

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Nona Commissione

Incontro di studi sul tema:

**Prova dichiarativa:
meccanismi di ricordo, tecniche di escussione e criteri di valutazione**
(incontro di studio cod.5352)

Roma 19 - 21 settembre 2011

Lia Sava
Sostituto Procuratore della Repubblica di Palermo

Relazione sul tema:

“Considerazioni sparse in materia di prova dichiarativa”

1) Premessa

La pratica dibattimentale deve costituire l'angolo di visuale privilegiato per affrontare le problematiche connesse all'audizione dei dichiaranti *deboli* (cioè coloro i quali subiscono sofferenza psichica inevitabile nel ricordare fatti oggetto

di interesse procedimentale), dei dichiaranti *neutri* (i soggetti per i quali il ricordo di vicende procedurali è indifferente sul piano emotivo) e dei dichiaranti *coinvolti nel fatto* (cioè coimputati di reato connesso o collegato o collaboratori di giustizia).

Invero, le considerazioni generali in merito alla prova dichiarativa acquistano particolare rilievo solo alla luce della loro operatività nelle aule di giustizia e nella interazione con altri istituti processuali ad essa strettamente connessi. Inoltre, merita di essere evidenziato che la formazione della prova dichiarativa è, in qualche modo, collegata a considerazioni di carattere extra giuridico che contribuiscono, in varia misura, a delinearne i caratteri strutturali. Deve evidenziarsi, in particolare, che le caratteristiche, differenti da individuo ad individuo, riguardanti la formazione e ricostruzione dei ricordi e delle conoscenze e delle esperienze acquisite, l'impronta caratteriale ed il profilo psicologico, il livello culturale e le problematiche relative alle condizioni di salute del dichiarante sono tutti fattori che, inevitabilmente, incidono sulla fase genetica della prova dichiarativa e influiscono sul giudizio di valutazione che, ex art. 192 cpp, il giudice è chiamato a svolgere.

Da tali interazioni di piani e profili consegue una casistica estremamente variegata e complessa di situazioni processuali che, seppure sempre per approssimazione, ove portate al centro di un dibattito ed inserite in un confronto fra le prassi dei diversi uffici giudiziari, possono contribuire ad una utile ricostruzione delle molteplici sfaccettature della prova dichiarativa.

Il processo penale presenta caratteristiche incentrate sulla formazione della prova che avviene, secondo quella che è la fisiologia del sistema, nel dibattimento ed a seguito dell'esame incrociato. L'abilità delle parti nell'esercizio della tecnica di discussione ed i peculiari meccanismi mnemonici, differenti da soggetto a

soggetto, possono incidere sulla struttura della prova e, quindi, sull'esito finale del processo, rimesso alla valutazione del giudice. Può affermarsi, in questo senso, che la prova dichiarativa costituisce lo strumento per l'ingresso nel processo di dati di conoscenza ed è, pertanto, funzionale a consentire al giudice la valutazione della fondatezza o infondatezza della imputazione. L'importanza della prova dichiarativa si desume, in via immediata e diretta, dalla considerazione che, con la sola eccezione della perizia, dell'ispezione e dei documenti, i residui mezzi di prova regolati dal titolo II del cpp hanno tutti carattere dichiarativo.

Ma, a ben vedere, a fronte della sua rilevanza, la prova dichiarativa presenta il grave limite di essere soggetta a molteplici fraintendimenti significativi (e ciò a prescindere dalla consapevolezza di dire il falso e, quindi, dal dolo), conseguenza immediata e diretta delle peculiarità del procedimento mnemonico soggettivo volto alla ricostruzione di un fatto.

Ne consegue che la prova dichiarativa è da ritenersi *oggetto poliedrico*, comprendente nel suo alveo differenti categorie concettuali (testimone, testimone minore di età, testimone persona offesa del reato, testimone assistito, indagato o imputato di reato connesso, le ultime due peculiari del nostro sistema processuale) che l'operatore del diritto deve essere abile a *manovrare* con estrema cautela.

In particolare, tale cautela deve osservare il Pubblico Ministero che, fin dalla fase delle indagini preliminari, deve tener conto del fatto che, benché la prova dichiarativa si forma, almeno tendenzialmente, in dibattimento, la corretta gestione delle indagini preliminari (ad esempio: la puntuale documentazione di un verbale di sommarie informazioni, che ben potrebbe essere utilizzato in dibattimento per le contestazioni in sede di esame del testimone o, ancora, la scelta dell'incidente probatorio o dell'accertamento tecnico irripetibile per la cristallizzazione di situazioni oggettive oggetto di modificazione) è indispensabile per salvaguardare *la debolezza intrinseca* della prova dichiarativa, che deve essere *salvaguardata* attraverso una scrupolosa osservanza dei molteplici meccanismi procedurali ad essa sottesi e con essa collegati.

Inoltre, proprio la debolezza intrinseca della prova dichiarativa impone all'organo della accusa di portare, a sostegno della fondatezza della imputazione, anche altre prove, ad esempio intercettazioni, servizi di osservazione e pedinamento, documenti, per loro natura meno vulnerabili in conseguenza di meccanismi ricostruttivi di carattere soggettivo. Peraltro, e deve essere evidenziato con chiarezza, il progressivo affinarsi delle tecniche di indagine scientifica e la loro sempre più intensa diffusione, anche con riguardo specifico ad investigazioni che ineriscono a delitti comuni, ha indotto gli operatori del diritto a modulare il procedimento penale (e quindi sia la fase delle indagini preliminari che quella dibattimentale) sulle verità fornite dalla scienza, favorendo una fisiologica (quanto meno tendenziale) recessione della prova dichiarativa. Le risultanze dattiloscopiche, i dati balistici, le prove documentali, le risultanze di intercettazioni ambientali e telefoniche, le analisi del DNA sono strumenti idonei ad incastrarsi perfettamente in un quadro probatorio armonico rispetto ai canoni dell'art. 192 cpp, con la conseguenza che la prova dichiarativa finisce per servire solo da mero supporto. Inoltre, il sempre più frequente ricorso ai riti alternativi (abbreviato e patteggiamento) limitano, in radice, l'acquisizione delle testimonianze che, per loro natura, si formano nell'alveo dibattimentale. Ma anche se in funzione ausiliaria e di supporto, la prova dichiarativa presenta, comunque, una serie di peculiarità e di caratteristiche significative che richiedono uno studio attento delle molteplici sfaccettature che essa presenta nell'iter procedimentale.

Il richiamo, che svolgerò di seguito, ad alcuni argomenti riguardanti *il particolare atteggiarsi* della prova dichiarativa nella casistica giurisprudenziale, potrà fornire ulteriori spunti di riflessione sulle considerazioni che, in estrema sintesi, sono state sopra richiamate.

Si è già sopra evidenziato che l'esperienza nelle aule di giustizia consente di affermare che la formazione della prova dichiarativa costituisce *la cartina di tornasole* della operatività di molteplici principi fondamentali del nostro sistema,

che interagiscono, a vario titolo, con il dettato di cui all'art. 111 Cost. che si configura come il cardine attorno al quale tutte le altre regole devono ruotare al fine di armonizzarsi con esso.

2) Le tecniche di escussione nelle fasi predibattimentali ed in quella dibattimentale.

Le tecniche di escussione utilizzate dal Pubblico Ministero e dal difensore nei contesti processuali di riferimento costituiscono lo strumento per verificare, da un lato, la competenza, la preparazione e la rapida capacità di analisi della situazione contingente da parte di colui che le utilizza e, dall'altro, consentono all'interprete molteplici riflessioni sulle regole processuali sottese all'esame incrociato. Un dato appare, comunque, assolutamente preliminare: ogni vicenda processuale presenta caratteristiche peculiari ed ogni escussione testimoniale deve essere inserita in quel contesto che inciderà, in maniera significativa, sulle relative risultanze. Inoltre, altro fattore che influenza le modalità della *esame incrociato* è dato dalla personalità, dalla storia personale, dal livello culturale del soggetto esaminato, caratteristiche delle quali chi conduce l'esame deve tener conto se vuole ottenere un risultato idoneo allo scopo che con l'assunzione si è prefisso. Ad esempio, nell'esaminare un teste che non ha un livello culturale elevato, si dovranno formulare domande in maniera semplice, evitando di usare termini non immediatamente comprensibili. Inoltre, di fronte ad un *teste emotivo*, per non compromettere l'esito dell'esame, appare indispensabile metterlo a proprio agio, utilizzando un tono di voce rassicurante, concedendo, se del caso, brevi pause al susseguirsi delle domande, proprio per evitare amnesie o, comunque, una qualsiasi forma di incidenza negativa sul procedimento mnemonico. Ricordo, a questo proposito, che qualche anno addietro, in un dibattimento innanzi alla Corte di Assise, dove la moglie, divenuta collaboratore di giustizia, accusava il marito (e padre dei suoi figli) di un grave fatto di sangue, il momento dell'esame della donna richiese *particolari accortezze* sotto il

profilo psicologico atte ad arginare il rischio che la tensione cui era sottoposta e l'emozione conseguente al racconto di alcuni passaggi della vicenda potesse incidere negativamente sulla esatta ricostruzione degli eventi. In particolare, ci fu un momento, in sede di esame del Pubblico Ministero, nel corso del quale, mentre la moglie riferiva i dettagli della notte dell'omicidio (con voce evidentemente segnata dall'emozione) il marito, imputato in video collegamento, venne colto da malore. In quel caso, dopo l'interruzione, l'escussione è proseguita cercando *riallineare* il procedimento mnemonico della donna, scosso dalla situazione contingente, affrontando un argomento diverso da quello che aveva determinato il malore dell'imputato, per poi ritornare sul nucleo centrale della testimonianza (e quindi della imputazione) dopo che la condizione psicologica della dichiarante era tornata, in un certo senso, più serena. E' chiaro, quindi, che in casi come questi, la *scaletta* di domande che le parti preparano in vista dell'udienza deve essere modificata rapidamente. A questo proposito, deve evidenziarsi che la preparazione dell'esame testimoniale, in tutte le forme previste (teste vero e proprio, teste assistito, indagato o imputato di reato connesso) richiede uno scrupoloso studio delle dichiarazioni precedentemente rese in fase di indagini preliminari dalla cui lettura possono trarsi spunti per articolare (anche in vista di eventuali contestazioni) un complesso di domande utili allo scopo che con quell'escussione si intende raggiungere. E', comunque, certo che, benché l'argomento delle tecniche di escussione è di straordinaria rilevanza ed è disciplinato in maniera analitica nel codice del 1989, la casistica giurisprudenziale non può ricomprendere le svariate situazioni che, nelle aule di giustizia, si possono verificare nel corso di un esame testimoniale. Peraltro, il confronto fra le esperienze da ognuno maturate nei diversi contesti territoriali di appartenenza, può essere davvero utile per cercare di monitorare come, ad esempio, i presidenti del collegio (art. 504 cpp) decidono, *immediatamente e senza formalità*, sulle diverse e possibili opposizioni formulate dalle parti nel corso della prova dichiarativa.

Deve evidenziarsi, inoltre, a proposito delle tecniche di escussione dei testi, che esiste una qualche significativa differenza fra le modalità che appare opportuno seguire in fase di indagini preliminari rispetto a quelle che, invece, risultano utili in sede dibattimentale. La *ratio* della differenza è insita nella diversa prospettiva nella quale si collocano i due momenti procedurali. In particolare, nel corso delle indagini preliminari il Pubblico Ministero (o la P.G. delegata) esplora un terreno vergine, dove occorre verificare se una certa ipotesi investigativa può assumere dignità giuridica. Spesso la escussione di persone informate sui fatti è il primo strumento per cercare di ricostruire il fatto umano al fine trarre da esso una qualche sostanza di fatto di reato. Ne consegue che le domande da porre in sede di sit sono, solitamente, molto più ampie e variegate rispetto a quelle che si pongono al teste in sede di esame testimoniale, seguendo il capitolato di prova che è funzionale alla dimostrazione della fondatezza del capo di imputazione che, invece, in fase di indagini preliminari, non esiste se non come mera ipotesi. Ed è proprio questo il punto centrale della fattispecie della quale trattiamo. In sede di indagini preliminari occorre ampliare il più possibile la sfera delle domande per cercare di comprendere e ricostruire l'elemento oggettivo e soggettivo dell'ipotesi di reato per la quale l'indagine è in corso mentre, in sede di esame testimoniale, per evitare dispersioni, occorre porre domande funzionali alla dimostrazione della fondatezza dell'imputazione. Gli allargamenti, a volte necessari, devono essere limitati a ciò che è essenziale a consentire al giudice il miglior esercizio possibile dei suoi poter valutativi di cui all'art. 192 cpp. In questo senso, nel corso dell'esame dibattimentale, il Pubblico Ministero che esamina il collaboratore di giustizia dovrà porre quelle domande introduttive che servono ad inquadrarne la storia, il percorso criminale prima e le ragioni che hanno determinato la collaborazione. Si tratta di domande indispensabili per consentire all'organo giudicante di valutare l'attendibilità intrinseca ed estrinseca e per meglio valutare la portata delle dichiarazioni auto ed etero accusatorie del pentito. Potrà essere utile porre domande sui fatti di reato (dei quali non era neppure sospettato) dei quali il collaboratore si è accusato, cercando di dare al giudice l'idea

della *serietà* del dichiarante ma riuscendo ad evitare *discovery* di elementi oggetto di altri procedimenti ancora in corso di indagini e quindi coperti dal segreto investigativo. Volendo provare a sintetizzare e creare una sorta di “*regola*” e fermo restando che ogni procedimento ha le sue peculiarità che possono avere una qualche incidenza (anche significativa) sulle modalità di escussione, deve affermarsi che mentre in fase di indagini preliminari il Pubblico Ministero maneggia un materiale *morbido*, quindi malleabile, in fase dibattimentale il *faro* costituito dal capo di imputazione impone di evitare divagazioni, che potrebbero rivelarsi inutili o, addirittura, dannose. E’ conveniente, dunque, attenersi al canovaccio delle dichiarazioni rese dal teste in sede di indagini preliminari e muoversi su quella base per articolare, al bisogno, altre domande, se necessarie, e procedere, eventualmente, alle contestazioni.

Un’attenzione particolare meritano le tecniche di escussione del collaboratore di giustizia, sia nella fase della redazione del verbale illustrativo della collaborazione che in sede di escussione dibattimentale.

Invero, il collaboratore di giustizia è soggetto che, in un certo momento della sua vita, decide di abbandonare il percorso criminale per riferire, nel termine di 180 giorni fissato dalla legge nr.45 del 2001, tutto quanto a sua conoscenza in merito a fatti delittuosi o, comunque, di interesse investigativo. Il primo approccio con il collaboratore di giustizia (e, quindi, per quello che qui ci interessa, l’attenta considerazione delle modalità di conduzione degli interrogatori con i quali si avvia il percorso che condurrà alla redazione del verbale illustrativo della collaborazione) è sicuramente un momento procedimentale estremamente delicato e complesso. La domanda che, in prima battuta, viene posta al pentito riguarda le ragioni della collaborazione e trattasi di un momento di estrema importanza in quanto segnerà la traccia, in vista delle molteplici escussioni dibattimentali, del percorso utile per ricostruire l’attendibilità intrinseca del dichiarante. Nel primo verbale della collaborazione, inoltre, sarà essenziale ricostruire la storia criminale del dichiarante che, del pari con le ragioni che hanno determinato la collaborazione, costituiranno un

tassello fondamentale per la valutazione della credibilità soggettiva. Le domande successive, invece, dovranno riguardare i fatti di reato dei quali il soggetto si è reso responsabile e i più gravi fatti di sangue dei quali è a conoscenza. Nel prosieguo dei verbali si affronteranno gli altri fatti di reato e, normalmente, da ultimo, verranno poste domande in merito ai beni di provenienza delittuosa dei quali il soggetto e gli altri appartenenti al sodalizio hanno la disponibilità. Le domande al collaboratore, nella fase dell'avvio del percorso collaborativo, devono sondare, a tutto tondo, la sfera di conoscenza del dichiarante e il Pubblico Ministero deve procedere, contestualmente, a deleghe a riscontro per verificare, già dalle prime battute, se il dichiarante merita un preliminare giudizio positivo in termini di credibilità in forza del quale avanzare al giudice per le indagini preliminari una richiesta cautelare che abbia quale supporto le dichiarazioni, riscontrate, del nuovo collaboratore giustizia. Ad esempio, nella prima fase della collaborazione con la giustizia di soggetti che hanno avuto un ruolo di spicco nel sodalizio, in considerazione della entità delle vicende criminali in merito alle quali possono riferire, è prassi, nel mio ufficio, individuare un gruppo di pubblici ministeri che debbono curare, attraverso una puntuale divisione interna dei compiti, non solo la fase della assunzione delle dichiarazioni ma, anche, la predisposizione delle deleghe alla P.G. che deve essere tempestiva. Le tecniche di redazione dei verbali del collaboratore di giustizia in fase di indagini preliminari implicano, a mio parere, la necessità di redigere dettagliati verbali in forma riassuntiva (possibilmente con la tecnica riproduttiva integrale anche della domanda) che saranno utilissimi per la predisposizione del verbale illustrativo della collaborazione. Quest'ultimo rientra nella categoria degli atti amministrativi e può essere messo a disposizione del giudice, omissato nella parte di interesse, e poi inserito nel fascicolo del Pubblico Ministero, quando, in sede di escussione dibattimentale del pentito, occorrerà verificare se, in merito a certi soggetti o vicende criminali, il predetto aveva già riferito nel termine di 180 giorni fissato dalla legge nr. 45 del 2001. Ne consegue che occorre prestare particolare attenzione anche alla tecnica di redazione del verbale illustrativo della collaborazione

in vista dell'utilizzo, nei limiti di cui si è detto, in fase di escussione dibattimentale del collaboratore. In questo senso, una puntuale divisione in capitoli e per argomenti, la indicazione, per sintesi, degli elementi di cui il collaboratore ha riferito con riguardo alle diverse tipologie delittuose, sarà utilissima in dibattimento quando, a seguito di eccezioni della difesa, potrà essere richiesta l'esibizione della parte del verbale illustrativo riguardante il fatto reato oggetto dell'imputazione.

L'escussione dibattimentale del collaboratore di giustizia implica una serie di domande di inquadramento, ad esempio, come già sopra evidenziato, in ordine alle ragioni della collaborazione, alle condotte criminali delle quali si è reso responsabile e per le quali non era indagato prima che lui stesso ne riferisse. Trattasi di domande funzionali a fornire al giudice una idea precisa, almeno tendenzialmente, in ordine all'attendibilità del collaboratore, prima di procedere, nel dettaglio, alle domande riguardanti, nello specifico, il capo di imputazione ove sarà il caso, per il Pubblico Ministero, di seguire il canovaccio costituito dei verbali già resi in fase di indagini preliminari. E' indispensabile, inoltre, e nel mio ufficio cerchiamo di attenerci a questa regola, che l'audizione del collaboratore in fase dibattimentale venga svolta tenendo (almeno di regola) ben presenti i filoni di indagine (coperti dal segreto investigativo) e che potrebbero essere irrimediabilmente pregiudicati in sede di escussione qualora (magari a seguito di domande in controesame) il dichiarante dovesse svelare nomi e situazioni oggetto di indagini coperte da segreto investigativo. Pertanto, è indispensabile una preliminare attività di studio e di coordinamento all'interno dell'ufficio di Procura (o di più uffici) che consentirà al Pubblico Ministero di opporsi a domande (o arginare, in qualche misura, risposte) che possono pregiudicare contesti di indagini per i quali non vi è stata *discovery*. A titolo meramente esemplificativo, riporto un passaggio di un controesame dibattimentale di un collaboratore di giustizia svoltosi innanzi alla Corte di Assise di Palermo. Il capo di imputazione riguardava l'omicidio di un imprenditore del quale erano imputati tre appartenenti al sodalizio mafioso per i quali erano in corso di svolgimento altre e delicate indagini riguardanti il loro coinvolgimento in grossi traffici di sostanza

stupefacente, in concorso con altri soggetti ritenuti di grande interesse investigativo. Proprio le dichiarazioni del collaboratore di giustizia che si stava esaminando, connesse al fatto omicidiario, avevano consentito l'avvio di quelle delicate indagini in materia di traffico internazionale di sostanza stupefacente. Pertanto, vi era il serio rischio che il collaboratore potesse, a seguito di domande in sede di controesame, disvelare particolari e nomi che avrebbero compresso gli sviluppi futuri dei nuovi e promettenti filoni investigativi.

Domanda del difensore: “ *Lei conosce i tre imputati da quanto tempo?*”

Risposta: “ *Da diversi anni, abbiamo fatto parte dal 1992 ad 3 marzo 2004 , data del mio arresto, della stessa famiglia mafiosa, tutti formalmente combinati con il rito della santina*”

Domanda del difensore: “ *Lei ha appreso del loro coinvolgimento nell'omicidio proprio dagli odierni imputati che le hanno raccontato?*”

Risposta: “ *Si, in diversi momenti e parlando, in contesti diversi, con tutti e tre. In alcune circostanze anche in presenza simultanea, a margine di riunioni che tenevano nelle campagne di XXXX, nel casolare di XXXX*”

Si nota che, fino a questo punto, le domande del difensore appaiono fisiologiche e puntuali rispetto al capo di imputazione ma, afferendo ai profili della conoscenza del dichiarante con i soggetti che accusava dell'omicidio, che venivano scandagliati per evidenziare una qualche smagliatura o contraddizione del racconto, utile a minarne l'attendibilità, ben potevano, nel prosieguo dell'esame, sconfinare in *territori pericolosi*, perchè avrebbero svelato i nuovi filoni investigativi.

Domanda del difensore: “ *Ma le hanno raccontato ed avete discusso solo di questo omicidio o anche, nel tempo e in diverse circostanze, di altre vicende criminali di interesse del sodalizio?*”

Risposta: “ *Si, ma non posso riferire nel dettaglio perché in proposito sono in corso attività di indagine da parte dell'ufficio di Procura al quale ho in proposito riferito*”.

In questo caso è stato lo stesso collaboratore ad arginare il pericolo di compromissione di indagini in corso. Ma, a ben vedere, le cose sarebbero potute andare diversamente. Infatti, la risposta avrebbe potuto essere del seguente tenore:

“ Si, abbiamo discusso e delineato gli ambiti dell’estorsioni ai danni dell’enoteca XXXX e gli odierni imputati hanno parlato in mia presenza del loro coinvolgimento in un traffico di sostanza stupefacente fra l’Italia ed il Venezuela.....”

A questo punto il Pubblico Ministero deve intervenire, tempestivamente, per evitare pregiudizievoli *discoveries*:

Pubblico Ministero: *“ Presidente, evidenzio che il collaboratore non può rispondere alla domanda in quanto afferisce a soggetti, vicende e profili coperti dal segreto investigativo che, peraltro, esulano dall’oggetto del presente procedimento”*.

A questo punto, il difensore normalmente insiste:

Difensore: *“ Presidente, siamo in controesame e le domande sono indispensabili per valutare l’attendibilità del dichiarante”*.

Sulla questione decide il Presidente che, nella maggior parte dei casi, di fronte all’opposizione del Pubblico Ministero, che evidenzia un pregiudizio ad indagini in corso, non ammette la domanda. Si tratta, comunque, di situazioni che, è utile ribadirlo, possono essere affrontate dal Pubblico Ministero solo sul presupposto di una scrupolosa ed attenta preparazione dell’esame del collaboratore e delle sue dichiarazioni anche non immediatamente afferenti all’oggetto specifico del processo. Peraltro, l’esame dibattimentale del collaboratore di giustizia presenta una ulteriore peculiarità della quale occorre tener conto e che afferisce alle modalità di audizione che finiscono, in qualche modo, per incidere sulla tecnica di escussione. Invero, per ragioni di sicurezza il pentito viene, di regola, escusso o fuori distretto o, più frequentemente, tramite video collegamento. Ebbene, l’audizione tramite video collegamento presenta peculiarità. Invero, la voce viene percepita dal soggetto destinatario con un certo margine di ritardo rispetto all’emissione ed è, pertanto, necessario dare all’incalzare delle domande una cadenza più lenta al fine di evitare

sovrapposizioni che pregiudicano, a volte irrimediabilmente (e se ne ha contezza in sede di rilettura delle trascrizioni), il senso complessivo della deposizione.

oo

Le evenienze che possono verificarsi nel corso dell'esame dibattimentale di un teste sono svariate e costituiscono panorama variegato e complesso.

Prima di passare all'esame di alcune di queste situazioni che meritano una riflessione collettiva occorre, comunque, evidenziare, ancora una volta, che lo svolgimento della *esame incrociato* non può che atteggiarsi diversamente, nel pieno rispetto delle regole processuali sulle quali vigila il Presidente, a seconda delle peculiarità del singolo processo e delle scelte della accusa e della difesa funzionali al raggiungimento dei propri obiettivi. Ma se l'obiettivo primario di ognuno degli attori del processo è che la prova si formi in dibattimento in maniera corretta e tale da preservarsi (nelle fasi successive) da vizi che possano inficiarne la valenza, occorre curare l'attuazione, con riguardo specifico all'*oggetto poliedrico debole* che è la prova dichiarativa, della disposizione di cui all'art. 149 disposizioni di attuazione. Invero, secondo tale disposizione, l'esame dei testimoni (la Suprema Corte ha ben evidenziato che la disposizione si applica sia a quelli citati ex art. 468 cpp che ex art. 507 cpp) deve essere svolto in un ambiente il più possibile sterile da influenze esterne. Pertanto, le persone citate nella stessa udienza, prima di deporre, non devono comunicare con le parti del processo o assistere agli esami degli altri testi. E' chiaro che la finalità della disposizione è quella di evitare pericolose contaminazioni del *procedimento mnemonico* che deve essere preservato, nell'imminenza dell'esame. Nel caso in cui la disposizione in esame non venga rispettata (e ciò può avvenire, ad esempio, per fattori logistici, ove è difficoltoso trovare uno spazio fisico dove tenere separati i molti testi di una udienza) non vi è alcuna sanzione processuale e, sicuramente, non si può ipotizzare il ricorso alla categoria della inutilizzabilità.

Semmai può essere utile far verbalizzare la circostanza del mancato rispetto dell'art. 149 disposizioni di attuazione in modo da consentire al giudice di tener conto della circostanza nelle valutazioni che formulerà in sede di giudizio ex art. 192 cpp. In sostanza, la credibilità di un teste, almeno in astratto, potrebbe essere pregiudicata dal mancato rispetto della disposizione, fino a falsare il risultato di una *esame incrociato*, pur correttamente svolto, ed il giudice deve poter valutare tale dato che entra nel processo attraverso l'inserimento nel verbale di udienza. In questo senso, comunque, i protocolli di udienza, la fissazione ed il rispetto degli orari di svolgimento dei singoli processi (a Palermo operativi da qualche anno) sono funzionali a garantire, almeno in astratto, un agevole svolgimento delle udienze utile anche sotto il profilo della salvaguardare della genuinità delle deposizioni.

Si richiameranno, di seguito, senza pretesa di fornire soluzioni ma solo per avviare una qualche forma di dibattito, alcune questioni di interesse (e particolarmente controverse) sottese alla interpretazione di diverse disposizioni che disciplinano l'assunzione della prova. Si verifica, di frequente, la situazione del soggetto chiamato a deporre, in veste diversa, da accusa e difesa. Pensiamo, a titolo meramente esemplificativo, al soggetto che il Pubblico Ministero deve esaminare come teste assistito (art. 197 bis cpp), mentre altra parte processuale lo deve assumere come imputato sul fatto proprio. I tempi della escussione (che incidono, inevitabilmente sul risultato finale dell'esame) vengono dettati dal primo comma dell'art. 496 cpp che rimanda alla scansione di cui all'art. 493 cpp, con la conseguenza che il Pubblico Ministero sentirà lo stesso soggetto nell'ambito dei tempi dettati dalla sua lista, mentre l'esame dell'imputato (sul fatto proprio) si svolgerà dopo l'escussione delle prove a carico.

Frequentemente, nell'ambito di processi di criminalità organizzata, il collaboratore di giustizia viene assunto nello stesso procedimento con riferimento al quale è imputato e, con riferimento ad alcune delle imputazioni, a dibattimento, egli non è correo ma

riferisce in merito alla colpevolezza di altri. Lo svolgimento dell'esame del collaboratore, dunque, nelle diverse vesti, richiede l'applicazione delle regole processuali conseguenti. Inoltre, lo svolgimento dei due atti in un unico contesto temporale, cioè nell'arco di una unica udienza, è particolarmente utile e risponde a criteri di economia processuale. Lo strumento, previsto dall'art. 496 comma secondo cpp, dell'accordo fra le parti funzionale all'assunzione, in un unico arco temporale, è fondamentale per determinare (nell'interesse di tutte le parti) un risultato utile all'emersione della verità processuale. Peraltro, con riferimento specifico all'audizione del collaboratore giustizia, che normalmente viene escusso in video conferenza (o con trasferte del tribunale in sede giudiziaria diversa per ragioni di sicurezza), procedere all'esame del dichiarante in un unico contesto temporale consente la contrazione dei costi conseguenti alle peculiarità delle audizioni e, nel distretto dove opero, si opta frequentemente, con l'accordo delle parti, per la contestualità dell'audizione, nelle diverse vesti, nella stessa udienza, e ciò anche nel caso di soggetti che non rivestano il ruolo di collaboratori di giustizia.

Proprio perché può rivestire una significativa incidenza nel meccanismo di formazione della prova dichiarativa, mi pare interessante affrontare, per estrema sintesi, la questione afferente il ruolo svolto in dibattimento dal difensore dei soggetti da escutere ex art. 210 e ex art. 197 bis comma 3 cpp.

Si tratta di ruoli profondamente differenti in quanto il difensore della persona escussa ex art. 210 cpp ha diritto di partecipare all'esame (è parte, a tutti gli effetti, dell'esame incrociato) e ciò in quanto le dichiarazioni dell'escusso, pur avendo ad oggetto la responsabilità altrui, potranno essere utilizzate anche contro il dichiarante (nello stesso contesto procedimentale o in altro attraverso lo strumento delle letture o delle contestazioni).

Nel caso di processo simultaneo, e cioè il soggetto è imputato in quel processo dove viene sentito ex art. 210 cpp, il difensore dovrà procedere ad esame diretto, riesame, eventuali nuove domande dopo il Presidente ed, ancora, se come imputato è assistito

da due difensori, nel caso dell'escussione ex art. 210 cpp, solo un difensore potrà partecipare in base a quanto disposto dal comma terzo dell' art. 210 cpp.

Il difensore del teste assistito, invece, ha un compito differente perché non ha diritto di partecipare all'esame. Deve ritenersi, inoltre, che, in considerazione dell'obbligo di dire la verità che contraddistingue tale figura, il difensore dovrà controllare che siano delimitati i fatti su cui verte l'obbligo testimoniale e vigilare in merito al rispetto della garanzia contro l'autoincriminazione.

Molto frequente è l'ipotesi dell'assunzione della prova testimoniale di un soggetto inserito nella lista testi dell'accusa e della difesa. Anche in questa ipotesi, l'ordine che seguirà l'esame potrà incidere, anche in maniera significativa, sul risultato finale. Peraltro, lo stesso soggetto, chiamato a deporre in giorni diversi, magari a distanza di molto tempo, subirà un disagio che, inevitabilmente, incide sul procedimento mnemonico che potrebbe risultarne, per certi versi, alterato. Si pensi, ad esempio, al teste che si innervosisce per essere stato chiamato a deporre, su circostanze analoghe e differenti solo per angoli prospettici, dopo mesi o anni. Pertanto, a distanza di tempo, il teste potrebbe ricordare ancora meno, dare versioni difformi e creare, quindi, problemi alla tenuta complessiva della logica dell'impianto processuale e determinare, al giudice, problemi di non poco momento nella attività di razionalizzazione logica del materiale probatorio alla base della operazione sottesa all' art. 192 cpp. Sovviene, anche in questo caso, il profilo consensuale, alla base di diversi istituti di enorme importanza ed utilità nel processo penale. Invero, se vi è accordo delle parti, anche in questa ipotesi, in base all'art. 496 comma secondo cpp, l'ordine di assunzione può essere modificato. Nel caso di prova testimoniale introdotta sulle medesime circostanze da accusa e difesa, sarebbe possibile sottoporre il teste a domande incrociate alternate. In astratto, nessuna norma vieta una modalità di questo tipo, che, peraltro, realizzerebbe un vero *esame incrociato* ma, nella pratica, per quella che è la mia esperienza, non si procede mai a domande alterne. Deve evidenziarsi, comunque, che l'esame che si svolge unitariamente ha una sua utilità marginale notevole solo nell'ipotesi in cui è introdotta (a carico e a discarico)

sulle stesse circostanze. Nell'ipotesi in cui, invece, le circostanze (indicate nella lista testi) sono sostanzialmente differenti è preferibile che le parti svolgano separatamente il proprio esame anche se è sempre preferibile, a mio parere, che il tutto si realizzi in un arco temporale ravvicinato. Nel distretto dove opero, la tendenza è quella di svolgere, in un unico contesto, l'esame, il controesame e l'esame diretto da parte del difensore qualora si tratti di teste comune.

L'esame incrociato, per sua natura, presenta caratteri, in qualche modo, teatrali, dove i testi possono essere sottoposti ad una serie di domande che, pur partendo dall'oggetto della testimonianza, possono arrivare ad incidere su sfere differenti. Alcune disposizioni del nostro codice tendono, appunto, a salvaguardare il teste da tali *pericoli*, insiti nelle peculiarità dell'esame incrociato. In particolare, l'art. 188 cpp stabilisce che non possono essere utilizzate (neppure con il suo consenso) tecniche in grado di influire sulla capacità di ricordare fatti. Anche gli artt. 198 e 199 cpp rientrano fra le disposizioni poste a salvaguardia di sfere che l'*esame incrociato* non può intaccare. In particolare, il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale e gli è riconosciuta la facoltà di astensione se l'imputato è suo prossimo congiunto.

Tale facoltà di astensione, il cui meccanismo operativo è, comunque, sempre posto sotto la sfera di controllo del Presidente che, prima dell'esame, si accerterà del dato e inviterà il teste ad avvalersi, se lo ritiene, della facoltà, non si applica, ovviamente, per le dichiarazioni che, eventualmente, l'escusso potrà e dovrà rendere nei confronti dei coimputati del prossimo congiunto. Inoltre, è sempre il Presidente del collegio che, qualora nel corso dell'*esame incrociato*, dovrà intervenire per arginare domande dalle cui risposte potrebbero scaturire responsabilità penali dell'escusso. Nell'ipotesi in cui tale potere di controllo non venga esercitato ed il teste renda dichiarazioni dalle quali emerge una sua responsabilità penale il verbale sarà, ovviamente, trasmesso

all'Ufficio di Procura e non vi sono, a mio parere, limiti all'utilizzabilità di quelle dichiarazioni all'interno del processo.

A salvaguardia dello *status* del teste sovviene anche la disciplina delle speciali garanzie previste per il testimone assistito, delineate dall'art. 197 bis comma 3 – 4 e 5 cpp. Deve evidenziarsi, in primo luogo, che le dichiarazioni rese da questi soggetti non possono, comunque, essere utilizzate contro di loro e i predetti non possono essere obbligati a rispondere sul fatto proprio (in sostanza, sarà inutilizzabile nei suoi confronti tutto quanto affermato con riferimento ai fatti per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti). Quindi, secondo alcuni interpreti, la mancanza della assistenza del difensore (proprio perché esistono queste garanzie) determinerebbe solo una mera irregolarità (ex art. 124 cpp) senza alcuna conseguenza. Non condivido tale impostazione proprio perché l'assistenza del difensore alla escussione sottende alla necessità di arginare i *rischi* insiti nell' *esame incrociato* per un soggetto che ha già, in senso lato, avuto modo di interagire con il contesto procedimentale o con contesti procedimentali connessi o collegati con quello in oggetto. La varietà delle situazioni che possono verificarsi, implica un ventaglio di ipotesi possibili che si verificano nei casi in cui difetti l'assistenza del difensore. Invero, nel caso di un teste assistito che sia stato imputato già giudicato (art. 197 bis comma primo cpp) il deficit di assistenza non dovrebbe determinare nullità per violazione del diritto di difesa, anche se occorre segnalare che non mancano posizioni diverse (in qualche modo più rigide) sia in dottrina che in giurisprudenza. Nell'ipotesi in cui, invece, il teste assistito rivesta la qualità di imputato di reato connesso o collegato e venga escusso come testimone assistito in un procedimento separato siamo in presenza (questa volta certa, a mio parere) di una nullità assoluta per violazione del diritto di difesa (art. 178 comma primo cpp). Anche la situazione del coimputato in un procedimento riunito, sentito senza l'assistenza del difensore in dibattimento, dovrebbe determinare una ipotesi di nullità assoluta (art. 179 cpp).

Occorre evidenziare, inoltre, che la tematica delle tecniche di escussione della prova testimoniale non può prescindere da qualche osservazione in merito alla tempistica

nella proposizione delle domande. L'indicazione codicistica pone l'accento sulla differenza fra esame diretto (quello condotto dalla parte che ha introdotto il teste) ed il controesame che è svolto dalla parte che non ha introdotto il teste e che ha la finalità di minarne la credibilità'. Il riesame, invece, almeno in astratto, è funzionale alla riabilitazione del teste screditato da una accorta tecnica di controesame. La questione di maggiore interesse, con la quale ci si confronta nelle aule di giustizia (quotidianamente, per quella che è la mia esperienza) riguarda l'alternarsi delle domande. Invero, occorre verificare se ci si deve limitare alle tre fasi o se si può proseguire senza limiti di sorta fino a che tutti gli aspetti di interesse connessi alla testimonianza non vengono sviscerati.

Personalmente ritengo che ci si debba limitare alle tre fasi ed il Presidente debba arginare ogni sfornamento. Diverso il caso del teste che (spontaneamente) chiede di rendere dichiarazioni integrative in merito a risposte già date, sia nel corso dell'esame incrociato sia in un momento successivo. Pensiamo, a titolo meramente esemplificativo, ad un collaboratore di giustizia, escusso ex art. 210 cpp, che fa richiesta di puntualizzare alcuni dati già forniti nel corso dell'esame incrociato. Credo che, pacificamente, ciò possa essere consentito.

Altra questione di interesse riguarda eventuali opposizioni a domande poste dal Presidente del collegio. Invero, se il Presidente decide senza formalità in merito alle opposizioni delle parti, cosa accade se, per ipotesi, c'è opposizione a domande del Presidente? Ed ancora: siamo sicuri che sono ammissibili opposizioni a domande del Presidente? Personalmente ho dubbi a che ci si possa opporre a domande del collegio. Invero, se il principio del libero convincimento è quello che governa (ex art. 192 cpp) la valutazione delle prove, come possono limitarsi le domande che l'organo giudicante pone e che sono funzionali alla formazione di quel convincimento? Nel caso in cui, invece, si ritengano ammissibili opposizioni alle domande del Presidente dovrebbe decidere lui stesso e sarebbe, a mio avviso, un controsenso.

Peraltro, il Presidente può intervenire nell'esame, interrompere le parti e procedere ad una serie di domande, normalmente conclude l'escussione ponendo domande prima dell'eventuale riesame della parte che ha chiesto l'escussione ed ogni (frequente, nella pratica) inserimento del Presidente con domande in fasi diverse da quelle fisiologicamente previste per il suo esame non comporta effetti in termini di nullità o inutilizzabilità degli elementi acquisiti. In questo senso, cioè in base alla considerazione che il Presidente deve poter avere ampio margine di manovra in materia di formazione della prova dichiarativa, ritengo che egli possa anche porre domande suggestive al teste per formarsi il libero convincimento in tema di valutazione del dato acquisito.

Con riguardo, poi, alle conseguenze scaturenti dall'accoglimento di una opposizione infondata dovrebbe determinarsi, per la parte, la possibilità (ex art.606 punto d) di proporre ricorso per Cassazione. Se, invece, il Presidente rigetta una opposizione fondata dovrebbe ritenersi, comunque, non utilizzabile il contenuto della risposta. Il ruolo del Presidente è, inoltre, quello di procedere agli avvisi ed agli avvertimenti di legge ed ha il potere (esercitabile ex officio) di vietare domande non pertinenti (art. 499 comma 6 cpp).

Questione di un certo interesse è quella relativa alla possibilità che il teste si sottragga all'esame o al controesame di una parte. In tale evenienza, l'art. 500 comma terzo cpp stabilisce che, nei confronti di quella parte, non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte. Deve sottolinearsi, inoltre, a proposito dei soggetti escussi ex art. 210 cpp, che non hanno l'obbligo penalmente sanzionato di rispondere alle domande, che essi potrebbero rispondere solo alle domande di una parte e non dell'altra oppure rispondere solo ad alcune domande o, ancora, sottoporsi all'esame di una difesa e non di altra. Tale situazione, almeno in astratto, potrebbe determinare che gli imputati di uno stesso reato (ad esempio: i concorrenti in una truffa) possano avere destini processuali profondamente diversi a seconda delle scelte (in potenza assolutamente discrezionali) dei chiamati in correità.

In via preliminare, occorre evidenziare che il legislatore, con l'art. 499 cpp ha fissato le regole per l'esame testimoniale. Il mancato rispetto delle stesse non dovrebbe comportare inutilizzabilità delle testimonianze ma dovrà essere valutato, ai sensi dell'art. 192 cpp, in base al principio del libero convincimento.

Occorre, a mio parere, evidenziare, in via preliminare, che il nostro sistema processuale, con riguardo specifico alle tecniche dell'esame incrociato, consente di coniugare la narrazione spontanea del fatto di cui il teste è chiamato a riferire con quella scaturente da domande puntuali (la cd. narrazione provocata). Pertanto, è corretto porre al teste (ufficiale di P.G.) la domanda *“Vuol riferire quanto e' a sua conoscenza in merito ai fatti oggetto del presente procedimento ed i, in particolare, in merito alle indagini da lei svolte, in via diretta o su delega, riguardo all'omicidio avvenuto il 4 ottobre 2004 in corso dei Mille a Palermo?”* In questo caso il Pubblico Ministero si aspetta che l'ufficiale di P.G. prosegua ad una narrazione spontanea chiara dello sviluppo delle indagini ed interviene solo ad arginare eventuali sforamenti rispetto all'oggetto del procedimento o, *ad adiuvandum*, per far fronte ad eventuali deficit mnemonici. E' una tecnica che conviene usare quando si ha la certezza che l'ufficiale di P.G. è capace di rendere al giudice una idea puntuale della dinamica delle indagini. Presuppone, cioè' un teste preparato (che si è riletto con attenzione gli atti a sua firma) ed attento a rispettare i limiti normativi fissati per la sua testimonianza (non riferire su quanto appreso in sede di sit, non riferire sul contenuto delle intercettazioni). Quando, invece, non conosciamo bene il teste, non ci fidiamo delle sue capacità di ricordare i fatti o, ancora, ipotizziamo reticenza, è essenziale procedere a domande puntuali, che si moduleranno a seconda delle evenienze dibattimentali. Ricordo, ad esempio, nell'ambito del procedimento a carico degli estorsori ai danni della *“Antica Focacceria San Francesco”*, che il giorno dell'esame dell'imprenditore ero pronta a porre una complessa serie di domande puntuali (comprehensive di contestazioni) perchè non ero sicura che la vittima, in aula, a Palermo, di fronte ai suoi estorsori, avrebbe confermato le accuse rese, peraltro in modo incerto, in sede di indagini preliminari. In realtà, l'esame si concluse molto

rapidamente perché il teste (coraggiosamente) procedette ad una narrazione spontanea dei fatti (fatta di getto, con assoluta determinazione) che si concluse con l'indicazione (il dito puntato) degli imputati riconosciuti come gli autori dei gravi fatti di reato oggetto dell'imputazione. Avevo impiegato diversi giorni per preparare un esame puntuale, che credevo sarebbe stato irto di difficoltà per l'accusa, mentre, in realtà, il teste realizzò una narrazione spontanea particolarmente efficace. Tutte queste considerazioni, ovviamente, si fondano sul presupposto che la testimonianza, che deve vertere su fatti determinati e non può avere ad oggetto voci correnti nel pubblico, deve essere riferita ai fatti oggetto di prova, puntualizzati nel capitolato, anche se (per meglio far comprendere al giudice il contesto procedimentale) può essere estesa a quelle circostanze (art. 194 comma secondo cpp) utili per la valutazione della attendibilità del teste. Sono escluse dalla testimonianza le valutazioni personali ma, quando il teste ha una particolare competenza tecnica, l'aspetto valutativo può diventare implicito nella testimonianza. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ad un ragioniere escusso come teste in un procedimento per bancarotta fraudolenta. In questo caso, una qualche forma di risposta in merito ad una sua valutazione in ordine alla corretta tenuta dei libri contabili deve ritenersi ammissibile in considerazione delle competenze tecniche (legate alla qualifica professionale) del teste. In questo senso, mi è capitato frequentemente che, in presenza di un teste, dotato di competenze, il Presidente procedesse a domande volte a verificare quale fosse il parere tecnico del dichiarante, pur chiamato a deporre su circostanze di fatto.

Non crea particolari problemi il limite (connesso al divieto più generale di porre domande sulla personalità della persona offesa) di chiedere al teste , con riferimento ai reati sessuali, in merito alla sfera sessuale della parte offesa (con la sola eccezione di quelle indispensabili alla ricostruzione del fatto reato (cfr. art. 472 comma 3 bis cpp).

Più complessa è, invece, la individuazione della sfera delle cd. "domande nocive", cioè quelle vietate ex art. 499 cpp in quanto la loro stessa proposizione implica, in

radice, un pregiudizio (almeno potenziale) alla rispondenza al vero della risposta. In questa materia (demandata al controllo del Presidente che, ex art. 499 comma sesto cpp) non esiste giurisprudenza idonea a dirimere le questioni che, in potenza, possono realizzarsi. Certamente non possono essere poste (neppure in controesame) domande che tendono a ridicolizzare o innervosire il teste, ma sono domande non ammissibili anche quelle che possono mettere in difficoltà il teste nella risposta perché formulate in maniera ambigua, specie in rapporto al livello sociale e culturale della persona escussa. In questo senso, può rivestire una qualche utilità, ed è frequente nella pratica, di fronte ad un teste che non conosce bene la lingua italiana, al fine di evitare difficoltà di comprensione o di rendere ridicola la risposta (il che integrerebbe l'aspetto in sé nocivo della domanda), utilizzare qualche espressione dialettale per rendere accessibili i concetti da proporre.

Altra questione riguarda la possibilità, secondo me ammissibile, di porre, in controesame, domande che hanno come presupposto una circostanza non veritiera al fine di verificare se il teste è in grado di riconoscere o meno la falsità del presupposto. Ritengo, infatti, che la tecnica del controesame debba poter esplicitarsi in tutti gli ambiti logici e concettuali utili all'emersione della verità processuale, con la conseguenza che la struttura della domanda può inglobare (in controesame) elementi non veritieri con il limite intrinseco costituito dal divieto delle domande nocive. In sostanza, potrò chiedere al teste oculare di un omicidio (se l'evento si è verificato di giorno): “*Come era illuminata la strada?*”. Il teste mi potrà rispondere: “*Era giorno, non c'era bisogno di illuminazione*” oppure, se è teste menzognero, potrà confondersi e dare una risposta in ordine all'illuminazione non rispondente al vero e ne scaturiranno conseguenze in merito alla sua attendibilità.

Il terzo comma dell'art. 499 cpp vieta le domande suggestive (cioè quelle che tendono a suggerire le risposte). Il problema è capire cosa è suggestivo. In linea di massima si tende ad affermare che è suggestiva la domanda formulata con dovizia di particolari, che suggerisce la risposta. Sono, invece, ammissibili (e particolarmente utili) le domande riepilogative (magari accompagnate dalla espressione: *Mi corregga*

se sbaglio) Un esempio : “ *Mi corregga se sbaglio e se non ho interpretato correttamente le sue precedenti affermazioni: in sostanza, lei il 4 ottobre del 2004 si trovava in corso dei Mille a Palermo ed alle ore 20.30 in prossimità dell’esercizio commerciale denominato “ Mille Bolle” (al nr. Civico 143) ha sentito tre colpi che da prima ha ritenuto essere petardi e poi voltandosi verso la strada, da dove provenivano gli spari, ha visto un ciclomotore HONDA di colore rosso, con due persone a bordo con casco di colore nero, allontanarsi a tutta velocità in direzione Villabate?* “ Una domanda di questo tipo è utilissima perché consente di riepilogare, in chiave di sintesi ed in maniera ordinata e sistematica, una serie di elementi emersi, magari in maniera confusa, a seguito anche di numerose domande. Ovviamente, il tono di voce utilizzato nella proposizione della domanda (ad esempio: una domanda posta senza interrogativa) può nascondere l’insidia di una domanda suggestiva sulla quale il Presidente è buona norma che intervenga. E’ evidente che può ritenersi domanda suggestiva (e quindi non ammissibile) quella che chiede una risposta di dettaglio dando per scontata una premessa che, però, scontata non è. Ad esempio, se io chiedo al teste: “ *Il giorno 30 maggio 2007 in via Lanza di Scalea, alle ore 18.30, in prossimità del civico nr. 30, era parcheggiata autovettura tipo Fiat Stilo di colore verde?*” , la domanda è ammissibile se il teste ha già detto che alle ore 18,30 lui si trovava in via Lanza di Scalea in prossimità del numero civico 30. Se non ha mai dato questa risposta la domanda sulla auto di colore verde deve ritenersi suggestiva e, quindi, non deve essere ammessa. Altra questione di un certo interesse e dibattuta in dottrina riguarda l’ipotesi in cui il teste, in sede di esame, si rivela (a sorpresa) sfavorevole alla parte che lo ha inserito in lista testi. In questo caso dovrebbe essere consentito porre al soggetto in questione domande suggestive ma è, in ogni caso, il Presidente che dovrà valutare, caso per caso, in merito alla proponibilità in concreto. Occorre, adesso, accennare alle modalità di escussione degli imputati in procedimento connesso, che vengono inseriti in lista testi, hanno l’obbligo di presentarsi al giudice (che può farli accompagnare coattivamente) ma non hanno l’obbligo di dire la verità e, salvo quanto previsto dall’art. 66 cpp, hanno facoltà di

non rispondere. Sono proprio queste peculiarità che caratterizzano la figura e la rendono, nella pratica, oggetto delicatissimo e da manovrarsi con estrema cura, mentre le regole dell'assunzione, fissate dal 5 comma dell' art. 210 cpp che richiama gli artt. 194 – 195 – 498 – 499 e 500 cpp , non presentano particolari problemi. Peraltro, il richiamo all'art. 500 cpp, introdotto dalla legge nr. 63/2001 (in luogo del precedente richiamo all'art. 503 cpp), determina che l'esame incrociato del soggetto escusso ex art. 210 cpp sia da svolgersi in maniera assolutamente identica rispetto a quello previsto per i testimoni. Peraltro, non presenta particolari problemi neppure l'escussione dei consulenti e dei periti che possono consultare atti a loro firma a prescindere dalla autorizzazione del Presidente ed ai quali, a mio parere, è pacificamente applicabile la disciplina delle contestazioni.

La Cassazione ha ribadito più volte che, benché l' *esame incrociato* è il metodo attraverso il quale si forma la prova dichiarativa, l'imputato non può procedere direttamente all'esame dei testi (a suo carico o a discarico). Inoltre, l'esame di un minore (art. 498 comma 4 cpp) spetta al Presidente, con la sola eccezione delle ipotesi in cui si ritenga (e la valutazione spetta sempre al Presidente) che l' esame incrociato non crei pregiudizio al teste. Invero, l'esame del cd. "grande minore" (cioè del soggetto che, benché minore di età, abbia una maturità evidente) può essere condotto dalle parti. Anche in questo caso la scelta implica una decisione presidenziale, sentite le parti.

3) Le tecniche di documentazione.

Si fa riferimento, con l'espressione "tecniche di documentazione", alle modalità attraverso le quali vengono trasfuse, in un verbale, le risultanze dell'assunzione di una prova dichiarativa. In fase dibattimentale si procede, ove le risorse lo consentono, alla registrazione e trascrizione, strumento indispensabile. Invero, come è possibile pensare ad una verbalizzazione (se non sintetica) da parte del cancelliere

di un esame e di un controesame di molte ore senza mettere in conto che verranno meno (e si dissolveranno) tutte quelle sfumature che aiuteranno il giudice per la formazione del suo libero convincimento? Da tempo sostengo che la verità processuale spesso si annida nelle pieghe delle lunghe trascrizioni di deposizioni testimoniali, nella esitazione e conseguente contraddizione in una risposta, piccoli elementi, a volte, che solo la trascrizione può documentare. Peraltro, in caso di confronto, è utile procedere anche alle video riprese dell'atto, per documentare (anche attraverso le immagini) le espressioni del volto, la gestualità, la mimica dei soggetti coinvolti in una vera e propria rappresentazione scenica della quale, a mio parere, è opportuno che rimanga una traccia in più (oltre la registrazione – trascrizione)

Ma la tecnica di documentazione della prova dichiarativa investe anche profili che spostano l'angolo visuale alla fase delle indagini preliminari. E' di tutta evidenza, infatti, che se i verbali resi in fase di indagine preliminare possono essere utilizzati per le contestazioni, particolare cura dovrà prestare il Pubblico Ministero nella verbalizzazione dei dati che acquisisce. Molti colleghi (almeno nella esperienza del mio Ufficio) nelle assunzioni a sit particolarmente delicate (come per interrogatori anche di indagati non in stato di custodia cautelare) provvedono alla registrazione e successiva trascrizione del verbale con una verbalizzazione estremamente sintetica nella forma riassuntiva. Non condivido questo modo di procedere e, pur utilizzando la registrazione del verbale, procedo ad una dettagliata verbalizzazione riassuntiva. Ovviamente, in sede di confronto realizzato in fase di indagini preliminari, procedo frequentemente alle video riprese dell'atto. Qualche anno fa, in un procedimento particolarmente complesso, abbiamo proceduto ad alcuni confronti (entrambi video registrati) e proprio attraverso la visione successiva delle immagini siamo resi conto di un gesto di intesa fra i due soggetti (che non era percepibile dall'angolo visuale nel quale si trovava la postazione del Pubblico Ministero). Proprio la documentazione di quel gesto (fatto con la mano, verso il basso, da uno dei due soggetti, indagati per detenzione e porto di materiale esplosivo, come ad indicare un qualcosa posto in

basso) ha consentito di acquisire alcuni dati, al di là del dato verbale, pur trascritto. In particolare: 1) che i due soggetti cercavano di concordare estemporaneamente una versione comune da dare all'accusa; 2) che altro materiale esplosivo doveva essere custodito in un luogo posto "in basso". Proprio sviluppando, attraverso altri accertamenti investigativi questo dato, percepito dalla telecamera (e non dall'occhio dei due pubblici ministeri che conducevano l'atto e quindi raccolto solo a seguito della visione delle immagini) siamo riusciti a individuare e sequestrare altro materiale esplosivo ed a far condannare entrambi i soggetti sottoposti a confronto.

- 4) Le scelte investigative e automatismi codicistici per l'impiego dell'incidente probatorio.

Occorre sottolineare, in premessa, che l'incidente probatorio, in materia di formazione della prova dichiarativa, costituisce strumento per una significativa deroga al principio della immediatezza; rimangono, invece, integri, benché operino in una fase procedimentale differente, quello del contraddittorio e della oralità.

Peraltra, non va sottaciuto, e la considerazione influisce sulla tematica oggetto di analisi nel presente paragrafo, che l'incidente probatorio è un istituto che ha subito significativi ampliamenti operativi e molteplici dilatazioni con la conseguenza che se, almeno in origine, era finalizzato ad evitare la *inevitabile dispersione* di prove, non rinviabili ex se all'assunzione dibattimentale, ormai è utilizzabile nei casi in cui se ne ravvisi la necessità. Inoltre, con riferimento a reati di particolare gravità come i delitti contro la libertà sessuale, la riduzione in schiavitù, la tratta di esseri umani, lo stalking, la pedopornografia, lo sfruttamento della prostituzione di minori, i maltrattamenti in famiglia, l'istituto dell'incidente probatorio, finalizzato alla acquisizione della testimonianza, ha subito una significativa estensione della sfera di

operatività che finisce per incidere, in maniera rilevante, sull'impianto codicistico in materia di formazione della prova dichiarativa.

Invero, con riguardo a tali tipologie delittuose, nel corso delle indagini preliminari e nella fase della udienza preliminare - su richiesta del Pubblico Ministero, che può essere sollecitato dalla parte offesa che è priva, in tale contesto, di autonomi poteri di azione, o dell'indagato - la testimonianza del minore (anche di età superiore ai sedici anni, o del maggiorenne, solo nei casi in cui è persona offesa) viene assunta mediante incidente probatorio. Il dato significativo è che l'istituto opera anche nei casi in cui non sussistano le condizioni della *non rinviabilità* dell'atto. Pertanto, siamo in presenza di ipotesi di *automatismi codicistici per l'impiego dell'incidente probatorio*, finalizzati a realizzare, nell'interesse di soggetti deboli, l'anticipazione della formazione della prova. Per il Pubblico Ministero, a ben vedere, *situazioni di automatismo codicistico*, non sempre sono funzionali al raggiungimento di peculiari obiettivi investigativi perché incidono, in maniera significativa, sul profilo della segretezza delle indagini. Invero, nelle ipotesi sopra descritte, il dettato normativo dell'art. 393 comma secondo bis cpp onera la pubblica accusa ad effettuare, per l'indagato, una *discovery* integrale con la conseguenza che i difensori delle parti hanno diritto ad ottenere copia degli atti depositati. Ne consegue che, se il Pubblico Ministero sta svolgendo delicate indagini, ad esempio, su un vasto contesto di sfruttamento della prostituzione minorile ed in questo ambito deve procedersi ad incidente probatorio per l'audizione di uno dei minori coinvolti, sarà comunque necessario depositare gli atti di indagine già compiuti. E' di tutta evidenza che trattasi di incumbenti di rilievo per il Pubblico Ministero, che possono condizionare negativamente gli sviluppi futuri delle indagini. Peraltro, il pregiudizio potenziale alle indagini non può dirsi adeguatamente bilanciato dal fatto che, in tali ipotesi, è imposta alla difesa dell'imputato la rinuncia alla formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale. Per arginare i rischi inevitabili connessi alla *discovery*, può farsi ricorso, almeno in astratto, allo stralcio, con formazione di altro fascicolo per preservare, in qualche modo, i profili investigativi suscettibili di sviluppi ulteriori

ma ciò è possibile solo per filoni autonomi, che avrebbero potuto, già in origine, dar luogo ad autonomo procedimento, mentre non potrà essere possibile con riguardo agli atti processuali strettamente connessi all'esame del minore, che dovranno essere messi a disposizione delle difese nella loro integralità.

Merita di essere sottolineato, inoltre, che le ipotesi di automatismi codicistici per l'utilizzo dell'incidente probatorio, sono state dilatate ulteriormente, pur con significative smagliature rispetto all'impianto complessivo, dall'art. 190 bis cpp. Tale disposizione, infatti, ha fissato i requisiti della prova in casi particolari, cioè nelle ipotesi di reati di cui agli artt. 51 comma 3 bis cpp. Invero, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate ex art. 210 cpp, e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in un dibattimento, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti verranno utilizzate, ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 cpp, l'esame è ammesso solo se afferisce a fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni, ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze. Le specifiche esigenze che potrebbero determinare il nuovo esame del teste dovranno, ovviamente, essere adeguatamente indicate e saranno oggetto di valutazione da parte del giudice. E' evidente che alla base del meccanismo in esame è sottesa la necessità di salvaguardare l'economia procedimentale, di contrarre i tempi e utilizzare un substrato di prove già formate nel pieno rispetto, comunque, della *ratio* dell'art. 111 Cost. novellato e, quindi, il principio del contraddittorio. La situazione descritta non è stata, però, armonizzata con il dettato dell'art. 392 - 1 comma bis cpp. Invero, nel novero delle ipotesi descritte dall'art. 190 bis non sono inclusi i reati di cui agli artt. 572 - 601 - 602 - 612 bis cp (maltrattamenti in famiglia, tratta di persone, acquisto ed alienazione di schiavi, atti persecutori) che, invece, sono presi in considerazione dall'art. 392 - 1 comma bis cpp. Inoltre, l'art. 392 - 1 bis cpp fa riferimento al minorenni o al maggiorenne persona offesa e non ad altre categorie di soggetti.

Ne consegue una significativa distonia del sistema ove norme che pure, evidentemente, si ispirano ad una stessa *ratio*, cioè, da un lato, la salvaguardia di interessi di soggetti deboli e dall'altro la salvaguardia del principio di economia dei mezzi giuridici, in realtà disciplinano, in maniera difforme, situazioni assolutamente omogenee.

In questo contesto va sicuramente inserito un richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale del 26 giugno 2009 nr. 184 che ha stabilito l'utilizzabilità, nell'ambito del giudizio abbreviato, ai fini della decisione sul merito dell'impugnazione, degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, unilateralmente assunti, in assenza di situazioni riconducibili ai paradigmi di deroga al contraddittorio dettati dall'art.11 comma 5 Cost. Ciò appare di importanza fondamentale in quanto, comunque, il Pubblico Ministero ha la possibilità di chiedere la prova contraria, ed il giudice ha il potere di integrazione probatoria ex art.441 comma 5 cpp. Peraltro, è nella natura del giudizio abbreviato che gli atti unilateralmente formati abbiano una maggiore incidenza.

5) La scelta delle dichiarazioni predibattimentali da utilizzare per le contestazioni.

La materia delle contestazioni è quella che maggiormente ha risentito delle modifiche codicistiche e degli interventi della giurisprudenza univocamente indirizzati a fissarne limiti ed operatività. Le operazioni ermeneutiche sottese alla analisi dell'istituto devono tener conto del dettato novellato dell'art. 111 Costituzione e non possono prescindervi. Ne consegue che anche le questioni riguardanti, nello specifico, la scelta delle dichiarazioni predibattimentali da utilizzare per le contestazioni non può che essere influenzata da tali considerazioni.

E' nota la struttura delle contestazioni che si configurano quale strumento utilizzato, nel corso dell'esame, per fare emergere (e trarne un certo vantaggio) le contraddizioni del testimone rispetto a quanto dichiarato in fase di indagini

preliminari. Le contestazioni possono essere effettuate, oltre che nel corso dell'escussione del testimone, anche con riferimento all'esame delle persone di cui all'art. 210 cpp, ai sensi del 5 comma di questo articolo, all'esame delle parti, all'esame del teste assistito, che, fatte salve le garanzie previste dall'art. 197 bis cpp, viene escusso con le modalità previste per il testimone.

Il Presidente non può fare contestazioni perchè non conosce il fascicolo del Pubblico Ministero ma vigila sulla corretta applicazione dei principi sottesi all'istituto.

Ne consegue che le contestazioni possono essere fatte solo dalle parti. L'art. 500 comma primo cpp descrive la struttura della domanda contestativa, che è stata oggetto di diversi studi dottrinari, alcuni di particolare interesse. Vi è concordanza sul fatto che trattasi di un interrogativo che si pone al teste inerente la ragione (o le ragioni) di una discrasia - che può essere più o meno significativa - fra una risposta data nel corso dell'esame dibattimentale ed una risposta, ad analoga domanda, resa nel corso delle indagini preliminari.

La regola, sulla quale il sistema delle contestazioni è strutturato, è quella della non acquisibilità del precedente difforme e quindi siamo in presenza di una lettura - contestazione senza acquisizione. In sostanza, se dopo la contestazione permane il contrasto, le dichiarazioni lette non possono costituire prova dei fatti in esse affermati. Cioè i verbali usati per le contestazioni possono entrare nel fascicolo del dibattimento solo se c'è il consenso delle parti, se c'è provata condotta illecita e negli altri casi ed altri casi tassativamente previsti di contestazione acquisitiva (minaccia al teste). Nelle altre evenienze, se per ipotesi dovessero essere acquisite dichiarazioni, si determinerebbe il vizio della inutilizzabilità.

Sono utilizzabili per le contestazioni le dichiarazioni rese in precedenza purchè contenute nel fascicolo del Pubblico Ministero. E' evidente che le indagini difensive (e quindi le dichiarazioni rese al difensore) che, comunque, sono contenute nel fascicolo del Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 391 octies comma terzo cpp, sono utilizzabili per le contestazioni. Non possono essere utilizzate per le contestazioni le dichiarazioni non contenute in verbali (tipo quelle contenute in annotazioni di

servizio o informative) e ciò in quanto spetta al Presidente la possibilità di procedere all'ordine di esibizione (art. 499 comma 6 cpp). Non si potrebbe certo ipotizzare un ordine di esibizione di una relazione di servizio o di una annotazione. Inoltre, in ipotesi residuali (art. 500 comma 4 cpp) le dichiarazioni lette per le contestazioni possono essere acquisite ed utilizzate per la decisione ed è, quindi, evidente che possono essere solo quelle contenute in un verbale. Quello che non è consacrato in un verbale, comunque, può essere utilizzato per porre domande e minare la credibilità di un teste ma non può essere funzionale alle contestazioni. Possono essere utilizzati per le contestazioni diversi e numerosi atti come, ad esempio, le dichiarazioni rese al Pubblico Ministero ed alla p.g. anche senza delega in fase di indagini preliminari; le dichiarazioni contenute in querela e nella denuncia della parte offesa; le dichiarazioni rese davanti ad un giudice e nel contraddittorio delle parti; verbali di prove assunte in un procedimento penale o civile ai sensi dell'art. 238 comma 4 cpp qualora non ricorrano le circostanze indicate nei commi 1 – 2 – 2 bis e 3 e la parte non presti il consenso alla piena utilizzabilità; ai sensi dell'art. 26 comma secondo cpp possono essere usate per le contestazioni le dichiarazioni rese davanti al giudice incompetente per materia; le dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore (art. 391 cpp). L'attività integrativa di indagine può essere utilizzata per le contestazioni solo se ha formato oggetto di richieste al giudice e sono state accolte perché, in questo caso, entra a far parte del fascicolo del Pubblico Ministero. Nel corso dell'esame dell'imputato che, comunque, è un dichiarante, si applicano le regole di cui all'art. 500 cpp, e valgono le regole di cui all'art. 503 comma 3 cpp che fa riferimento alle dichiarazioni rese dalla parte esaminata e contenute nel fascicolo del dibattimento. Quindi, potranno essere utilizzati per le contestazioni gli interrogatori al P.M. o alla P.G. e le dichiarazioni rese nel corso di atti ai quali il difensore aveva diritto di assistere, l'interrogatorio reso dalla persona sottoposta a misura cautelare, l'interrogatorio reso quando potrebbe essere revocata la misura cautelare ex art. 299 comma ter cpp, le dichiarazioni rese in sede di udienza di convalida ex art. 391 cpp, e quelle rese ex art. 422 cpp in sede di attività di integrazione probatoria del giudice

che può, ovviamente, procedere ad interrogatorio. Possono essere usate per le contestazioni le dichiarazioni rese dall'imputato alla P.G. se trasfuse in un verbale. Non dovrebbero, invece, essere utilizzate per le contestazioni le dichiarazioni rese al difensore (in quanto l'art. 391 decies cpp nel disciplinare i casi di utilizzazione delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore menziona espressamente gli artt. 500 – 512 – 513 e non l'art. 503 cpp). Possono essere utilizzate le dichiarazioni rese dalla parte al giudice incompetente per materia.

Deve evidenziarsi, inoltre, che il concetto di difformità, presupposto della contestazione, comprende sia il contrasto totale che parziale fra le due rappresentazioni ed, anche, l'assenza di ricordo. Peraltro, a mio parere, è possibile procedere a contestazione anche quando il teste rifiuta di rispondere in tutto od in parte ad una domanda o a più domande.

E' pacifico che la contestazione può essere posta solo dopo che il teste ha risposto sulla specifica circostanza, anche se e' possibile porre più domande e procedere alla contestazione dopo diverse risposte. Nella pratica è frequente l'utilizzo di tale modalità, anche perché risulta particolarmente efficace per minare, in radice, la attendibilità del dichiarante. Anche se la dottrina ritiene esistente il principio della libertà di forme in materia di contestazioni, non ritengo corretto procedere a contestazioni per sintesi (o *per relationem*) in quanto, secondo me, il tenore letterale dell'art. 500 comma secondo cpp impone la lettura delle pregresse proposizioni (letterale: le dichiarazioni lette per le contestazioni possono essere valutate per la credibilità del teste).

Una questione che presenta profili di interesse riguarda l'ipotesi in cui il difensore dell'imputato chiede di fare delle legittime contestazioni e non gli viene consentito. In tal caso si configura una evidente violazione del diritto di difesa e, quindi, non si dovrebbe parlare di inutilizzabilità ma di nullità a regime intermedio conseguente alla violazione del diritto di difesa. In questo caso, il difensore dovrà tempestivamente eccepire la nullità e non potrà farlo nei motivi di appello.

Le contestazioni negative (cioè chiedere ad un teste spiegazioni sul fatto che in dibattimento ha riferito di fatti non indicati in fase di indagini preliminari) non paiono rientrare, in senso tecnico, nell'alveo dell'istituto (anche perché non vi è difformità fra due versioni). E' però possibile (e nella pratica è frequente) chiedere al dichiarante le ragioni della discrasia e la risposta andrà ad incidere sulla credibilità e quindi, potrà formare oggetto di valutazione ex art. 192 cpp da parte del giudice. E' chiaro, però, che quando si assume un collaboratore di giustizia (che ha l'obbligo di riferire quanto a sua conoscenza entro 180 giorni dall'inizio della sua collaborazione) e questo rende, in dibattimento, dichiarazioni nuove, far emergere la circostanza è essenziale perché ne scaturirà l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dopo il termine previsto dalla legge nr. 45 del 2001.

E' di tutta evidenza, dunque, che per porre una contestazione occorre una completa padronanza del contenuto del fascicolo del Pubblico Ministero e ciò presuppone una preparazione scrupolosa dell'esame. In particolare, merita di essere evidenziato che un teste può essere stato assunto a sit in diversi momenti delle indagini preliminari e tutti i verbali dovranno essere oggetto di analisi e tenuti presenti per procedere ad eventuali contestazioni. In questo senso, l'attività di studio del fascicolo è presupposto indispensabile per la corretta operatività della disciplina. Lo studio consentirà la selezione, magari fra numerosi verbali resi in fase di indagini preliminari, di quelli contenenti le questioni nodali dell'imputazione. La questione della selezione diviene particolarmente rilevante, ad esempio, in presenza di numerosi verbali resi da un collaboratore di giustizia sullo stesso argomento (ad esempio: appartenenza di un soggetto ad una famiglia mafiosa e reati fine da questo realizzate nell'interesse del sodalizio) nel corso delle indagini preliminari. In tali evenienze, nel fascicolo del Pubblico Ministero sono contenuti diversi verbali, spesso omissati per quanto di interesse, riguardanti le condotte criminose del soggetto. Ed è connaturato con la struttura del ricordo che quando un soggetto rende, in diversi momenti e contesti, dichiarazioni sullo stesso argomento, possono verificarsi smagliature mnemoniche. E' ben possibile, in questi casi, che nel

fascicolo del Pubblico Ministero siano presenti diversi verbali del collaboratore che contengono dichiarazioni, non perfettamente sovrapponibili, in merito a fatti e vicende utili ad una valutazione in termini di attribuzione di responsabilità penale. Compito delle parti che si accingono ad un esame dibattimentale sarà, dunque, quello di procedere (ed in questo senso può parlarsi di selezione) ad individuare quelle parti di verbali sulle quali, in dibattimento, è presumibile che sorgano necessità di contestazioni.

- 6) I vari meccanismi di recupero delle dichiarazioni predibattimentali: in particolare, il rifiuto di rispondere, la ritrattazione, la conferma indotta, il rifiuto di rispondere a singole domande, il rifiuto di sottoporsi al controesame.

Occorre, in primo luogo, evidenziare, che il rifiuto di rispondere in dibattimento non ha meccanismi di recupero delle dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari e ciò con la sola eccezione che non si dimostri la sussistenza della minaccia.

Il teste può, inoltre, rifiutarsi di rispondere a singole domande e ciò non può, anche in questo caso, comportare conseguenze se non in termini di valutazione della attendibilità.

Qualora, invece, il teste, in dibattimento, ritratta la precedente dichiarazione e' possibile procedere alla contestazione delle dichiarazioni rese in precedenza e la contestazione potrà incidere sulla credibilità del teste, oppure, in caso di minaccia, si potrebbero attivare i meccanismi di recupero attraverso la contestazione acquisitiva. Non vi è dubbio, poi, che quando il teste non ricorda, è possibile dare lettura delle dichiarazioni precedentemente rese e se le conferma non paiono sussistere problemi interpretativi di sorta.

Il rifiuto di sottoporsi all'esame o al controesame è regolato, dal punto di vista normativo, dall'art. 500 comma terzo. Invero, nei confronti di quella parte non possono essere utilizzate (senza il suo consenso) le dichiarazioni rese alla altra parte.

Un problema è quello dei soggetti escussi ex art. 210 cpp che non hanno l'obbligo penalmente sanzionato di rispondere alle domande. Possono rispondere alle domande di una difesa e non dell'altra. In questo modo gli imputati di uno stesso reato potranno avere sorti diverse a seconda delle scelte dei chiamati in correità ma non pare sussistano spazi per risolvere la distonia.

La rigidità del sistema delle contestazioni ed i limitati casi di contestazioni acquisitive implicano che assumano notevole rilievo i cd. meccanismi di recupero degli atti investigativi di cui all'art. 512 cpp. Il recupero riguarda l'impossibilità di riferire per ragioni fisiche, morte o infermità che determinano una definitiva compromissione del procedimento mnemonico. Si potrebbe, dunque, affermare che solo il fatto imprevedibile consente l'acquisizione e sottrae al contraddittorio. Ovviamente, se il teste si limita a non ricordare un fatto perché è trascorso molto tempo dall'accadimento (e non è, quindi, più in grado di ricordare) la Corte Costituzionale ord. 22 novembre 2001 ha ben evidenziato che non è applicabile in questo caso l'art. 512 cpp che è riferibile solo alla morte, alla irreperibilità, alla infermità che determina l'amnesia e non a cause come quella del semplice decorso del tempo. Invero, il fatto che un teste non ricordi, a causa del lungo tempo trascorso dagli accadimenti, non integra l'ipotesi della oggettiva impossibilità di procedere all'assunzione dell'atto. In sostanza, il rimedio di recupero di cui all'art. 512 cpp è esperibile solo quando il teste non ricorda per cause patologiche e sussista, inoltre, il requisito della imprevedibilità, nel senso che quando si assumono dichiarazioni in fase di indagini preliminari è prevedibile che il teste sarà sentito in dibattimento dopo qualche tempo e potrà aver dimenticato molte cose. Merita, infine, di essere segnalato che le Sezioni Unite hanno stabilito il principio secondo cui le dichiarazioni predibattimentali del testimone residente all'estero possono essere acquisite mediante lettura a condizione che vi sia stata un'effettiva e valida notificazione della citazione del testimone, che la sua eventuale irreperibilità sia stata verificata con tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, che l'impossibilità dell'esame sia assoluta e oggettiva e, infine, che sia stata inutilmente

richiesta, ove possibile, l'audizione del dichiarante mediante rogatoria internazionale. Hanno altresì chiarito che, in ossequio all'art. 6, comma 3, lett. d) della Carta Europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, le dichiarazioni accusatorie predibattimentali rese al di fuori del contraddittorio, pur legittimamente acquisite, non possono da sole fondare l'affermazione di colpevolezza (Sez. Un. 25 novembre 2010 n. 27918/11).

7) Il rapporto tra lo status di persona offesa e quello di indagato di reato probatoriamente collegato.

Merita particolare attenzione, principalmente per i riflessi pratici che presenta, la possibilità, di recente affermata dalla Suprema Corte, riconosciuta alla persona che ha visto archiviata la sua posizione, di testimoniare contro il coindagato.

Tale principio è stato fissato dalle Sezioni Unite Penali con la sentenza nr. 12067 del 17 dicembre 2009 che ha sciolto un contrasto fra le sezioni semplici della stessa Corte.

La pronuncia ha precisato che, dopo la legge 63/2001, non può assumere la funzione di testimone nel processo penale, senza gli avvisi previsti dal codice di procedura penale e senza il rispetto delle norme che regolano l'assunzione del teste assistito, il soggetto che cumula la qualità di persona offesa dal reato e di indagato, oppure di imputato nei cui confronti non è stata emessa sentenza irrevocabile in un procedimento connesso. Serve, invece, la procedura per il teste assistito, ma non l'avviso preventivo, per la persona offesa che è anche imputata in un procedimento connesso o relativo ad un reato collegato, dopo che nei suoi confronti è stata emessa sentenza irrevocabile.

Si pone, poi, il caso della persona offesa indagata in un procedimento connesso o per un reato collegato che si sia già chiuso con una archiviazione. La posizione delle Sezioni Unite è che la disciplina sui limiti della capacità a testimoniare non si applica

nei confronti di chi è stato sottoposto ad indagini ma ha visto archiviata la propria posizione.

La sentenza osserva che il diritto al silenzio, come elemento costitutivo del diritto di difesa, presuppone una accusa dalla quale occorre difendersi, un'accusa che acquista, quindi, piena forma solo con la decisione del Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale. Anche in un momento temporale antecedente, però, e cioè con l'iscrizione nel registro degli indagati, esiste una situazione suscettibile di esigenze difensive. “ *Non sembra, però,*” osservano le Sezioni unite, “ *che possa dirsi altrettanto allorchè, per l'adozione e l'approvazione di iniziative esattamente antitetiche all'esercizio dell'azione penale, ogni immanenza procedimentale sia cessata nei confronti del soggetto interessato*”. *L'esigenza difensiva cessa , cioè, tutte le volte che, al di là della formale iscrizione, nel registro degli indagati, lo Stato non è poi riuscito a formulare una specifica accusa. Non contrasta con questa convinzione il fatto che le indagini potrebbero essere riaperte: la riapertura, infatti, non si differenzia in nessun modo dalla ordinaria apertura delle indagini nei confronti di ogni indagato. La conclusione – sottolineano le Sezioni Unite – permette anche di superare i problemi legati all'apertura di indagini artificialmente create da una parte privata nei confronti di un potenziale accusatore con l'obiettivo di diminuire il valore testimoniale*”.

- 8) Lo statuto della testimonianza *de relato*: in particolare il contrasto tra la deposizione del teste di primo grado e quella del teste di secondo grado.

La testimonianza indiretta, con la sola eccezione di cui al 4 comma (riferimento alla Polizia Giudiziaria) e 6 comma (segreto professionale) dell'art. 195 cpp, è ammessa nel nostro sistema e le dichiarazioni del teste o del dichiarante possono costituire di per se piena prova dei fatti riferiti purchè si verificano due condizioni

e cioè che il testimone indiretto indichi la fonte e che nessuna parte chieda l'esame del teste di origine o che, caso di richiesta in tal senso, il giudice disponga che la fonte diretta sia chiamata a deporre. Questa richiesta, secondo la giurisprudenza della Cass. 9 maggio 2002 può essere fatta fino all'inizio della discussione. Se il giudice, pur essendoci stata la richiesta, non dispone l'audizione, si determina l'inutilizzabilità della testimonianza *de relato* ai fini della decisione.

Se non si verificano tali condizioni si determina la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni *de relato*.

Se il teste di primo grado conferma il teste di secondo grado non ci sono problemi e le sue dichiarazioni si valutano come quelle di qualsiasi dichiarante. Qualche significativo problema sorge quando vi è contrasto fra quanto dichiarato dal teste diretto in dibattimento ed *i relata* del testimone indiretto. Se c'è contrasto, come si dirà a breve, non c'è gerarchia ma il tutto viene affidato al libero apprezzamento del giudice.

Qualora il teste primario si rende irreperibile o non risponda (può avvalersi della facoltà se è escusso ai sensi dell'art. 210 cpp) la testimonianza indiretta sarà pienamente utilizzabile (non si può parlare di inutilizzabilità). Deve osservarsi, inoltre, che l'indirizzo giurisprudenziale prevalente ritiene che per la valutazione della testimonianza indiretta, legittimamente acquisita, non sussistano specifici criteri normativi (qualcuno ha detto che ha semplice valore indiziante, che servono riscontri esterni assimilandola alla chiamata in correità, interpretazioni che non possono condividersi in quanto non è ammissibile una interpretazione analogica di norme, comunque, di carattere eccezionale) e quindi soccorre il criterio del libero convincimento del giudice. Ne consegue che, nel caso di contrasto tra dichiarazioni *de relato* e quelle rese dal testimone diretto, il giudice può ritenere più attendibili le prime. In sostanza, se c'è contrasto fra fonte primaria e fonte secondaria è consentito al giudice fare una valutazione comparativa, motivarla, e quindi decidere secondo il principio del libero convincimento (art. 192 cpp) (cfr. Cass. 22 febbraio 1998-Trovato). Peraltro, la testimonianza *de relato* è utilizzabile e può essere liberamente

valutata dal giudice anche quando il testimone diretto sottoposto ad esame si rifiuti di rispondere o nel caso in cui ritratti, in dibattimento, le dichiarazioni rese nel corso delle indagini. Secondo questa interpretazione la necessità di riscontri va esclusa anche nei casi in cui il referente del testimone *de relato* sia imputato o altro soggetto di cui all'art. 210 cpp. E' chiaro, però, che serve un apprezzamento particolarmente prudente ed approfondito della testimonianza indiretta. In sostanza (cfr. Cass. 24 febbraio 1992), in tema di testimonianza *de relato* il giudice ha il dovere di accertare non solo l'attendibilità della stessa, sotto il profilo della stessa esistenza e modalità di percezione da parte del dichiarante di quanto riferito, ma anche di quella alla quale si faccia riferimento, sotto l'analogo profilo della veridicità del testimone diretto e delle modalità di percezione da parte dello stesso del fatto oggetto della dichiarazione. Altro problema che presenta profili di interesse è quello della chiamata in correità *de relato* che è sempre stata ritenuta ammissibile ed attualmente trattasi di situazione processuale pacifica, perché regolamentata attraverso l'inserimento, con la legge 1 marzo 2001 nr.63, nel comma 5 dell'art. 210 cpp, del richiamo (anche) all'art. 195 cpp. E' chiaro, però che la chiamata in correità *de relato* deve essere valutata con maggior rigore, dovendo essere vagliata non solo con riferimento al suo autore immediato ma anche alla fonte originaria della accusa che spesso resta estranea al processo (cass. 14 novembre 1992). Occorre, quindi, un rigoroso vaglio critico consistente in una attenta valutazione della attendibilità intrinseca delle affermazioni del chiamante, della attendibilità della fonte di riferimento e della veridicità delle notizie da essa comunicate. D'altra parte, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di un reciproco riscontro anche tra più chiamate in correità *de relato*. Il giudice dovrà fare una verifica accurata, alla stregua del principio generale di cui al primo comma dell'art. 192 cpp e nell'osservanza del disposto di cui all'art. 195 richiamato dall'art. 210 comma 5 cpp. Peraltro, la giurisprudenza più recente ha evidenziato che le dichiarazioni *de relato* rese dal coimputato nel medesimo reato o da persona imputata in procedimento connesso a norma dell'art. 12 cpp e non confermate dal soggetto indicato come fonte di

informazione, possono costituire elemento indiziario idoneo a fondare le dichiarazioni di colpevolezza se confortate, ovviamente, dai riscontri esterni ex art. 192 comma terzo cpp. (Cass. 12 novembre 2002 – Dolcetti).

9) I documenti a contenuto dichiarativo e le dichiarazioni intercettate.

La questione problematica sottesa alla tematica in oggetto afferisce alla individuazione dei limiti in cui può essere consentita la formazione di una prova documentale nel contesto costituzionale dell'art. 111 Cost. che sancisce il principio di oralità come fondamento del dibattimento. Invero, se la prova si forma in dibattimento e se l' esame incrociato costituisce l'archetipo del procedimento costitutivo, occorre confrontarsi con una particolare forma di prova ontologicamente differente che è la prova documentale a contenuto dichiarativo che, da un lato, in quanto documento, si forma al di fuori del processo (e non è, quindi, atto) e, dall'altro, ha un aspetto contenutistico rappresentativo di fatti e circostanze che, normalmente, sono oggetto di prova dichiarativa e che si sottraggono al contraddittorio nel loro momento genetico. Si tratta, ovviamente, di situazioni diverse da quelle nelle quali, attraverso l'assenso unilaterale dell'imputato o l'accordo delle parti possono determinare l'ingresso nel fascicolo del dibattimento di atti che non si sono formati nel contraddittorio, la cui ricostruzione logica deve prendere le mosse dall'art. 234 comma primo cpp che individua i documenti come rappresentativi di fatti, persone o cose. Ne consegue che è possibile operare una distinzione fra rappresentazione di situazioni fattuali e rappresentazione di circostanze che, fisiologicamente, dovrebbero essere ricostruite con la testimonianza perché rappresentative di conoscenze personali. Pertanto, si potrebbe argomentare che tali documenti, proprio perché formati fuori dal procedimento, potrebbero costituire oggetto di prova documentale solo per l'aspetto del *fatto della dichiarazione inteso come accadimento* (liberamente valutabile dal giudice ai

sensi dell'art. 192 cpp) ma non della rispondenza al vero del suo contenuto e quindi dell'aspetto narrativo, descrittivo e contenutistico che, invece, per assurgere a prova, dovrebbe presupporre l'audizione dibattimentale del soggetto di riferimento. Deve, però, evidenziarsi che vi sono particolari categorie di documenti che, se di provenienza certa, hanno piena valenza probatoria anche se contengono un aspetto dichiarativo significativo (ad esempio: certificati medici e documentazione bancaria).

Una particolare prova (dotata di specifica funzione ricostruttiva di fatti ed accadimenti) è costituita dalla video ripresa e dalla intercettazione di comunicazioni effettuata dal privato. Con riferimento specifico alla video ripresa cinematografica, essa fa fede del contenuto ivi riprodotto ed il giudice la può valutare come piena prova dell'accadimento fisico impresso nella pellicola. A mio parere, nel caso in esame, saremmo in presenza di una prova documentale non disciplinata dalla legge.

Nel caso della intercettazione effettuate dal privato (parte offesa) per preconstituirsì la prova, trattasi di situazione che non costituisce intercettazione telefonica e, quindi, non necessità dell'autorizzazione del giudice.

Siamo, in questo caso, in presenza di una particolare forma di documentazione, che non è sottoposta a speciali limitazioni e formalità, poiché non comporta l'esigenza di tutela della riservatezza ed il supporto tecnico (la cassetta o il file contenente la registrazione) ha natura di documento fonografico. Se la conversazione oggetto di intercettazione si è svolta solo fra privati (a parte il profilo della riservatezza) non vi sono problemi particolari in termini di utilizzabilità del contenuto da parte del giudice per argomentare in merito ai fatti e circostanze ivi rappresentate, e ciò anche se la registrazione sia stata effettuata su input della Polizia Giudiziaria, come avviene di frequente nelle vicende estorsive, ove si consiglia la vittima di registrare il contenuto della richiesta.

Occorre, poi, sottolineare che l'art. 237 cpp stabilisce che qualsiasi documento proveniente dall'imputato, anche se sequestrato presso altri o da lui prodotto, è acquisito anche d'ufficio. Ad esempio, una missiva a firma dell'imputato, sequestrata presso terzi, fa piena prova del contenuto ivi rappresentato. Il problema è interpretare il significato della espressione "proveniente" con riguardo specifico alle situazioni dubbie, come, ad esempio, il documento anonimo (ove sovviene la consulenza grafologica per stabilirne la paternità) oppure il documento che, benché non scritto dall'imputato, sia stato comunque rinvenuto nella sua disponibilità. Mi pare, comunque, condivisibile l'orientamento secondo il quale sono da ritenersi provenienti dall'imputato (e quindi acquisibili) sia i documenti la cui paternità è attribuibile certa (perché vi è la relativa sottoscrizione o l'attribuzione è conseguente ad una consulenza grafologica) e quelli che sono nella disponibilità dell'imputato anche se non formati dal predetto.

La mia esperienza professionale mi porta a confrontarmi con i cd. *pizzini*, espressione con la quale ci si riferisce a piccoli pezzetti di carta utilizzati da appartenenti al sodalizio mafioso per le loro comunicazioni, trasmessi attraverso una complicata catena di passaggi successivi, utili ad evitare le intercettazioni delle comunicazioni. I *pizzini* contengono frequentemente indicazioni puntuali, veri e propri ordini, in merito ad attività delittuose da realizzarsi sul territorio. E' frequente che, attraverso tale strumento, il capo mafia latitante dia ordini in merito agli esercizi commerciali da sottoporre ad estorsione, con indicazione del quantum, modalità e tempistica della riscossione. Nel *pizzino* di ritorno abbiamo, frequentemente, la risposta (e quindi la prova della fase attuativa del momento ideativo della condotta criminale). Trattasi, quindi, di documenti di straordinaria importanza, di valore

narrativo di situazioni e, in molti casi, dichiarativo. Spesso il mittente ed il destinatario di questa particolare forma di documento sono gli autori dei reati dei quali vi è traccia nel *pizzino* (e quindi la valenza giuridica è quella del documento proveniente dall'imputato) ma può accadere che nel documento i due interlocutori riferiscano di fatti e circostanze, sempre afferenti alla vita del sodalizio mafioso, ma che investono condotte criminali di terzi soggetti. Il *pizzino* descrive, in questi casi, negli stessi termini di una testimonianza o di una intercettazione di comunicazioni telefoniche o ambientali, una situazione e particolari inerenti ad un fatto di reato. Il primo passaggio investigativo, dopo il sequestro del *pizzino*, è ovviamente la consulenza grafica per stabilirne la paternità, con la conseguenza che l'esame del consulente in dibattimento è una costante dei dibattimenti nei quali il materiale documentale in oggetto viene utilizzato; in casi particolari, può essere necessaria anche una attività di carattere tecnico scientifico per la valutazione in termini di autenticità. E' interessante notare che, frequentemente, in sede di escussione dibattimentale di collaboratori di giustizia, oggetto di domande è proprio il contenuto dei *pizzini*, con la conseguenza che le risultanze della prova dichiarativa si saldano e confortano (specie se il collaboratore è stato autore o destinatario del *pizzino* stesso) il dato documentale. Si determina, in tali evenienze, un formidabile riscontro alle dichiarazioni del collaboratore, peraltro formatosi in epoca antecedente alle stesse e, frequentemente, oggetto di attività investigativa a riscontro avviata ben prima dell'avvio della collaborazione. Nel caso di escussione dibattimentale del collaboratore di giustizia sul contenuto del *pizzino* è indispensabile, per il Pubblico Ministero, depositare il verbale di sequestro del materiale documentale e far precedere all'escussione del pentito , l'esame dei testi di p.g. che hanno proceduto al ritrovamento del materiale documentale e ciò per dare al collegio contezza del contesto nel quale quel materiale si inserisce.

10) La testimonianza dell'ufficiale di P.G.: divieti e limiti di ammissibilità.

Il divieto di testimonianza indiretta della P.G. vale esclusivamente per gli atti a contenuto dichiarativo, dei quali la legge prescrive la documentazione mediante verbale. Non siamo, dunque, in presenza di una valutazione di inattendibilità della p.g., ma, semplicemente, trattasi di previsione funzionale ad evitare, per ragioni di coordinamento con l'art. 500, 1° e 2° comma e con l'art. 11 Cost, l'entrata surrettizia dei verbali di dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari. Quindi, non vi è alcuna discrasia rispetto a quanto avviene per l'investigatore privato (art. 391 bis cpp) e rispetto al cittadino comune. Gli atti per i quali sussiste, dunque, il divieto di testimonianza della P.G. sono quelli assunti con «*le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° co., lett. a) e b)*» e cioè i verbali di sommarie informazioni rese da persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini, assunte dalla p.g. ai sensi dell'art. 351, 1° co., c.p.p.; i verbali di informazioni rese da persone imputate (o indagate) in un procedimento connesso o di un reato collegato ex art. 371, 2° co., lett. b), assunte dalla p.g. ai sensi dell'art. 351, co. 1 -bis, C.P.P.; i verbali, redatti a norma dell'art. 357, 2° co., lett. a), c.p.p., degli atti di denuncia, querela od istanza presentati oralmente; i verbali di sommarie informazioni e di dichiarazioni spontanee rese dalle persone sottoposte ad indagini, acquisite o ricevute dalla p.g. ai sensi dell'art. 357, 2° co., lett. b), c.p.p.

Deve evidenziarsi, però, che nella pratica nulla impedisce che alcuni elementi dichiarativi della denuncia vengano introdotti attraverso la deposizione *de relato* non come elementi di prova, ma come meri dati storici o come spunti per attività investigativa successiva in merito alla quale l'ufficiale di P.G. deve fisiologicamente testimoniare. Deve essere, inoltre, sottolineato che, con il richiamo alle dichiarazioni ed informazioni assunte ex artt. 351 co. 1-bis e 357, 2° co., lett. b), c.p.p., il legislatore ha inteso estendere il divieto della testimonianza di secondo grado della

P.G. anche alle dichiarazioni rese da soggetto che, sentito dalla p.g. quale persona sottoposta ad indagini o indagato di reato connesso o collegato assumerà, nei casi previsti dai primi due commi dell'art. 197- bis c.p.p., la veste di testimone assistito. Una questione problematica riguarda la possibilità (da alcuni negata) di derogare al divieto di testimonianza indiretta dell'ufficiale di P.G. attraverso un accordo fra le parti. Deve ritenersi pienamente ammissibile tale evenienza in quanto, come le parti possono, in accordo, far acquisire atti al fascicolo del dibattimento, così possono consentire all'assunzione di una testimonianza dell'ufficiale di P.G. che, comunque, dovrà avvenire nel pieno rispetto del principio del contraddittorio. La giurisprudenza ha, inoltre, evidenziato che l'art 195, 4° co., c.p.p., nello stabilire che "*gli ufficiali e gli agenti di P.G. non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° co., lett. a) e b)*", presuppone (...) *che trattisi di dichiarazioni rese da soggetti i quali abbiano formalmente assunto la veste di testimoni, il che può avvenire solo in sede di giudizio o di incidente probatorio* " (Cass. 9.6.2002, Capriati, CP, 2003, 2406). Non può sottacersi, però, che in questo modo è sufficiente non inserire un soggetto in lista testi per poter escutere l'ufficiale di P.G. sulle sue dichiarazioni. Pertanto, potrebbe propendersi per una lettura differente della norma e ritenere che il termine "testimoni" sia stato utilizzato in senso atecnico, con conseguente ampliamento della portata del divieto, prescindendo dall'assunzione, in senso formale, nel dibattimento, dello *status* di testimone da parte del dichiarante *diretto*. E', comunque, certo che il divieto investe sia le dichiarazioni assunte direttamente dalla P.G. che quelle assunte su delega del Pubblico Ministero. Non vi sarebbe, infatti, alcuna giustificazione logica alla differenza di sistema nelle due situazioni.

Ne consegue che: *«Il divieto per la P.G. di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dalle persone informate sui fatti, previsto dal nuovo 4 comma, primo periodo, dell'art 195 c.p.p., riguarda non solo le dichiarazioni acquisite secondo le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° co., lett. a) e b), c.p.p., ma anche, nonostante l'assenza di un espresso richiamo dell'art. 370 c.p.p., quelle acquisite su*

delega del Pubblico Ministero. Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria, come si ricava dal nuovo 4° co., secondo periodo, dell'art. 195 c.p.p., non opera con riferimento alle conoscenze acquisite durante il compimento di tutte quelle attività diverse dalla verbalizzazione di un tipico atto dichiarativo di indagine».

(Trib. Palermo 25.9.2001, FI, 11, 393).

Nodo interpretativo della disciplina della testimonianza indiretta e vero e proprio punto dolente dell'istituto è quello che riguarda la "sorte processuale" delle dichiarazioni rese ad appartenente alla P.G.e non trasfuse in un regolare verbale di sommarie informazioni.

Sono ricostruibili alcune linee della giurisprudenza di legittimità particolarmente incidenti sull'estensione dei divieto. Infatti, in vari casi la testimonianza indiretta è stata ammessa a fronte della mancata verbalizzazione delle dichiarazioni rese da persona non indiziata, ma sul presupposto che la verbalizzazione non fosse dovuta (ad esempio perché si trattava di dichiarazioni spontanee raccolte nell'immediatezza del fatto). La situazione di incertezza interpretativa ha determinato l'intervento delle Sezioni Unite, con la sent. 28.5.2003, Torcasio (CP, 2004, 2094).

La Corte ha sottolineato:

«Il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che il 4° co. dell'art. -195 c.p.p. stabilisce con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° co., lett. a) e b) stesso codice, si riferisce tanto alle dichiarazioni che siano state ritualmente assunte e documentate in applicazione di dette norme, quanto ai casi nei quali la P.G.non abbia provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle nonne medesime».

Invero, se la norma fosse letta in senso restrittivo, continua il giudice, *«finirebbe per tradire il suo scopo fondamentale, che è quello di evitare l'introduzione nel dibattimento, a fini probatori, di dichiarazioni acquisite in un contesto procedimentale non correttamente formalizzato, di salvaguardare il principio di*

formazione della prova nel contraddittorio del dibattimento e di sanzionare, quindi, l'obbligo di documentazione dell'attività investigativa (...)” Ma la sentenza definisce anche quelli che sono gli “altri casi” cui si riferisce la disposizione in esame:

«In tema di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che il 4° co. dell'art. 195 c.p.p. preclude con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° co., lett. a) e b) stesso codice, gli "altri casi" cui si riferisce l'ultima parte della disposizione, per i quali la prova è ammessa secondo le regole generali sulla testimonianza indiretta, si identificano con le ipotesi in cui le dichiarazioni siano state rese da terzi e percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità». Si crea, quindi, in qualche misura, la categoria della "giustificazione" della omissione.

La categoria degli "altri casi", secondo l'interpretazione delle Sezioni Unite, dunque, è assolutamente residuale, essendo difficilmente ipotizzabile che la p.g. non sia in grado di provvedere alla verbalizzazione, sia pure a distanza di tempo dal compimento dell'atto, spiegando le ragioni del ritardo.

Deve evidenziarsi, inoltre, che non possono definirsi testimonianza indiretta, in senso tecnico, le situazioni in cui la P.G. depone su semplici manifestazioni comportamentali dei testi, senza alcun riferimento al contenuto di dichiarazioni. Inoltre, è consentito (pacificamente) all'ufficiale di P.G. di riferire su cose apprese casualmente oppure prima dell'avvio del procedimento penale (ad esempio: in sede ispettiva) oppure le dichiarazioni eventualmente percepite nel corso di atti diversi da quelli specificamente indicati dalla legge, sia tipici che atipici, quali perquisizioni, sequestri, identificazioni, ricognizioni informali, accertamenti, rilievi, pedinamenti. Riveste, poi, un qualche interesse la questione della deposizione di appartenenti alla p.g. sul contenuto di dichiarazioni ricevute da un informatore, ovviamente se decida di rivelare le generalità del suo confidente, e nel qual caso potrà riferire le dichia-

razioni da questi ricevute. In questi casi, non sussistendo alcun obbligo di verbalizzazione, non ricorre alcuna delle ipotesi tipiche a cui fa riferimento il divieto di cui all'art. 195, 4° co., c.p.p e l'informatore dovrà essere poi obbligatoriamente esaminato come testimone e solo all'esito di tale escussione potrà essere operato un vaglio di attendibilità delle une e delle altre dichiarazioni ove esse siano divergenti. La disciplina dettata dall'art. 203 c.p.p stabilisce l'inutilizzabilità (non il divieto) della testimonianza indiretta di p.g. nel caso di mancata escussione dell'(ex) *confidente* a cui l'operatore di P.G. abbia fatto riferimento nella sua deposizione, indicandone altresì le generalità. La peculiarità dell'ultima parte dell'art. 203 consiste proprio nell'obbligatorietà dell'escussione dell'informatore, a prescindere da una richiesta avanzata dalle parti . Ma cosa succede se il confidente muore è irreperibile o diviene infermo e non può essere chiamato a testimoniare ? La Corte di Assise di Palermo, in una pronuncia del 15 giugno 2002, (e personalmente condivido in pieno l'impostazione) ha ritenuto che, in questo caso, è applicabile il disposto di cui all'art. 195, 3° co., c.p.p., con conseguente utilizzabilità della testimonianza indiretta di p.g ed, in particolare:

«Il divieto di acquisizione ed utilizzazione delle dichiarazioni rese dagli informatori di p.g, previsto dall'art. 203 c.p.p., viene meno là dove l'ufficiale di p.g nel corso dell'escussione, decida comunque di rivelare l'identità dei confidente; in questo caso, l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'ufficiale di p.g. sarà disciplinata non più dall'art. 203 c.p.p., ma dalle disposizioni di cui all'art 195 c.p.p.».

Lia Sava

Bibliografia:

Giuseppe Luigi Fanuli : “La prova dichiarativa nel processo penale”.

Gianrico Carofiglio – Alessandra Susca: “La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di Polizia Giudiziaria”.

Piergiorgio Morosini: “Lo statuto della prova dichiarativa tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l’autoincriminazione”.

Di Martino Corrada – Procaccianti Teresa: “ La prova testimoniale nel processo penale”.

Francesca Zavaglia: “ La prova dichiarativa nel giusto processo”

Piercamillo Davigo: “ La formazione e la valutazione della prova dichiarativa in dibattimento – Incontro di studio CSM Roma del 6 – 10 luglio 2009 ”

Annamaria Gatto : “ La testimonianza debole: la testimonianza della vittima di reato – Incontro di studio CSM Roma 8 -10 marzo 2010”

Antonio Balsamo: “ Il nuovo statuto della prova dichiarativa – Incontro di studio CSM Roma 16 – 17 dicembre 2002”.

Maurizio de Lucia: “ Forme e questioni processuali nella prova dichiarativa – CSM – formazione Decentrata Corte di Appello di Lecce 2 gennaio 2011 ”

Sergio Sottani : “ La gestione del dibattimento penale, laboratorio di prassi e tecnica professionale – Incontro di studi CSM Roma 15 – 17 dicembre 2010”

Sergio Sottani: “ Il procedimento probatorio nel giudizio penale di primo grado – Incontro di studi CSM Roma 12 – 14 ottobre 2009”