunque, per il momento, orientati nel senso di escludere la rilevanza di tale pronuncia e di continuare a ritenere i ricorsi contro le decisioni ex art. 314 c.p.p. inammissibili *ratione materiae*.

L'inammissibilità *ratione materiae*, dichiarata dal giudice unico, preclude normalmente l'esame nel merito della decisione. Tuttavia, la Corte si è trovata talvolta a dover fare i conti con pronunce che identificano l'imputabilità della condotta nella circostanza che l'indagato si sia astenuto dal rispondere in sede di interrogatorio di garanzia. Secondo la stessa Corte di Cassazione l'esercizio, in sede di interrogatorio, della facoltà di non rispondere, che pur costituisce manifestazione del diritto di difesa, può assumere rilievo ai fini dell'accertamento della sussistenza della condizione ostantiva del dolo o della colpa grave poiché è onere dell'interessato apportare immediati contributi o riferire circostanze che avrebbero indotto l'Autorità Giudiziaria ad attribuire un diverso significato agli elementi posti a fondamento del provvedimento cautelare (cfr. Cass. sez. 4, n. 24439 del 27/4/2018, Stamatopoulou, Rv. 273744).

Il riferimento alla facoltà di non rispondere, tuttavia, specie ove costituisca l'unica condotta ostantiva ravvisata dal giudice a quo, rischia di esporre l'Italia ad una condanna per violazione non dell'art. 5 ma dell'art. 6, sul diritto all'equo processo.

È pacifico, infatti, nella giurisprudenza della Corte che, sebbene non espressamente menzionato nell'articolo 6, il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione rientrano tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che sono alla base della nozione "fair trial". Il privilegio contro l'autoincriminazione protegge contro l'ottenimento di prove mediante coercizione o oppressione. È l'esistenza della coercizione che fa sorgere dubbi sul fatto che il privilegio contro l'autoincriminazione sia stato rispettato. Per questo motivo, nell'accertarne la violazione, la Corte deve prima considerare la natura

e il grado di costrizione utilizzato per ottenere le prove (Ibrahim e altri c. Regno Unito [GC], n. 50541/08 e altri, § 267, 13 settembre 2016).

Con la sua giurisprudenza, la Corte ha individuato almeno tre tipi di situazioni suscettibili di integrare casi di coercizione impropria in violazione dell'articolo 6. La prima consiste nell'esercizio di pressione fisica o psicologica, spesso sotto forma di trattamento che viola l'articolo 3 della Convenzione, finalizzato ad ottenere prove o dichiarazioni (Jalloh c. Germania [GC], n. 54810/00, 11 luglio 2006; Gäfgen c. Germania [GC], n. 22978/05, 1 giugno 2010). La seconda ricorre ove le autorità usino dei sotterfugi per ottenere informazioni che non sono state in grado di ottenere durante l'interrogatorio (Allan v. the Regno Unito, n. 48539/99, 5 novembre 2002; *contra* Bykov c. Russia [GC], n. 4378/02, §§ 101-102, 10 marzo 2009). La terza si ha quando un sospettato è obbligato a rendere dichiarazioni sotto minaccia di sanzioni (Saunders c. Regno Unito [GC], n. 19187/91, 17 dicembre 1996; Brusco c. Francia, n. 1466/07, 14 ottobre 2010) o è sanzionato per aver rifiutato di testimoniare (Heaney e McGuinness c. Irlanda, n. 34720/97, 21 dicembre 2000; Weh c. Austria, n. 38544/97, 8 aprile 2004).

L'orientamento propenso a negare il diritto al risarcimento del danno da ingiusta detenzione in caso di silenzio in sede di interrogatorio potrebbe ricondursi a questa terza ipotesi ed incidere, pertanto, non solo sulla conformità all'art. 6 del giudizio riparatorio per l'ingiusta detenzione, ma anche sull'effettività del diritto garantito nel procedimento penale di cognizione nell'ambito del quale la facoltà di non rispondere sia stata invocata. Il dubbio, in altri termini, è se possa ritenersi effettivo un diritto al silenzio condizionato alla perdita del diritto all'indennizzo per ingiusta detenzione.

La Corte ha, in proposito, rilevato che anche dichiarazioni ottenute sotto costrizione e che a prima vista appaiono di natura non incriminante, come osservazioni a discarico o semplici informazioni su questioni di fatto, possono essere impiegate nei procedimenti penali a sostegno dell'azione penale, ad esempio per contraddire o mettere in dubbio altre dichiarazioni dell'imputato o prove da lui fornite durante il processo, o altrimenti per minare la sua credibilità. Il privilegio contro l'autoincriminazione non può quindi ragionevolmente essere limitato alle sole dichiarazioni direttamente incriminanti (Ibrahim e altri c. Regno Unito [GC], n. 50541/08 e altri, § 268, 13 settembre 2006).

Tuttavia, esso non può neppure impedire che - in situazioni che richiedono chiaramente una spiegazione dall'imputato - il silenzio sia preso in considerazione nel valutare la persuasività delle prove addotte dall'accusa. Non si può quindi affermare che la decisione di un imputato di tacere per tutta la durata dei procedimenti penali non debba necessariamente avere implicazioni (John Murray c. Regno Unito) [GC], n. 18731/91, § 47, 8 febbraio 1996). Se il trarre deduzioni negative dal silenzio di un accusato violi l'articolo 6 è questione da determinare alla luce di tutte le circostanze del caso, con particolare riguardo al peso attribuito a tali deduzioni dai giudici nazionali nella loro valutazione delle prove e al grado di costrizione esercitato nel caso di specie (ibid., § 47). In pratica, tutele adeguate devono essere in atto per garantire che eventuali deduzioni avverse non vadano oltre ciò che è consentito in base all'Articolo 6.

Usando le parole della Corte, "da un lato, è evidente che è incompatibile con le immunità in esame fondare una condanna unicamente o principalmente sul silenzio dell'imputato o sul rifiuto di rispondere alle domande o di testimoniare. D'altra parte, la Corte ritiene altrettanto evidente che tali immunità non possono e non devono impedire che il silenzio dell'imputato, in situazioni che richiedono chiaramente una sua spiegazione, venga preso in considerazione nel valutare la persuasività delle prove fornite dall'accusa. Ovunque venga tracciata la linea tra questi due estremi, da questa interpretazione del "diritto al silenzio" segue che la questione se il diritto sia assoluto deve essere risolta in senso negativo. Non si può dire quindi che la decisione di un imputato di rimanere in silenzio durante il procedimento penale non debba necessariamente avere implicazioni quando il tribunale cerca di valutare le prove a suo carico. In particolare, come ha sottolineato il Governo, gli standard internazionali stabiliti in materia, pur prevedendo il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione, tacciono su questo punto. Se il trarre conclusioni negative dal silenzio dell'imputato violi l'articolo 6 è questione da determinare alla luce di tutte le circostanze del caso, avendo particolare riguardo alle situazioni in cui possono essere tratte deduzioni, il peso attribuito loro dai giudici

nazionali nella valutazione delle prove e del grado di costrizione inerente alla situazione” (John Murray c. Regno Unito) [GC], cit.).

Tali principi sono stati elaborati con riferimento ai procedimenti penali finalizzati ad una decisione sull'imputazione, ergo alla condanna o assoluzione dell'imputato, nei casi in cui si è addivenuti ad una pronuncia di condanna attribuendo un peso significativo al silenzio dell'imputato.

È dubbia, pertanto, l'incidenza che tali principi possono avere nell'ambito dei procedimenti di indennizzo per ingiusta detenzione, i quali, seppure fondati su un procedimento penale presupposto, in ragione della loro finalità risarcitoria dovrebbero essere destinatari dei principi elaborati dalla Corte sotto il profilo civilistico dell'art. 6.

A tale ultimo riguardo, va, anzitutto, rilevato che la Convenzione non disciplina la prova in quanto tale (Mantovanelli c. Francia, n. § 21497/93, 34, 18 marzo 1997). L'ammissibilità delle prove e il modo in cui devono essere valutate sono questioni riservate al diritto nazionale e ai tribunali nazionali (Moreira de Azevedo c. Portogallo, n. 19867/12, §§ 83-84, 11 luglio 2017; García Ruiz c. Spagna [GC], n. 30544/96, § 28, 21 gennaio 1999). Il compito della Corte è di accertare se il procedimento nel suo complesso sia stato equo anche, ma non solo, alla luce modo in cui sono state assunte le prove (Elsholz c. Germania [GC], 25735/94, § 66, 13 luglio 2000; Devinar c. Slovenia, n. 28621/15, § 45, 22 maggio 2018). La Corte, cioè, non è un organo di quarta istanza e pertanto tende a non sindacare, ai sensi dell'articolo 6, § 1, la valutazione dei tribunali nazionali, a meno che le conclusioni risultino arbitrarie o manifestamente irragionevoli (Bochan c. Ucraina (n. 2) [GC], n. 22251/08, § 61, 5 febbraio 2015; López Ribalda e altri c. Spagna [GC], n. 1874/13, §§ 149, 159-161, 17 ottobre 2019). Non spetta quindi alla Corte determinare, in linea di principio, se particolari tipi di prove – ad esempio, prove ottenute illegalmente secondo il diritto interno – possano ritenersi ammissibili. Essa deve, invece, esaminare se il procedimento nel suo insieme, compreso il modo in cui le prove sono state ottenute, sia stato equo. Ciò comporta un esame dell'illegittimità in questione e, quando si tratta della violazione di un altro diritto della Convenzione, della natura della violazione riscontrata.

“Quanto alla natura dell'illegittimità o della violazione della Convenzione, mentre l'uso delle prove ottenute in conseguenza di un provvedimento in violazione dell'art. 3 solleva sempre gravi problemi di equità del procedimento (cfr. Gäfgen, sopra citata, § 165), la questione se l'uso come prova di informazioni ottenute in violazione dell'articolo 8 o del diritto interno abbia reso un processo nel suo complesso iniquo, in violazione dell'articolo 6, deve essere determinato con riguardo a tutte le circostanze del caso, compreso il rispetto dei diritti della difesa del ricorrente e la qualità e l'importanza delle prove in questione. In particolare, occorre esaminare se al ricorrente sia stata data l'opportunità di contestare l'autenticità delle prove e di opporsi al loro utilizzo. Inoltre, deve essere presa in considerazione la qualità delle prove, così come se le circostanze in cui sono state ottenute mettano in dubbio la loro affidabilità o accuratezza (vedi Schenk, sopra citata, §§ 46-48; PG e JH c. il Regno Unito, sopra citata, §§ 77-79, e Gäfgen, sopra citata, § 164). Sebbene non si ponga necessariamente un problema di equità laddove le prove ottenute non siano supportate da altro materiale, si può notare che laddove le prove sono molto solide e non vi è il rischio che siano inaffidabili, la necessità di prove a sostegno è di conseguenza più debole (cfr. sopra citato, § 164). 152. La Corte rileva che i principi sopra enunciati relativi all'ammissibilità delle prove sono stati sviluppati in un contesto di diritto penale, sebbene abbia già avuto modo di applicarli in una causa relativa all'equità dei procedimenti civili (v. Vukota-Bojić, cit. sopra, §§ 92-100). Essa osserva che, mentre le garanzie del "giusto processo" non sono necessariamente le stesse nei procedimenti penali e civili, gli Stati che hanno maggiore libertà nella trattazione delle cause civili, possono tuttavia trarre ispirazione, nell'esaminare l'equità dei procedimenti giudiziari civili, dai principi sviluppati nell'ambito penale dell'articolo 6 (vedi Carmel Saliba c. Malta, n. 24221/13, § 67, 29 novembre 2016)” (cfr. Lopez Ribalda e altri c. Spagna [GC], cit., §§ 150-152).

In conclusione, è dubbio se la rilevanza attribuita al silenzio al fine di escludere il risarcimento del danno possa risultare come indebita pressione in violazione dell'art. 6 nel procedimento penale. Parimenti è dubbio se un tale esito argomentativo possa inficiare l'equità del giudizio riparatorio.

Non risulta infatti, allo stato, che la questione sia già stata sottoposta alla Corte<sup>1</sup>. Ma, in proposito, va evidenziato che la qualificazione giuridica data ai fatti dal ricorrente non vincola i giudici di Strasburgo. Se, pertanto, un ricorrente, pur invocando l'art. 5, si dolesse dell'ingiustizia della decisione perché lesiva del proprio diritto contro l'autoincriminatione, la Corte, lungi dal dichiarare il ricorso inammissibile *ratione materiae*, potrebbe decidere di riqualificare i fatti ed esaminarli ai sensi dell'art. 6. E in tal caso, il rischio di condanna non pare allo stato potersi escludere, seppure sia preconizzabile l'adesione della CEDU ad un approccio casistico.

Rischio, peraltro, ancor più elevato nel caso in cui la rilevanza del silenzio venga affermata per la prima volta dalla Cassazione. È noto che, sulla scia delle indicazioni della Corte costituzionale, il giudizio riparatorio, nella fase di Cassazione, non riconosce il diritto all'udienza pubblica, sull'assunto che la limitatezza dei motivi che è ivi possibile far valere e la già intervenuta discussione in sede di appello giustifichino, anche agli occhi della Convenzione e nell'ottica di una maggiore efficienza del sistema giustizia, maggiori limitazioni al diritto di accesso alle giurisdizioni più elevate. Tale impostazione è sostanzialmente condivisa dalla Cedu<sup>2</sup>. Tuttavia, l'art. 6 della Convenzione, sancisce anche il diritto al contraddittorio e contrasta recisamente le decisioni, cd. della terza via<sup>3</sup>. Pertanto, se la Cassazione invocasse il silenzio dell'indagato per la prima volta nella sua decisione finale, senza che su tale tema il ricorrente abbia avuto modo di esprimersi nel proprio atto introduttivo e senza che gli sia stata consentita l'articolazione di memorie sul punto, la decisione potrebbe risultare in violazione dell'art. 6 anche sotto l'ulteriore profilo del mancato riconoscimento del diritto al contraddittorio.

Con riferimento ai casi di detenzione illegittima non espressamente contemplati all'art. 314, comma 2, c.p.p., il riconoscimento per via giurisprudenziale dell'indennizzo appare soluzione necessitata alla luce dell'art. 5 Convenzione. E', però, dubbio se il dettato convenzionale consenta di dare rilievo ad eventuali condotte ostative dell'imputato. Come regola generale, limitazioni dei diritti convenzionali non contemplate nel testo delle relative disposizioni sono normalmente ritenute inammissibili ove non derivanti dall'esigenza di tutelare diritti convenzionali contrapposti specificamente individuati. Inoltre, l'art. 5 è ritenuto applicabile per il solo fatto della violazione di uno dei primi quattro commi e quandanche il ricorrente sarebbe rimasto in stato di detenzione anche in difetto di violazione. Va, poi, aggiunto che, in materia di errore giudiziario, l'art. 3 del Protocollo 7 prevede espressamente, a differenza dell'art. 5, che il risarcimento possa essere escluso nei casi in cui l'errore sia attribuibile alla vittima. Tali argomenti militano nel senso di ritenere che l'esclusione del risarcimento per condotta ostativa nel caso, per esempio, di errore nella fase esecutiva possa comportare una violazione dell'art. 5 § 5.

Ove, poi, la detta condotta ostativa sia identificata con il silenzio serbato dal condannato, le considerazioni sopra svolte con riferimento all'art. 6 restano impregiudicate. E', però, possibile che la Corte, una volta ravvisata la violazione dell'art. 5, ritenga assorbita quella dell'art. 6.

---

<sup>1</sup> Le pronunce di condanna dell'Italia, con riferimento al diritto ad avvalersi della facoltà di non rispondere hanno essenzialmente riguardato la disciplina dell'utilizzabilità delle dichiarazioni rese fuori dal dibattimento e l'impossibilità di contro-esame dell'imputato (Craxi c. Italia (no. 1), n. 34896/97, 05 dicembre 2002. *Contra* Sofri e altri c. Italia (dec.), n. 37235/97, 04 marzo 2003). Ma il Consiglio ha ritenuto superate tali problematiche per effetto della riforma di cui alla l. 01.03.2001, n. 63 (Craxi c. Italia (no. 2), n. 34896/97, Res-54, Committee of Ministers, 25/04/2005).

<sup>2</sup> L'assenza di un'udienza di secondo o di terzo grado può essere giustificata dalle particolarità del procedimento in questione, purché si sia tenuta un'udienza di primo grado (Helmers c. Svezia, n. 11826/85, § 36-39, 29 ottobre 1991; Salomonsson c. Svezia, n. 38978/97, § 36, 12 novembre 2002).

<sup>3</sup> Il diritto al contraddittorio consiste nell'opportunità per le parti di un processo penale o civile di conoscere e commentare tutte le prove prodotte o le osservazioni depositate, anche da un membro indipendente dell'autorità giudiziaria nazionale, al fine di influenzare la decisione della corte (Ruiz-Mateos c. Spagna, n. 12952/87, § 63, 23 giugno 1993; McMichael c. Regno Unito, n. 16424/90, § 80, 24 febbraio 1995; Vermeulen c. Belgio, n. 19075/91, § 33, 20 febbraio 1996; Lobo Machado c. Portogallo, n. 15764/89, § 31, 20 febbraio 1996; Kress v. Francia [GC], n. 39594/98, § 74, 7 giugno 2001). Il giudice stesso deve rispettare il principio del contraddittorio, ad esempio se decide una causa sulla base di un motivo o di un'obiezione sollevata d'ufficio (Čepek v. the Czech Republic, n. 9815/10, § 45, 5 settembre 2013; Clinique des Acacias e altri c. Francia, n. 61603/00, § 38, 16 giugno 2005; Andret e altri c. Francia (dec.), n. 1956/02, 25 maggio 2004).

Va, però, anche evidenziato che la Corte ritiene che l'articolo 5 § 5 non vieti agli Stati contraenti di subordinare il riconoscimento del risarcimento alla capacità dell'interessato di dimostrare il danno derivante dalla violazione. Non si può parlare di "risarcimento", si è detto, dove non c'è danno patrimoniale o non patrimoniale da compensare (Wassink c. Paesi Bassi, n. 12535/86, § 38, 27 settembre 1990). Ci si può chiedere, allora, se evidenziando che l'esclusione dell'indennizzo in tali casi poggia sul rilievo che la condotta ostantiva del ricorrente ha spezzato il nesso causale tra l'errore giudiziale e l'illegittima detenzione o, quantomeno, ha concorso causalmente alla produzione dell'illegittima detenzione, secondo lo schema del concorso causale del creditore nella produzione del danno, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la rilevanza attribuita alla condotta ostantiva anche ai casi di illegittima detenzione non ricompresi nella dizione dell'art. 314, comma 2, c.p.p., possa superare il vaglio di compatibilità convenzionale.