

**OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE**

Direzione  
ALFREDO GAITO

Comitato di Direzione  
Alfredo Bargi – Carlo Fiorio – Sandro Fùrfaro  
Filippo Giunchedi – Mariangela Montagna – Ciro Santoriello

Comitato di Redazione  
Silvia Astarita – Benedetta Bocchini – Nadia La Rocca



## INDICE-SOMMARIO

### EDITORIALE

Emergenza e politica criminale: «caramelle» e «carbone» al Governo Berlusconi di <i>A. Bargi</i> .....	pag.	IV
--	------	----

### IL PUNTO SU ...

Assunzione e valutazione della prova nel dibattimento di <i>C. Peluso</i> .....	pag.	1
--	------	---

### ATTUALITÀ

Note critiche, a prima lettura, in tema di giudizio immediato “custodiale” (art. 453, 1° co. <i>bis</i> , c.p.p.) di <i>R. Orlandi</i> .....	pag.	10
---	------	----

### DECISIONI IN PRIMO PIANO

Perquisizione, sequestro e prelievo di materiale biologico di <i>P. Felicioni</i> .....	pag.	14
Un interessante suggerimento della Cassazione per ampliare le facoltà di appello dell'imputato avverso le sentenze di proscioglimento di <i>C. Santoriello</i> .....	pag.	23

### DOCUMENTI

Testimonianza del minore nel processo penale ordinario: limiti all'esame incrociato nel sistema interno e nella giurisprudenza europea di <i>S. Furfaro</i> .....	pag.	28
Criteri di valutazione anche in punto di credibilità e veridicità, della testimonianza resa dal minore vittima del reato di <i>V. Tardino</i> .....	pag.	39
Dal progetto Dalia al progetto Riccio (resoconto di un recente convegno sul futuro del processo penale) di <i>A. Pulvirenti</i> .....	pag.	44

### RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Intercettazioni .....	pag.	63
Riesame .....	pag.	63
Impugnazioni .....	pag.	63

### STUDI DI DIRITTO COMPARATO

L'esame incrociato nel processo penale tedesco di <i>L. Dagnoli</i> .....	pag.	64
--	------	----

Emergenza e politica criminale:  
«caramelle» e «carbone» al Governo Berlusconi

I più recenti interventi normativi volti ad introdurre modifiche di istituti processuali, sono, come sempre, settoriali e privi di respiro sistematico, anche perché dettati da esigenze contingenti piuttosto che da un serio progetto di adeguamento dell'ordinamento processuale ad esigenze di civiltà giuridica non più rinviabili. Oltre tutto l'assenza di una seria progettualità è posta in luce dal confuso rimescolamento di valori culturali contraddittori oscillanti tra connotati tipici della legislazione dell'emergenza a tutela di una generica sicurezza della collettività e tratti di discontinuità con il passato secondo linee assiologiche che, seppure in maniera timida ed incompiuta, hanno di mira il diritto dell'imputato ad un equo processo in tempi ragionevoli, soprattutto se abbia subito la limitazione della libertà personale.

È agevole cogliere siffatto contrasto di valori sia all'interno del corpo normativo dalle diverse modifiche già varate con provvedimenti urgenti già convertiti in legge (d.l. n. 90/2008) o attualmente in fase di conversione (d.l. n. 92/2008), sia nel confronto di esse con quelle preannunciate dai disegni di legge in corso di esame e di approvazione.

Ne è esempio emblematico il recente d.l. 23.5.2008, n. 92, compreso nel c.d. "pacchetto sicurezza" – costituito anche da due disegni di legge e da tre decreti legislativi – nell'ambito del poliedrico intervento sulle leggi speciali inerenti all'immigrazione, su istituti di diritto amministrativo, di diritto sostanziale e sulla disciplina delle misure di prevenzione.

La dichiarata finalità di apprestare un quadro normativo più efficiente per contrastare fenomeni di illegalità diffusa collegata all'immigrazione illegale ed alla criminalità nonché norme dirette a tutelare la sicurezza della circolazione stradale, oltre ad evidenziare l'infondatezza del presupposto della pretesa straordinarietà ed urgenza delle misure adottate, ne segnala l'erronea prospettiva ideologica, tipica della politica dell'ordine pubblico, che declina il processo penale nell'ottica di difesa sociale, assegnandogli compiti impropri di lotta al crimine. L'efficienza del processo viene richiamata, cioè, in funzione vicaria della mancanza di una seria politica criminale ed in funzione esclusiva della certezza della pena. Si tratta, però, di un richiamo meramente strumentale e di facciata, atteso che l'efficienza della risposta dell'ordinamento processuale è senz'altro un valore di notevole spessore deterrente ai fini della prevenzione generale e speciale del crimine; ma proprio in tale prospettiva essa comporta la certezza dell'accertamento, secondo parametri di conformità della decisione ai principi del modello costituzionale del giusto processo; nel bilanciamento, cioè, della ragionevole

durata del processo con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato e con le altre garanzie processuali di rango costituzionale.

Sicché privilegiare solo l'esito punitivo dell'iter processuale è sintomo di una cultura del processo non ancora affrancata da una visione della giurisdizione penale come strumento per l'applicazione della sanzione penale piuttosto che come garanzia del contraddittorio – quale metodo per la ricerca della verità – e, quindi, aperta a qualsiasi epilogo, anche di proscioglimento dell'imputato.

L'assenza di consapevolezza di tale complementarità dei valori che si agitano nel processo penale è una delle cause principali della crisi del sistema penale, contrassegnata, nel suo complesso, dalla diffusa sfiducia delle istituzioni, di recente registrata anche nei confronti della magistratura. L'efficienza della macchina processuale, infatti, è spesso parametrata sulla mancata realizzazione di soluzioni processuali in linea con fallaci aspettative punitive indotte nella collettività da una distorta concezione che flette l'indagine processuale esclusivamente in funzione della punizione del colpevole.

Alla determinazione di tale fenomeno concorrono, a tacere d'altro, le opinabili oscillazioni della giurisprudenza su temi di fondo, gli sviluppi negativi di indagini approssimative poste a base di provvedimenti cautelari personali successivamente revocati o annullati in sede di impugnazione, la difformità tra gli esiti dei diversi gradi di giudizio, la spropositata lunghezza dei tempi delle indagini che, affidate all'incontrollata discrezionalità delle procure, sono causa non secondaria dell'elefantica durata dei dibattimenti, destinati a fare da sterile proscenio per testimoni utili alla ricostruzione del fatto-reato in chiave storiografica e sociale piuttosto che nei termini del diritto penale del fatto e non per tipo d'autore.

In definitiva, piuttosto che di emergenza della criminalità, sarebbe più corretto ed aderente alla realtà parlare di emergenza del "sistema giustizia", i cui rimedi richiedono interventi di ben diversa portata e confermano l'aleatorietà ed arbitrarietà del ricorso a politiche di ordine pubblico, contrabbandate come necessità da nuove emergenze criminali, artificiosamente costruite in maniera meramente strumentale.

Il fenomeno dell'immigrazione clandestina, infatti, seppure ormai di dimensioni considerevoli, non può in alcun caso essere giudicato di per sé come criminale; né, a fortiori, addirittura "emergenziale" in relazione ai reati commessi da soggetti entrati in maniera irregolare nel nostro territorio, tenuto conto dell'assenza di dimensioni quantitative o qualitative che valgano a distinguerle da quelle corrispondenti poste in essere dai comuni cittadini.

Di qui l'assenza di fondamento razionale nell'ingiustificata criminalizzazione dell'immigrato clandestino quale soggetto di riferimento del diritto penale del nemico, mediante l'introduzione della corrispondente fattispecie penale e dell'aggravante connessa alla «presenza illegale sul territorio nazionale». Le modifiche trovano unica spiegazione, invece, nella collaudata tecnica di scaricare su un

determinato gruppo sociale la responsabilità dell'allarme sociale, sì da stornare l'attenzione dalle cause effettive della diffusa illegalità. In tal senso l'affastellamento non casuale del regime sanzionatorio delle condotte della "nuova" figura criminale nel più generale inasprimento delle pene inerenti al crimine organizzato ed alle figure criminose delle condotte di maggiore allarme sociale nell'attuale momento storico, concorre a rafforzare nell'opinione pubblica la sostanziale omologazione tra le diverse forme di criminalità.

D'altronde gli altri fenomeni criminosi presi di mira sono quelli tradizionali, anche se vissute oggi in maniera particolarmente acuta dalla collettività, in ragione delle particolari modalità dei più gravi ed allarmanti fatti di sangue della recente cronaca giudiziaria, quali le morti del sabato sera ad opera di "pirati" della strada, le violenze urbane e le manifestazioni di diffusa microcriminalità accanto a quella del crimine organizzato; episodi nei quali sarebbero rimasti coinvolti anche immigrati regolari o clandestini.

Ben si comprende, quindi, come la criminalizzazione dell'immigrato clandestino e l'exasperazione delle sanzioni anche per delitti comuni al di fuori dei criteri di proporzionalità dei valori compromessi, ama rispondenti alle spinte emotive della collettività determini la spinta dell'ordinamento verso la sponda opposta a quella auspicata e sia accompagnata da una tecnica normativa che tradisce l'ormai abituale approssimazione sistematica ed è caratterizzata da un sensibile squilibrio assiologico nel rapporto tra la fattispecie, la sanzione e le garanzie processuali dell'accertamento della responsabilità.

Quanto a queste ultime, la proclamata finalità di conseguire il recupero di efficientismo del processo penale trova espressione nella tendenziale accelerazione dei tempi del processo penale, mediante l'introduzione dell'obbligatorietà dell'adozione del giudizio direttissimo e del giudizio immediato [art. 2, 1° co., lett. c) ed f)].

La sottesa esemplarità sottesa ai due riti processuali è coerente, perciò, con l'intento di assicurare la rapida punizione del colpevole, secondo la rilevata visione distorta dello scopo del processo penale.

Accanto ad essa è dato cogliere, però, opposte tendenze culturali che lasciano presagire sviluppi in grado di incidere sul futuro assetto del modello processuale nella direzione di una migliore tutela di taluni diritti fondamentali individuali coinvolti nel processo.

In tal senso, in primis, viene in rilievo l'intento del legislatore di ridurre gli spazi di discrezionalità delle procure nella scelta del rito di maggiore celerità processuale.

Infatti, benché i criteri dettati al riguardo siano poco incisivi sulle determinazioni del pubblico ministero – che conserva margini di ampia discrezionalità in relazione alla valutazione delle situazioni che «non pregiudichino gravemente le indagini» in ordine all'adozione del rito direttissimo, o alla «evidenza della pro-

va» circa la procedibilità con rito immediato – pur tuttavia rappresentano un chiaro ed inequivocabile indirizzo operativo, di cui non potrà tenere conto l'organo dell'accusa.

Per la prima volta, poi, trova ingresso – seppure in maniera modesta, attesa l'assenza di termini perentori – l'obbligo dell'organo dell'accusa, di espletare le indagini e di instaurare il successivo giudizio a carico di persona in vinculis entro il termine di centottanta giorni. Trova riconoscimento, così, il diritto dell'imputato «ad essere giudicato entro un termine ragionevole o essere rimesso in libertà durante l'istruttoria» (art. 6, 3° co., C.e.d.u.), con conseguente ricaduta sui tempi del processo, la cui durata troppo spesso è addebitata esclusivamente all'esercizio dell'attività difensiva.

Al di là dei seri sospetti sull'incidenza di specifici interessi di esponenti della classe politica per la soluzione di personali vicende giudiziarie, appartengono alla medesima prospettiva di ridurre gli spazi di discrezionalità del potere giudiziario, anche se in relazione alle priorità degli affari penali da trattare, le modifiche inerenti alla formazione dei ruoli di udienza disciplinata dall'art. 132 bis del d.lg. 28.7.1989, n. 271 (artt. 2 bis e 2 ter).

L'ultima stesura delle modifiche, in sede di conversione del d.l. n. 92/2008, ha eliminato l'ingiustificata ed irragionevole sospensione automatica dei processi in ordine a reati commessi sino al giugno 1992 «che si trovino in uno stato compreso tra la fissazione dell'udienza preliminare e la chiusura del dibattimento di primo grado», ma non ha spazzato via l'altro profilo di possibile incostituzionalità connesso alla surrettizia modificazione della norma processuale in questione, mediante l'emendamento di un decreto legge dettato per presunti motivi di necessità ed urgenza.

In ogni caso, nonostante tale patologia costituzionale, la recente versione del famigerato emendamento, tuttora all'esame del Parlamento, pur restituendo al potere giudiziario la discrezionalità della composizione dei ruoli di udienza in ordine ai reati puniti con la pena inferiore ai quattro anni, traccia in concreto, il tendenziale recupero della volontà del potere politico di riappropriarsi delle proprie prerogative circa le priorità degli obiettivi della politica penale di contrasto al crimine.

In altri termini, per la prima volta viene posta in discussione a livello legislativo, anche se in maniera inappropriata, la sostanziale e frequente arbitrarietà della trattazione degli affari penali, di fatto devoluta alle scelte del potere giudiziario, senza alcun limite in grado di tracciarne i confini o di orientarne le scelte in rapporto alla generale politica criminale.

In tal senso la priorità accordata ai processi inerenti a delitti di maggiore gravità specificamente indicati nella disposizione – con estensione a quelli avvertiti con particolare sensibilità dall'opinione pubblica – nonché a quelli a carico di imputati attinti da misure cautelari personali o recidivi o celebrati con rito direttissimo

o immediato, ponendosi in sintonia con le altre modifiche contenute in materia in altra parte del decreto, è un segnale positivo della raggiunta consapevolezza della necessità di porre dei limiti tra funzioni della politica e funzioni della giustizia. Inoltre, l'indicazione di specifici criteri cui dovranno attenersi i dirigenti degli uffici giudiziari nella fissazione della trattazione degli affari penali (art. 2 ter, 1° co.); l'obbligo della comunicazione al C.S.M. dei relativi provvedimenti organizzativi delle udienze e, quindi, al ministro della Giustizia tenuto a riferire alle Camere la valutazione degli effetti dei provvedimenti in parola (art. 2 ter, 4° co.), rappresentano un primo serio tentativo di riportare le scelte di politica giudiziaria nell'alveo del controllo democratico.

Peraltro, anche se è indubbio che la prevista possibilità di rinviare i processi inerenti a reati ritenuti di minore allarme sociale, rischia di vanificare l'eventuale pregresso esercizio dell'azione penale, essa solo indirettamente incide sul principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., tenuto conto che la correlata sospensione del corso della prescrizione dei reati pone al riparo dalla loro possibile estinzione per il decorso del tempo.

A sua volta la previsione del possibile trasferimento dell'azione civile innanzi al giudice civile con abbreviazione dei termini a comparire di cui all'art. 163 bis c.p.c. appresta la tutela anche per i diritti della persona offesa o danneggiata dal reato.

Oltre tutto, alla luce di un sano realismo di chi vive la quotidiana esperienza giudiziaria, il previsto differimento di trattazione dei processi sino a diciotto mesi, si discosta di poco dalla situazione di fatto già esistente, atteso che ormai i processi penali che giungono in udienza, per le ragioni più varie quanto legittime, vengono sospesi per un periodo di mesi e non sempre accompagnati dallo scudo della sospensione della prescrizione che, come è noto, è subordinata dall'art. 159 c.p. a precise condizioni da verificare nelle situazioni concrete.

In definitiva, tale scelta del legislatore, anche se indubbiamente esaspera il conflitto istituzionale tra il potere politico e la magistratura – accentuato dalla contestuale approvazione del c.d. “lodo Alfano”, a tutela dell'immunità per le più alte cariche dello Stato – che fa da sfondo alla profonda crisi del processo penale, pone l'accento su una situazione non più sostenibile che pretende un indirizzo dell'autorità politica – parlamentare o di governo – che indichi le priorità di politica penale.

Oltre tutto il principio di obbligatorietà dell'azione penale, anche in ragione del moltiplicarsi dei reati perseguibili, letto nella sua accezione “storicizzata” e del suo concreto operare nella realtà giudiziaria, comporta la necessità di un progetto di politica criminale che indichi le priorità dell'azione giudiziaria per il contrasto delle cause del crimine diffuso.

Tale progetto, anche per ragioni di coerenza costituzionale derivante dalla divisione dei poteri, non può essere delegato a singoli uffici del pubblico ministero,

atteso che l'intelaiatura istituzionale espressa dalla Carta costituzionale impone che le scelte di politica criminale siano sottoposte al controllo democratico e che i cittadini siano eguali di fronte alla legge; obiettivi, questi, che possono essere conseguiti solo con la regolamentazione dell'esercizio dell'azione penale e dell'uso dei connessi mezzi di indagine che non sia lasciata alla discrezionalità delle singole procure secondo criteri tra loro diversi.

Da ultimo, nella medesima ottica di rafforzamento delle garanzie soggettive assume rilievo anche la disposizione contenuta nel d.l. n. 90/2008 (art. 3, 2° co.), che affida all'organo collegiale la valutazione dell'applicabilità della misura cautelare.

Si tratta, indubbiamente, di una disposizione isolata e con valenza delimitata al territorio della regione campana. Pur tuttavia, nonostante la sua collocazione in un più ampio quadro normativo privo di coerenza sistematica e non corredato da adeguate norme transitorie e di attuazione, esprime una condivisibile tendenza dell'ordinamento che, ponendosi in sintonia con la maggiore attenzione dei diritti connessi allo status detentionis dell'imputato, innanzi esaminati, risponde ad esigenze di maggiore tutela della libertà personale, e che, probabilmente per effetto della sua sperimentazione applicativa, è suscettibile di futuri sviluppi nell'ambito dell'auspicabile ricostruzione del modello processuale alla stregua dei principi del giusto processo.

Nel medesimo solco assiologico si pone, infine, la preannunciata riforma della disciplina delle intercettazioni telefoniche, alla stregua delle anticipazioni della stampa, in assenza di un testo definitivo da sottoporre all'esame del Parlamento. Invero la dichiarata volontà di adeguare la disciplina del mezzo investigativo all'esigenza di porre un limite ragionevole alla mancanza di un serio controllo sul ricorso e sulle modalità esecutive di tale mezzo di ricerca della prova è pienamente giustificata anche dalla progressiva rarefazione della funzione di garanzia della motivazione ad opera di discutibili pronunce della giurisprudenza di legittimità.

Altrettanto inderogabile è, poi, la necessità di impedire la divulgazione delle notizie attinte con tale mezzi di investigazione che siano estranee all'oggetto delle indagini a all'accertamento di altre notitiae criminis. Il rimedio non consiste nella sola previsione di sanzioni a carico dei soggetti responsabili della loro divulgazione, ma nell'anticipazione della soglia di tutela impedendo che terzi, anche se soggetti del procedimento, vengano a conoscenza di fatti irrilevanti sul piano processuale.

Sarebbe più efficace, invece, per un verso introdurre il divieto di riportare nei provvedimenti cautelari – o in altri equipollenti – il contenuto di intercettazioni che non sia funzionale alla ricostruzione dell'ipotesi dell'accusa; per altro verso affidare all'organo inquirente o al giudice per le indagini preliminari il preventivo giudizio di rilevanza probatoria del complessivo materiale raccolto, ancor prima

della selezione per la sua eventuale distruzione in contraddittorio delle parti, sì da impedire ab origine il pericolo di diffusione di notizie prive di qualsiasi rilevanza processuale, ma trasgressive dell'intimità personale tutelata dalla disposizione costituzionale.

Il complessivo corpo delle modifiche normative, pur con i limiti di una tecnica legislativa poco attenta alla regolamentazione del regime transitorio conseguente all'abrogazione di disposizioni non secondarie – quali quelle contemplate negli artt. 599 e 603 c.p.p. [art. 22, 1° co. ter, lett. i) ed l) d.l. n. 92/2008] – e nonostante la perdurante ideologia dell'ordine pubblico, sembra mostrare una decisa volontà di ricercare nuovi equilibri tra potere politico e potere giudiziario. Finalità, questa, che se ancorata alla cornice costituzionale del rapporto tra le istituzioni, è a tutto vantaggio della ricostruzione del modello processuale secondo parametri di effettività delle garanzie delle situazioni soggettive, vale a dire in funzione del conseguimento di una legalità intesa non in senso meramente formale, ma come realizzazione dei valori sottesi ai principi costituzionali di volta in volta chiamati in causa.

Alfredo Bargi

## IL PUNTO SU ...

### **Assunzione e valutazione della prova nel dibattimento**

***(Relazione tenuta al Convegno «Dal Progetto Dalia al Progetto Riccio: quale futuro per il processo penale?» – Catania, 20/21.6.2008)***

*di Carmelo Peluso*

*Avvocato in Catania – Presidente del Consiglio delle Camere Penali Italiane*

1. Consentite anche a me di ricordare il prof. Dalia citando alcune parti del suo discorso introduttivo al convegno di Catania del 2005, anche per arginare eventuali spinte tendenti ad una radicale modifica del codice di rito. In quella occasione il prof. Dalia volle subito precisare che il codice del 1988 costituì una coraggiosa scelta di civiltà giuridica in quanto codice della “giurisdizione” e non dell’azione, un codice in cui è stato finalmente sancito il principio che la prova deve essere necessariamente raccolta nella contrapposizione dialettica delle parti interessate, da chi deve esprimere il giudizio.

Proprio sotto quest’ultimo profilo, quel codice tendenzialmente accusatorio in salsa nostrana, quella “apostasia italiana” che ci ricorda sempre il prof. Frigo citando Mirjan Damaska, è stato immediatamente ridimensionato dalla Corte costituzionale con le famose sentenze che hanno teorizzato il principio di non dispersione della prova. Nella visione della Corte, quindi, la prova deve essere raccolta nel dibattimento in contraddittorio tra le parti, ma non si può disperdere la prova raccolta nella fase delle indagini preliminari. Inevitabilmente mescolando, in un tentativo di sintesi impossibile, il procedimento per l’azione con il procedimento per la giurisdizione.

Il momento centrale del processo secondo il modello vigente, quindi, si presta ad essere stravolto rispetto alla originaria impostazione del codice, anche alla luce della interpretazione, fornita dalla giurisprudenza, di talune norme volte all’acquisizione della prova, nonché per l’intervento distorsivo della prassi,

che ha piegato le norme processuali a presunte esigenze pratiche, nel nome di una “celerità e speditezza” del processo, che contrastano con i principi stessi del contraddittorio.

Proprio in questa ottica, sembra muoversi il progetto Riccio, che ha adottato il sistema delle direttive per la riforma, piuttosto che l’articolato preferito dal progetto Dalia.

Infatti, il progetto innovativo che dovrebbe dare vita a un nuovo codice è ricollegato innanzitutto alle esigenze di riforma determinate dalla «novità più saliente del nuovo art. 111 Cost.», che sarebbe rappresentata, secondo la Commissione Riccio, dalla «costituzionalizzazione della ragionevole durata del processo».

A prescindere dal rilievo che detto principio già prima della riforma costituzionale del 1999 trovava una sua sicura collocazione nel testo fondamentale, come in più occasioni ha sottolineato la giurisprudenza della Consulta, non si può fare a meno di considerare che l’adeguamento delle strutture processuali al valore dell’efficienza non implica in alcun modo la necessità di una ricodificazione, ben potendo raggiungersi tale obiettivo con opportune e oculate manovre di ordine processuale e soprattutto organizzativo.

Piuttosto, si deve constatare come l’esaltazione della ragionevole durata del processo porti la Commissione ad asserire che detto principio costituisca «la regola pregiudiziale a cui conformare i comportamenti riformatori», così da imporre una regola di comportamento per l’individuazione degli equilibri tra ef-

ficienza e garanzie «radicalmente diversa» (§ 5 della Relazione). Per i penalisti italiani è profonda la preoccupazione per un'impostazione che sembra dimenticarsi della sequenza delineata all'interno dell'art. 111 Cost., in forza della quale la ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, nel senso che il concetto di ragionevole durata implica già la scelta di un modello processuale caratterizzato da quelle garanzie che consentono di definirlo "giusto".

Le Camere Penali hanno sempre evidenziato l'assurdità del tentativo di costruire una scala gerarchica dei valori enunciati nell'art. 111 Cost. e, in specie, l'intenzione di porre la ragionevole durata del processo come principio cardine cui sottordinare quello della tutela del contraddittorio quale naturale e necessario momento deputato alla formazione della prova.

Invero, la stessa Commissione, nelle considerazioni introduttive della parte dedicata al giudizio dibattimentale (§ 21 della Relazione) ha precisato che «non sono le garanzie del giusto processo come tali, e in particolare la tutela del contraddittorio, che impediscono una rapida conclusione del giudizio», affermando poi che «i menzionati valori», delle garanzie e della celerità processuale, «non possono trovare un bilanciamento sullo stesso piano (...): non esistono esigenze di celerità che possano realizzarsi a discapito dei diritti fondamentali».

La probabile domanda a cui dobbiamo rispondere oggi, all'alba di una nuova legislatura e con ben due progetti di riforma alle spalle, è se vogliamo un nuovo impianto codicistico ovvero una serie di interventi organici sul codice del 1988, che consentano di eliminare dall'impianto processuale incoerenze e contraddizioni determinati dagli interventi manipolatori succedutisi nel tempo. All'esito del congresso di Treviso del 2007, l'Unione delle Camere Penali Italiane ha indicato, quale strada utile da praticare, quella degli interventi organici sul codice vigente senza tuttavia rovesciare i fondamenti della riforma del 1988 (che per più aspetti vanno al contrario ripristinati), con cui l'ordina-

mento processuale italiano è stato fatto uscire dall'autoritarismo del codice del 1930, ormai improponibile anche mediante modelli che lo rieditano in modo "moderno".

Riporto volentieri quanto è stato scritto nei documenti pubblicati dalle Camere Penali in materia, per precisare ancora una volta che non si può e non si deve praticare l'idea di redigere un "nuovo" codice.

Ciò per almeno tre ragioni.

La prima è politica: vanno ribadite e valorizzate le scelte del 1988 contro recuperi parainquisitori.

La seconda è tecnica: le innovazioni necessarie, anche le più penetranti, possono senz'altro innestarsi nell'impianto processuale originario.

La terza è d'opportunità: un codice è un testo normativo complesso che per esser recepito in modo adeguato dalla prassi richiede profonde elaborazioni ed esperienze; non è pensabile sia sostituito con un altro se non vi sono ragioni definitive per azzerarlo e riportare al punto di partenza le sperimentazioni pratiche e gli studi teorici. Ciò, per la verità, vale anche per gli interventi organici e sistematici sul codice del 1988, che si devono limitare a quelli indispensabili rifuggendo da escogitazioni estemporanee.

L'idea di un "nuovo" codice, quindi, è frutto di propositi di regressione, assolutamente da scongiurare.

Queste le ragioni per cui siamo preoccupati dal lavoro della commissione Riccio che è intitolato: «Bozza ... per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale». Alcune direttive, peraltro, sono la mera riscrittura di quelle del 1987; operazione, invero, non innocua, e anzi pericolosa, in quanto attribuisce al legislatore delegato il potere di riscrivere i relativi articoli del codice in un contenuto differente dall'attuale. Il che può aprire a scenari assai preoccupanti, sebbene nella relazione alla bozza riguardante il dibattimento, cuore del processo, si legga: «Il punto fermo ... è rappresentato dall'intangibilità delle opzioni di fondo cui era approdato il codice del 1988» e «non sarebbe accettabile rimettere in discussione il sistema accusato-

rio». L'ampiezza della delega potrebbe determinare, però, eventuali effetti "preterintenzionali", rispetto alla volontà espressa dalla commissione Riccio.

2. Oggi mi propongo, senza pretesa di completezza o di rigore scientifico per la mia qualifica di "operatore" e non di studioso della materia, di evidenziare alcuni momenti di criticità dell'attuale sistema nel momento dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione della prova nel dibattimento, passando successivamente ad affrontare le proposte e i rimedi approntati dal progetto Dalia e quelli suggeriti dal progetto Riccio.

Non c'è dubbio che il diritto alla prova è un emblema prestigioso del nostro codice, anche se l'art. 190 c.p.p., che lo introduce nel codice vigente, è un contenitore forse troppo ampio. Con la espressa previsione che il giudice deve escludere solo le prove manifestamente superflue o irrilevanti o quelle vietate dalla legge, si determina quella che Aniello Nappi ha definito «una presunzione di ammissibilità» delle prove richieste dalle parti, visto che non sono le parti a dover dimostrare la rilevanza e la non superfluità della prova, ma spetta al giudice verificare la manifesta insussistenza di tali requisiti, utilizzando un margine di discrezionalità che appare spesso caduto in desuetudine per una sorta di "pudore istruttorio" del giudice verso le prove richieste dalle parti.

Il giudice, in buona sostanza, nel 90% dei processi (lascio per prudenza un margine per i virtuosi) ammette tutte le prove richieste dalle parti, aprendosi il contraddittorio sull'ammissione della prova, quasi esclusivamente per le prove documentali.

Il diritto a difendersi provando, baluardo di garanzie difensive, si scontra con la "sciattezza" nella preparazione dell'istruzione dibattimentale, affidata alle parti, di cui il Giudice diventa solo uno spettatore attento a non invadere il territorio di una prova che non conosce.

Troppo spesso accade che le liste testimoniali del Pubblico Ministero siano predisposte dagli assistenti o dagli ufficiali di P.G. applicati nella segreteria, con l'effetto evidente di

una sovrabbondanza e genericità delle medesime, giustificata solo dall'esercizio di un potere di rinuncia successiva, temperato dal disposto dell'art. 495, 4° co. *bis*. Può accadere, infatti, che l'originaria lista testi del P.M. che include, ad esempio, tutti i verbalizzanti, poi venga ridotta dallo stesso P.M. il quale, dopo averne sentito uno, rinuncia a tutti gli altri, scontrandosi con il potere spesso solo defatigatorio delle altre parti che possono opporsi alla rinuncia, molte volte innescando il meccanismo di revoca dell'ordinanza ammissiva da parte del giudice. Per la *par condicio* devo dire che lo stesso accade per le liste del difensore, spesso sovrabbondanti per l'inserimento di più testi sul medesimo tema di prova e verificate dal giudice solo successivamente e mai preventivamente.

Ciò accade anche per la costante violazione dell'art. 468, 1° co., c.p.p., che prescrive che nelle liste siano indicate le circostanze su cui deve vertere l'esame. La mancanza di tale requisito dovrebbe rendere inammissibile la richiesta, ma la giurisprudenza ha "interpretato" la regola in modo da alleggerire l'onere per pubblici ministeri e difensori frettolosi: si considera sufficiente il semplice riferimento al capo di imputazione o ai fatti denunciati, senza alcuna specificazione. Al contrario dovrebbe essere inammissibile una richiesta di prova talmente generica da non far conoscere i punti della testimonianza.

Senza dire che la genericità dell'enunciazione della prova ammessa produce effetti anche sul diritto alla controprova previsto dall'art. 468, 4° co., le cui larghe maglie tendono a colmare lacune che avrebbero prodotto la decadenza dalla prova. In proposito, infatti, si potrebbe affermare che una volta introdotto un tema di prova dovrebbe essere doveroso ammettere tutti i mezzi utili a verificarlo e ovviamente la genericità del tema apre un ventaglio altrettanto generico e indefinito di diritti alla controprova, sebbene la giurisprudenza affermi che anche l'ammissione della prova contraria è soggetta al giudizio di non manifesta irrilevanza (v. ricorso per cassazione *ex art. 606, 1° co., lett. d*).

Esistono nella pratica quotidiana anche fre-

quenti casi di ricorso all'accordo sull'utilizzabilità degli atti di indagine, previsto dall'art. 493, 3° co., c.p.p., secondo cui le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione delle investigazioni difensive. La norma ha trovato una sua maggiore valorizzazione anche alla luce del riconoscimento costituzionale della deroga al principio del contraddittorio per consenso dell'imputato (art. 111, 5° co., Cost.).

Per tale via, però, molte volte nella prassi si perviene ad un accertamento convenzionale dei fatti che determina una sorta di disponibilità dell'oggetto stesso del processo e la creazione di una vera e propria "prova negoziata" che porta anche a rinunciare all'esame del testimone in contraddittorio. Anche in questo caso rilevo solo interventi marginali del giudice del dibattimento, il quale conserva sempre ampi poteri di controllo, di approfondimento e di valutazione, quasi mai esercitati davanti al "via libera" dato dalle parti all'acquisizione di atti delle indagini preliminari, ritenuti sempre degni di una strana "fe-de privilegiata" per investitura divina. In proposito si deve ricordare, però, che l'acquisizione al fascicolo non determina l'automatica valutazione della prova che dovrà passare attraverso il vaglio della lettura o della indicazione *ex* art. 511, senza tacere del potere di integrazione probatoria previsto dall'art. 507, 1° co. *bis*, c.p.p. relativo agli atti acquisiti al fascicolo del dibattimento.

Possiamo individuare, quindi, un momento di "sofferenza" del procedimento di formazione della prova in contraddittorio, caratterizzato dalle distorsioni della prassi, che provoca inevitabilmente un rallentamento del processo ed una perdita di qualità del medesimo.

Non a caso il titolo che le Camere Penali Italiane hanno dato al congresso ordinario del 2008 è: «La ragionevole qualità del processo – un cantiere per la riforma della giustizia nel segno dell'attuazione della Costituzione». Si vuole rappresentare, infatti, una ben precisa esigenza di qualità in aperto conflitto con ogni sciatteria processuale.

3. Per affrontare anche i problemi appena sollevati, il progetto Dalia prevede un momento nuovo del processo che mi sembra di grandissimo interesse: l'udienza preliminare all'istruzione dibattimentale, prevista dagli artt. 513 e segg., destinata proprio a "velocizzare" i processi senza perdere la qualità dell'acquisizione probatoria.

Apro una breve parentesi perché non voglio tacere di una norma esistente nel progetto Dalia, l'art. 509, 3° co., che impone al Presidente, trenta giorni prima dell'udienza preliminare al dibattimento di «verificare la regolarità delle notificazioni, disponendone, se necessario, la rinnovazione in tempo utile». Si coglie in questa disposizione, come in quelle immediatamente successive, un anelito di efficienza che rende più credibile ed efficace il processo (vedremo, parlando della citazione dei testi, come sia quanto mai opportuno parlare di credibilità del processo). In questa udienza che si tiene in camera di consiglio e che si inserisce all'interno degli atti preliminari al dibattimento, il giudice ha il compito di selezionare tutto il materiale probatorio che interessa il dibattimento. In questa udienza si deve procedere al controllo della regolare costituzione delle parti ed alla decisione su eventuali questioni preliminari, esclusa la formazione del fascicolo del dibattimento, che non si è ancora effettuata. Nell'udienza in questione le parti sono invitate a «specificare i fatti che intendono provare in giudizio e a chiedere l'ammissione dei mezzi di prova, illustrando le circostanze su cui deve vertere l'esame» (art. 517, 1° co.). Le parti sono chiamate ad illustrare tutti i mezzi di prova che intendono utilizzare, non solo le prove dichiarative, in quanto l'art. 204 del progetto Dalia prevede espressamente che «Le parti chiedono l'ammissione dei mezzi di prova, indicando a pena di inammissibilità, in modo specifico e distinto per ciascun mezzo di prova, le circostanze che intendono provare». Tale rigorosa indicazione consente di escludere la possibilità di una introduzione senza limiti di documenti nel corso del procedimento, così come accade attualmente secondo una lettura dell'art. 493 c.p.p. che

non porrebbe alcuna preclusione ad una esibizione di documenti successiva alla fase di ammissione delle prove.

Nell'udienza che si svolge in contraddittorio si deve esaurire tutto il "progetto della prova", comprese le prove contrarie o quelle acquisite sull'accordo delle parti, sebbene non formatesi nel contraddittorio. Il giudice, dopo avere ascoltato le parti, si pronuncia con ordinanza sull'ammissione delle prove. Questa fase consente di definire i temi di prova del processo, impone alle parti la specificazione dei temi dell'esame testimoniale, che non potranno più essere indicati in modo generico, concentra la fase della valutazione dell'ammissione delle prove e preclude accordi successivi sulla prova, che resta governata da un giudice credibile e presente, che deve valutare ammissibilità, rilevanza e non superfluità delle prove richieste, senza quel "pudore" agnostico di cui ho parlato prima.

La fase si conclude con una norma che disciplina il futuro impegno processuale in quanto il giudice fissa la data per lo svolgimento dell'udienza istruttoria e, qualora siano necessarie più udienze, «forma il calendario sulla base delle indicazioni fornite dalle parti circa l'ordine di assunzione dei rispettivi mezzi di prova» (art. 519).

I testimoni vengono citati per l'udienza di trattazione alla quale sono assegnati, con un consistente recupero di credibilità del processo, come dicevamo, in quanto il testimone non viene più esposto al rischio di odiose convocazioni a vuoto. Quando viene citato il teste, è sicuro che il processo sarà trattato e che non sussistono impedimenti dovuti a nullità delle notificazioni o ad altri adempimenti. «Il testimone deve essere chiamato per essere sentito, non per fare tappezzeria in aula» diceva il prof. Dalia sempre nel suo intervento a Catania.

Una esigenza di organizzazione del dibattimento e della fase istruttoria è fortemente avvertita da chi quotidianamente si scontra con la macchina del processo e con macroscopiche e fastidiose inefficienze, tanto che in molti Fori sono stati stipulati degli accordi

tra magistrati e avvocati denominati «Protocolli per l'udienza penale». Il Consiglio delle Camere Penali è osservatorio privilegiato perché ha recentemente raccolto quelli vigenti attualmente sul territorio nazionale.

Taccio delle disposizioni che richiamano all'educazione e al *bon ton* istituzionale, per segnalare subito che la stragrande maggioranza dei "protocolli" prevede che la prima udienza dibattimentale sia una "udienza filtro" in cui non vengono citati i testimoni e che deve essere utilizzata solo per la verifica della corretta instaurazione del rapporto processuale e per le eventuali eccezioni preliminari, in modo da rinviare ad altra udienza l'istruzione vera e propria.

A titolo esemplificativo voglio citare l'art. 6 del protocollo vigente a Modena: «L'udienza di prima comparizione, sia nel rito monocratico sia nel rito collegiale, con eccezione dei giudizi con imputato detenuto (anche agli arresti domiciliari) ... è dedicata alla sola verifica della regolare costituzione delle parti, alla discussione delle questioni preliminari, alle formalità di apertura del dibattimento, all'ammissione delle prove, alla definizione dei giudizi per ragioni processuali, di prescrizione o per applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., nonché alla definizione dei giudizi di rito abbreviato non condizionato all'assunzione di prova. In tale udienza, di regola, non si assumono prove, né si dà corso all'esame di imputati, periti o consulenti tecnici e il giudice non ne autorizza la citazione. Il giudice, ove in prima comparizione abbia comunque la presenza di testimoni, periti e consulenti tecnici, sull'accordo delle parti pubbliche e private, potrà procedere all'istruttoria: questa di regola si svolgerà dopo la trattazione di tutti gli altri giudizi».

Il protocollo modenese prevede addirittura che il P.M. e il G.U.P. inseriscano in calce ai decreti di citazione a giudizio l'avviso per la persona offesa che alla prima udienza ha facoltà di comparire solo per la costituzione di parte civile, mentre avrà l'obbligo di comparire per la successiva udienza nella quale sarà citata per essere escussa.

Tutti i protocolli, infine, contengono regole per evitare perdite di tempo e quindi la fissazione dei processi per fasce orarie e accorgimenti simili per evitare le lunghe attese in aula.

Si tenta, in definitiva, di coniugare la qualità con la celerità del processo, e sarebbe veramente auspicabile che le norme per raggiungere tali elementari obiettivi trovino collocazione nel codice di rito, piuttosto che negli accordi collaterali fondato sul buon senso e il reciproco rispetto.

Si avverte, infatti, grandissima la frustrazione di veder nascere e formarsi la prova dinanzi a un giudice del dibattimento che “vede” e “sente” a compartimenti stagni in quanto, con la sola eccezione di quei processi importanti o particolari, che seguono canali privilegiati, il tempo per l’assunzione della prova è spesso dilatato a dismisura – in barba alla concentrazione e all’immediatezza – al punto che il momento dell’acquisizione della prova al fascicolo del dibattimento e quello della valutazione sono così lontani nel tempo che il processo penale può dirsi trasformato in un processo “da leggere”, in cui nel momento della valutazione non si può certo pretendere che il giudice ricordi le sfumature della voce, l’ansia o la spavalderia di un testimone, atteggiamenti che, magari, nel momento dell’assunzione della prova, hanno potuto incidere sul convincimento del giudice che “vede” la prova mentre si forma dinanzi a sé.

Che dire, in proposito, della orrenda abitudine di ricorrere più volte nello stesso processo alla rinnovazione dell’istruzione dibattimentale (spesso in modo assolutamente fittizio) per il mutamento del giudice o della composizione dei collegi giudicanti. Talvolta – fa parte della mia esperienza personale che condivico con il Presidente Di Marco – per la cronica carenza di organico, si è giunti anche a dire che il Tribunale può garantire solo la costante presenza di due giudici e che, pertanto, la celebrazione del processo è affidata alla presenza evanescente di un terzo componente di comodo, confidando nella pedissequa rinnovazione dell’istruzione quasi ad ogni udienza di trattazione. Questo

anomalo “bibunale”, vi assicuro, può essere inteso anche come un meccanismo virtuoso per portare avanti i processi in presenza di uno stato di necessità.

Non pensate che siano parole avventate, perché anche la bozza Riccio ha previsto un “bibunale”.

Le Direttive 79.1 e 79.2 affrontano il problema del mutamento del giudice nel corso del dibattimento.

Si afferma nella Relazione che in questo caso (fol. 106): «Il rispetto del principio di immediatezza imporrebbe in ogni caso la riassunzione delle prove orali già acquisite, quando l’esame possa aver luogo e sia stato richiesto anche da una sola delle parti».

Le Direttive, però, si muovono su tutt’altra linea, sul presupposto che «...l’obbligo di ripetere l’esame a semplice richiesta si presta ad essere utilizzato a fini dilatori, quando riguardi gli stessi fatti oggetto delle precedenti dichiarazioni e il risultato non sia controverso».

Da qui la bozza Riccio propone, innanzitutto, la «applicazione all’ufficio di provenienza, secondo le norme di ordinamento giudiziario, del giudice del dibattimento trasferito ad altra sede o assegnato ad altra funzione, fino alla conclusione dei giudizi in cui abbia avuto inizio l’istruzione dibattimentale (79.1)» (previsione di assai problematica attuazione pratica, che incide sull’ordinamento giudiziario); poi, per quanto riguarda l’«utilizzabilità delle dichiarazioni rese precedentemente in dibattimento in caso di mutamento del giudice o della composizione del collegio: prevedere che, in caso di mutamento di un solo componente del collegio giudicante, l’esame della persona che abbia reso dichiarazioni davanti al collegio precedente in contraddittorio con la parte interessata sia disposto solo se la parte ne fa richiesta e l’esame riguardi fatti o circostanze diversi; potere del giudice di disporre anche d’ufficio l’esame qualora risulti necessario sulla base di specifiche esigenze; prevedere che, negli altri casi, l’esame sia disposto su motivata richiesta di parte (79.2)».

In questo caso, dunque, la prova assunta dal

giudice che non provvede alla decisione rimane utilizzabile, con rarissime eccezioni in ordine alla sua ripetibilità. È palese la violazione del principio di immutabilità del giudice – da sempre principio cardine nel nostro ordinamento – oggi previsto, com'è noto, dall'art. 525, 2° co., del codice di rito, a pena di nullità assoluta (sul punto, risolutivo l'arresto giurisprudenziale di S.U., 15.1.1999, Iannasso ed altri) nella palese certezza che il principio dell'immutabilità del giudice dibattimentale è preordinato a non disperdere il patrimonio di impressioni e di sensazioni riportate dall'organo giurisdizionale nel corso della istruzione.

4. Il progetto Dalia contiene ancora una serie di innovazioni che meritano di essere tenute in considerazione, nella prospettiva di una riforma che utilizzi i lavori delle commissioni parlamentari delle precedenti legislature.

Con la premessa dell'art. 204 sul diritto alla prova, l'art. 205 del progetto Dalia riguarda le «modalità di assunzione dei mezzi di prova» con la precisazione che «i mezzi di prova si assumono nel dibattimento», espressione architrave del sistema che riserva all'incidente probatorio solo le eccezioni ad una regola generale. Il sistema ribadisce che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento» (art. 573, 1° co., che ripete il 526, 1° co., del codice vigente) norma che si accompagna sempre al sacrosanto principio della immutabilità del giudice.

Il Progetto Riccio è del tutto silente relativamente alle norme del dibattimento, inserendosi nel solco di una tendenza ad accentuare una certa residualità del dibattimento.

Infatti, dopo l'introduzione della c.d. «udienza di conclusione delle indagini» ipotizzata nella bozza Riccio, che spazio resterà al dibattimento stante – parole del mio amico Frigo – «la presenza santificante e i corrispettivi esorcismi del Giudice della conclusione dell'indagine?»

Al contrario, nel corpo delle norme sull'assunzione delle prove nel dibattimento, il progetto Dalia appare quasi un “completamen-

to” del codice del 1988 che, in taluni punti, prontamente focalizzati nell'applicazione pratica del sistema, appare mancante di una disciplina completa.

Così il progetto Dalia, introducendo norme da non perdere, ha voluto precisare i ruoli delle parti e l'ordine nell'acquisizione delle prove, estendendo a tutte le prove l'ordine di acquisizione che oggi troviamo solo nell'art. 497 per i testimoni.

Di rilievo è sicuramente la norma che disciplina la rinuncia all'acquisizione della prova da parte di chi ne ha chiesto l'ammissione, conservando il diritto delle altre parti all'opposizione, ma prevedendo che il mezzo di prova resti acquisibile come se fosse stato ammesso a richiesta della parte opponente, la quale diventa “titolare” della prova con ogni evidente conseguenza. Accadrebbe, quindi, per fare un esempio, che nel caso di acquisizione di una prova orale rappresentativa, l'opponente dovrebbe procedere all'esame diretto, restando riservato al rinunciante la facoltà di controesame il testimone. Nel progetto Dalia si trova anche la disciplina del caso in cui un medesimo mezzo di prova sia ammesso a richiesta di più parti. Nella prassi attuale, si risolve il problema concentrando l'escussione in un solo contesto, con evidente pregiudizio sia delle regole dell'esame e controesame, sia del rispetto delle sequenze argomentative di una delle parti che forzatamente è costretta ad inserirsi nel percorso logico dell'altra. Il progetto prevede, infatti, che «ciascuna parte ha diritto di acquisirlo nell'ambito dei mezzi di prova ammessi a sua richiesta».

Nel progetto Riccio, in proposito, si rileva la sola delega per l'individuazione dei criteri per determinare, in questo caso, la parte che deve condurre l'esame diretto (74.2).

5. Ultime considerazioni, ma non per questo meno importanti, in ordine alle modalità di acquisizione delle prove orali rappresentative.

Il progetto Dalia riserva alla materia un numero cospicuo di articoli, dal 537 al 550, segno inequivoco dell'impegno profuso dai redattori.

Da segnalare subito che l'importanza delle modalità acquisitive è stata presidiata con la sanzione dell'inutilizzabilità nel caso di inosservanza delle relative norme (art. 537, 1° co.).

Singolare, tuttavia efficace, la norma che tende ad evitare fisici contorcimenti del testimone prevedendo che «nell'aula di udienza la persona da interrogare prende posto in modo che il suo viso possa essere visto dal giudice e da tutte le parti. Essa è posta di fronte a chi la interroga e gli risponde direttamente rivolgendosi a lui» (art. 537, 2° co., del Progetto).

Apprezzabile è la norma secondo cui l'esame diretto deve essere esaustivo per chi ha introdotto la prova: «una volta concluso ... non sono ammesse altre domande dalla stessa parte (art. 534, 4° co.)». Si vuole impedire, in pratica, che la parte che deve condurre l'esame tenga riservate alcune domande, lasci svolgere dalla controparte il controesame e poi le ponga approfittando del riesame; furbie da dibattito note ai praticanti del sistema. Opportuna, quindi, la norma che è solo in parte temperata dalla previsione «salvo quanto previsto in tema di riesame», perché l'area di questo è ben definita nell'art. 541 del Progetto, che limita il riesame alle sole circostanze su cui è stato svolto il controesame, così come assai limitata è la possibilità di fare ulteriori domande, se innescate da "novità" introdotte con le eventuali domande del giudice.

Altra norma da salvare è quella dell'art. 537, 6° co., – quasi una disposizione "di chiusura" volta ad impedire "tranelli" capaci di inficiare la genuinità delle risposte – secondo cui «la domanda dichiarata inammissibile per inosservanza di uno dei divieti indicati al 5° co., fatta eccezione per la domanda generica, non può essere riproposta sotto alcuna altra forma».

Nell'articolato progetto Dalia si prevedono novità anche per il controesame *sui fatti* (art. 540, 2° co.), il quale deve svolgersi «nell'ambito delle circostanze indicate come oggetto dell'esame a norma dell'art. 539, 2° co.». Chi interviene in controesame non

può utilizzare il mezzo di prova altrui a fini dimostrativi di propri temi di prova in quanto avrebbe dovuto dedurlo autonomamente come mezzo proprio nelle forme e nei tempi previsti. Il controesame deve essere solo strumento di verifica/falsificazione dei risultati dell'esame, anche con riguardo ai fatti.

Mi trovo molto perplesso, se non critico, rispetto al nuovo regime delle contestazioni prospettato dal progetto Dalia, laddove si ammette solo in sede di controesame l'uso contestativo di una precedente dichiarazione difforme della stessa fonte, a meri fini di valutazione della credibilità (art. 540, 5° co.). La disciplina attuale dell'art. 500 consente anche nell'esame l'uso contestativo di precedenti dichiarazioni rese dalla persona esaminata e contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

I redattori del progetto Dalia hanno rilevato anomalo che chi introduce una prova abbia bisogno di fare delle contestazioni sulla base di precedenti dichiarazioni, in quanto il clima dell'esame dovrebbe essere un clima conciliativo-collaborativo tra interrogante e interrogato che, proprio per questo, esclude l'ammissibilità della domanda suggestiva. E quale sarebbe la domanda più suggestiva di tutte? Proprio quella contestativa, che pone l'interrogato di fronte alla pesante censura di contraddizione.

Quindi il progetto riserva al solo controesame l'uso a fini contestativi di una precedente dichiarazione difforme. Le contestazioni di precedenti dichiarazioni difformi sono ammesse solo quando il testimone si rivela ostile alla parte che lo ha introdotto. Il Progetto ha previsto una simile eccezione, disponendo all'art. 543, 1° co., che «se nel corso dell'esame diretto il testimone si rivela ostile alla parte che ne ha chiesto l'ammissione, questa può chiedere al giudice di essere autorizzata a proseguire l'esame secondo le modalità del controesame, anche utilizzando per le contestazioni, a norma dell'art. 540, 5° co., precedenti dichiarazioni difformi rese dallo stesso. Si considera ostile il testimone che rende una deposizione palesemente, univocamente e

inaspettatamente contraria agli assunti e agli interessi della parte che ne ha chiesto l'ammissione e che con condotte o espressioni univoche manifesta verso la medesima sentimenti di avversione».

Se il principio può in astratto essere condiviso, appare opinabile il metodo prospettato per realizzarlo. Si prevede, infatti, (art. 543) una specie di incidente in camera di consiglio in cui le parti possono argomentare davanti al giudice sugli elementi da cui si può dedurre l'ostilità del testimone. Il giudice «decide immediatamente e senza formalità, facendo solo dare atto che il teste si è o non si è rivelato ostile».

La preoccupazione sta proprio in questa sorta di "incidente", che appesantisce il processo, spezza il ritmo dell'interrogatorio e apre

un contraddittorio sul concetto di "ostilità" che comporta una valutazione anticipata da parte del Giudice relativamente alla prova testimoniale acquisita sino a quel momento, quasi una manifestazione anticipata di giudizio, sebbene non sia necessaria alcuna motivazione in ordine alla declaratoria di ostilità del teste che apre le porte della contestazione.

Quelli prospettati sono solo alcuni dei temi da affrontare per disciplinare quel momento centrale del processo che deve restare sempre il dibattimento, superando una distorsiva "visione burocratica" del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Libertà, Legalità e Giustizia possono trovare una casa comune solo in un processo di qualità e senza compromessi.

**Note critiche, a prima lettura, in tema  
di giudizio immediato “custodiale” (art. 453, 1° co. *bis*, c.p.p.)  
di Renzo Orlandi**

1. Un nuovo caso di giudizio immediato è venuto ad esistenza per effetto del d.l. n. 92/2008. Esso va instaurato quando la persona sottoposta alle indagini «si trova in stato di custodia cautelare» (*id est*, custodia in carcere, ricovero in casa di cura o arresti domiciliari) e a condizione che la scelta del rito speciale non «pregiudichi gravemente le indagini» (art. 453, 1° co. *bis*, c.p.p., novellato da art. 2, 1° co., lett g, d.l. n. 92/2008).

La novità ha la sua fonte ispiratrice nella bozza di disegno di legge delega che la Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. Giuseppe Riccio ha presentato nel febbraio 2008. Nella direttiva 82.1. si prevede il «potere-dovere del pubblico ministero, salva l'ipotesi di assoluta necessità di prosecuzione delle indagini, di esercitare l'azione penale mediante atto di citazione diretta a giudizio in relazione alle ipotesi di reato contestate con l'ordinanza applicativa di misura coercitiva». L'uso dell'espressione «citazione diretta» si spiega col fatto che, nel disegno della bozza Riccio, l'odierno giudizio immediato è sostituito da una modalità di azione penale esercitata, per l'appunto, direttamente davanti al giudice del dibattimento (anziché davanti al giudice per l'indagine preliminare). Altri dettagli contribuiscono a differenziare il nuovo giudizio immediato previsto dall'art. 453, 1° co. *bis*, rispetto alla citazione diretta delineata nella citata direttiva 82.1 (ad esempio, in tema di termine entro il quale esercitare l'azione penale: centottanta giorni decorrenti dall'esecuzione della misura cautelare nell'art. 453, 1° co. *bis*, c.p.p.; novanta giorni decorrenti dalla registrazione della

notizia di reato secondo la direttiva 82.1; altro tratto distintivo è riscontrabile nel tipo di provvedimento cautelare dalla cui emissione scaturisce il dovere per il pubblico ministero di percorrere la via del giudizio immediato o, rispettivamente, della citazione diretta: provvedimento applicativo di misure custodiali, nell'art. 453, 1° co. *bis*; provvedimento applicativo di misure coercitive, nella direttiva 82.1).

Differenze da poco, come si vede, non tali, comunque, da lasciar dubbi circa la strettissima affinità fra il modello delineato nelle direttive 82.1. – 82.7. della bozza Riccio e la sua realizzazione con l'art. 453, co. 1° *bis* e 1° *ter*, c.p.p., nonché art. 455, 1° co. *bis*, c.p.p. Pertanto, i rilievi critici che intendo qui svolgere con riguardo a questa nuova figura di giudizio immediato varranno – con le dovute distinzioni – anche per il disegno di «citazione diretta coercitiva» vagheggiato dalla Commissione Riccio.

Prima delle critiche, due parole vanno spese per descrivere il funzionamento di questo inedito rito speciale.

Il giudizio immediato “custodiale” va richiesto dopo che la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza posti a fondamento della misura cautelare ha acquisito una certa stabilità: precisamente, quando il tribunale del riesame ha confermato la misura oppure dopo che è inutilmente decorso il termine per impugnare il provvedimento che la dispone (art. 453, 1° co. *ter*). Se, poi, i gravi indizi di colpevolezza vengono meno prima che il giudice per le indagini preliminari decida sulla richiesta di giudizio immediato, il provvedimento cautelare va revocato (art. 299 c.p.p.) o annullato (art. 311 c.p.p.) e la richiesta di rito spe-

ziale rigettata (art. 455, 1° co. *bis*). Il rigetto si impone, inoltre, ogniqualvolta il giudice ritenga l'instaurazione del giudizio pregiudizievole per l'indagine, in ragione, ad esempio, della sua incompletezza (ai fini del rinvio a giudizio).

Il termine per la richiesta è fissato in centotanta giorni, che, però, decorrono dalla data di esecuzione della misura custodiale (art. 453, 1° co. *bis*), non dalla registrazione della notizia di reato. Ciò significa che questo particolare tipo di giudizio immediato può essere chiesto anche al termine di un'indagine protrattasi a lungo e, magari, giunta all'estremo limite della sua legittima durata. L'enfasi è posta sulla consistenza degli indizi e sullo *status* di cattività. Non sulla brevità dell'indagine e sul contestuale emergere di evidenze probatorie. Tutto dipende dal momento in cui la custodia cautelare viene eseguita. La mancata esecuzione della misura custodiale rende impraticabile questo specialissimo rito, sicché il latitante, pur gravato di indizi pesanti, viene "gratificato" di un'udienza preliminare che non gli spetterebbe se si costituisse. Nel che si coglie un primo paradosso di questa singolare disciplina.

L'intento è di incoraggiare il ricorso al giudizio immediato, col rendere pressoché automatica e doverosa la scelta del pubblico ministero. Il proposito legislativo parrebbe essere coerentemente tradotto in parole. Lo *status* di persona soggetta a custodia cautelare è un dato oggettivo, che non lascia spazio ad apprezzamenti discrezionali. L'unica apertura discrezionale è data dalla clausola «salvo che la richiesta pregiudichi gravemente le indagini», qui configurata quale condizione ostativa all'instaurazione del rito. Su questa tornerò fra breve, ma dico subito che si tratta di apertura che rischia di vanificare l'apparente imperatività dell'art. 453, 1° co. *bis*, attribuendo di fatto al pubblico ministero il potere di scegliere non già discrezionalmente, bensì arbitrariamente il giudizio immediato di tipo "custodiale".

La novità, indubbiamente, farà lievitare in misura significativa i giudizi immediati. Ma essa è tale da sollevare altresì svariati dubbi

sia sotto il profilo (essenzialmente politico) della sua opportunità, sia sotto quello (giuridico) della sua legittimità costituzionale.

Sotto il primo profilo, appare discutibile la scelta di assumere a presupposto del giudizio immediato lo *status* di persona "custodita". Discutibile, perché l'effetto che la novella concretamente realizza è quello di privare tali soggetti dell'avviso di chiusura delle indagini (art. 415 *bis* c.p.p.) oltre che delle *chances* difensive esercitabili nell'udienza preliminare. Non certo quello, in sé lodevole, di accelerare i tempi del giudizio per chi si trova in stato di cattività, giacché una asserita norma di favore con costi tanto rilevanti per i diritti della difesa non andrebbe imposta d'autorità, bensì condizionata al consenso della persona destinata a subire il sacrificio di quei diritti. Discutibile, inoltre, perché è molto rischioso formalizzare in norme cogenti rapporti di interdipendenza fra procedimento cautelare e procedimento principale. È ben vero che i gravi indizi di colpevolezza rilevanti a fini cautelari parrebbero risolversi in una situazione, per così dire codificata, di "evidenza probatoria": ciò che lascia intravedere una affinità di fondo con il giudizio immediato previsto dall'art. 453, 1° co., c.p.p. È altrettanto vero, tuttavia, che l'incidente cautelare ha uno svolgimento autonomo rispetto a quello principale, sicché il far dipendere le sorti del secondo dall'andamento del primo riserva inevitabili imprevisti, complica lo svolgimento procedurale ed espone gli indagati o imputati a censurabili sperequazioni. Già la l. n. 46/2006, novellando l'art. 405, 1° co. *bis*, c.p.p., ha operato un censurabile intreccio fra i due tipi di procedimento, con l'obbligare il pubblico ministero a chiedere l'archiviazione, quando dovessero risultare insussistenti i gravi indizi di colpevolezza inizialmente posti a fondamento di una misura cautelare personale. Si tratta, tuttavia, di un obbligo senza costi per la difesa. Qui, per contro e simmetricamente, il pubblico ministero è tenuto a chiedere il giudizio immediato, quando i gravi indizi di colpevolezza posti a fondamento di una misura custodiale

in corso d'esecuzione risultassero sussistenti. Ne segue che importanti espressioni del diritto di difesa nella fase preliminare del processo, dipendono dall'andamento e dai tempi della vicenda cautelare.

Aleggiano su questa scelta legislativa seri dubbi di legittimità costituzionale. Posto che il giudizio immediato penalizza la difesa, una sua instaurazione fuori dei casi consentiti si risolve nella violazione dell'art. 24, 2° co., Cost. L'imputato è qui esposto a irragionevoli sperequazioni e disparità di trattamento, affatto indipendenti dal suo contegno processuale.

La legge si preoccupa soltanto di tutelare la posizione di colui che, sottoposto a misura custodiale, riacquista la libertà a seguito di revoca o annullamento dell'ordinanza cautelare, per il sopravvenire di elementi tali da far apparire insussistenti «i gravi indizi di colpevolezza». Oltretutto, lo fa solo in parte, perché si limita a stabilire che, in tali casi, il giudice rigetta la richiesta di giudizio immediato (art. 455, 1° co. *bis*, c.p.p.). Ciò significa che la scelta del rito speciale non può essere revocata, quando l'insussistenza di quei gravi indizi affiora dopo l'accoglimento della richiesta stessa. Come si vede, qui l'udienza preliminare viene negata o garantita in base ad un evento del tutto casuale: l'eclissarsi, in un momento piuttosto che in un altro, dei gravi indizi di colpevolezza. Si consideri, inoltre, la situazione assurda che si produrrebbe, qualora la Corte di cassazione annullasse per «insussistenza di gravi indizi» il provvedimento custodiale all'origine di una doverosa scelta di giudizio immediato. È la situazione che – come si sa – il citato art. 405, 1° co. *bis*, assume a premessa di una altrettanto doverosa richiesta di archiviazione. Richiesta che, una volta instaurato il giudizio immediato, non potrebbe certo essere avanzata dal pubblico ministero. Dipende dalla solerzia del pubblico ministero nel richiedere il giudizio immediato (entro sei mesi dall'esecuzione della misura!) e dai tempi di decisione della Cassazione, se quell'ipotizzato procedimento culminerà

in una doverosa richiesta di archiviazione o nel suo contrario, vale a dire nel sacrificio dell'udienza preliminare con doverosa anticipazione del dibattimento. Poco o nulla gioverà la clausola apposta all'art. 453, 1° co. *bis*: «salvo che la richiesta pregiudichi gravemente le indagini». Essa è certo volta ad attenuare l'obbligo del pubblico ministero di scegliere il giudizio immediato custodiale, al fine di assicurare la necessaria completezza dell'indagine. Senonché, un'indagine già approdata ai «gravi indizi di colpevolezza» è, per definizione, completa. In cosa, dunque, potrebbe essere pregiudicata? È un mistero. L'impressione è che, con quella clausola, si sia attribuita, di fatto, al pubblico ministero una discrezionalità ampia e incontrollata sulla scelta del giudizio immediato custodiale. Del resto, tale scelta non va motivata, né va giustificata la scelta di percorrere la via ordinaria per l'asserito pregiudizio all'indagine che il rito speciale finirebbe col procurare. La discrezionalità incontrollata sfocia nell'arbitrio. Ciò che rende ancora più incerto per gli imputati l'esercizio delle garanzie difensive insite nell'avviso di chiusura delle indagini e nell'udienza preliminare.

Il problema, poi, non riguarda solo l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Se il giudizio immediato (col sacrificio difensivo in esso implicito) si giustifica in presenza di una misura custodiale erroneamente disposta, la sua instaurazione risulta non solo irrituale ma altresì lesiva di un diritto fondamentale. Si prenda, ad esempio, il caso in cui il tribunale del riesame annulla la custodia cautelare in carcere o la sostituisce con una misura non custodiale, per essere insussistenti o sussistenti in grado minimo le esigenze cautelari. La custodia non doveva essere disposta. Eppure il giudizio immediato non potrà essere impedito a norma dell'art. 453, 1° co. *bis*, c.p.p. (salvo che il pubblico ministero reputi la scelta gravemente pregiudizievole per le indagini). Un errore del magistrato ha privato l'imputato dell'avviso di chiusura dell'indagine oltre che dell'udienza preliminare. È tollerabile alla luce degli artt.

3 e 24, 2° co., Cost. una simile alea sul diritto di difesa?

Analogo rilievo vale in presenza di *errores in iudicando*, quando la misura custodiale fosse disposta per un titolo di reato rivelatosi sbagliato davanti al tribunale del riesame o considerato tale dalla Corte di cassazione. Anche

qui, la misura non doveva essere disposta, ma ciò non impedisce che quel primo errore ne produca un secondo: oltre al danno di una custodia cautelare illegittima, l'imputato subisce la beffa di un processo senza avviso di chiusura delle indagini e privo di udienza preliminare.

## DECISIONI IN PRIMO PIANO

### Perquisizione, sequestro e prelievo di materiale biologico

La Corte di Cassazione amplia la nozione di perquisizione che viene delineata come strumento finalizzato anche all'acquisizione di materiale biologico. Secondo la Suprema Corte, infatti, «*successivamente alla sentenza del 1996 n. 238 con cui la Corte costituzionale ha vietato i prelievi coattivi a fini peritali dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, 2° co., c.p.p., fino al sopravvenire di una normativa che colmi la lacuna legislativa, è inibita l'interferenza nella sfera fisica dell'individuo per eseguire prelievi al fine di espletare accertamenti peritali. È legittima, invece, la raccolta di qualsiasi altro elemento probatorio che sia effettuata nell'osservanza delle*

*norme processuali vigenti in tema di limitazione della libertà individuale, sia personale, sia domiciliare, purché venga posta in essere tramite il corretto uso del potere-dovere di perquisizione e sequestro, anche se sia finalizzata alla raccolta delle c.d. tracce biologiche» (C., Sez. II, 10.10.2007, A.M.).*

Le brevi osservazioni di seguito riportate evidenziano la necessità di norme specifiche, disciplinanti la misura e la modalità della restrizione dei diritti fondamentali della persona, idonee a consentire lo sviluppo di investigazioni con il minimo sacrificio del soggetto passivo delle stesse.

#### *Osservazioni*

di Paola Felicioni

1. La sentenza della Suprema Corte in commento è espressione di un orientamento giurisprudenziale, volto ad evitare la dispersione di elementi di prova e, più precisamente, a consentire l'espletamento della prova del DNA. In particolare si tratta di superare il diniego dell'interessato a fornire un proprio campione biologico mediante mezzi di ricerca della prova che si possono svolgere coattivamente. In questa prospettiva la Corte di cassazione ha ritenuto legittimo il provvedimento di perquisizione e sequestro, contenente la puntuale indicazione del reato per il quale si procede e degli oggetti individuati, emesso dal pubblico ministero allo scopo di espletare la comparazione tra le tracce relative al profilo genetico raccolte in sede di perquisizio-

ne, con quelle ematiche rinvenute sul luogo del delitto.

Il caso concreto sottoposto al vaglio del Collegio riguarda una persona indagata per il delitto di danneggiamento dalla procura della Repubblica presso il tribunale dei minorenni di Palermo. Nel corso delle indagini il pubblico ministero aveva disposto un provvedimento di perquisizione domiciliare e sequestro di cose pertinenti al reato e di «beni su cui è possibile effettuare la ricerca del profilo genetico». Le operazioni venivano espletate: oltre al sequestro di oggetti personali dell'inquisito, in occasione della perquisizione e in assenza di consenso da parte dell'interessato, la polizia giudiziaria aveva effettuato un prelievo di saliva mediante tampone buccale. Successivamente al rigetto di un primo ricorso al tribunale, il col-

legio difensivo dell'indagato ha presentato ricorso in Cassazione.

Le doglianze del ricorrente attengono all'insussistenza degli indizi di colpevolezza nonché alla motivazione, ritenuta carente e illogica, del provvedimento del pubblico ministero. In particolare viene rilevata la carenza in concreto dei presupposti della perquisizione e del sequestro, data la mancanza del consenso dell'indagato al prelievo. Inoltre, il decreto dell'organo dell'accusa sarebbe motivato in base a mere congetture e non concernerebbe cose pertinenti al reato: tale nozione, si afferma, non comprende le tracce biologiche. Lo stesso richiamo contenuto nel provvedimento in questione, alle "tracce biologiche", si riferirebbe soltanto a quelle reperite sul luogo del delitto e non al profilo genetico dell'indagato.

La Corte ha rigettato il ricorso e ha sviluppato le proprie argomentazioni prendendo avvio dal principio affermato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 238/1996: la perizia coattiva ed ogni accertamento o misura che comportino una coazione sulla persona (imputato o terzi) sono illegittimi al di fuori dei casi e modi stabiliti dalla legge. Tale pronuncia della Consulta [in argomento, volendo, FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *CP*, 1997, 315 ss.] rappresenta la regola che disciplina la delicata materia degli accertamenti che hanno ad oggetto il corpo della persona dei quali, nel nostro ordinamento processuale penale, manca una disciplina compiuta. L'*eccezione*, invece, è costituita dalla previsione del prelievo coattivo di materiale biologico tra i poteri di polizia giudiziaria ad opera del d.l. n. 144/2005 recante «Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale» convertito in tempi rapidi nella l. n. 155/2005 [si tratta di un provvedimento contenente una serie di misure di carattere amministrativo, penale e processuale penale collegate nella prospettiva di prevenzione e di repressione della minaccia terroristica. In argomento v. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in *DPP*,

2005, 1212 ss.; FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *GDir*, 2005, 33, 76].

Con riferimento ai principi espressi dalla Consulta merita sottolineare l'affermazione secondo la quale l'esecuzione coattiva del prelievo ematico, necessaria a superare l'eventuale diniego del periziando, comporta una restrizione della libertà personale e che tale «restrizione è tanto più allarmante (...) in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale (...)». L'art. 224, 2° co., c.p.p. è stato dichiarato illegittimo proprio perché non prevede espressamente i casi e i modi nei quali il giudice può esercitare il potere coercitivo comprimendo la libertà personale: una tipizzazione in tal senso è imposta dall'art. 13 Cost.; il Parlamento, a distanza di oltre dieci anni, non è ancora riuscito a delinearla.

Il principio dell'inviolabilità della libertà personale non è l'unico preso in considerazione dalla Consulta la quale chiarisce, altresì, che *l'esigenza di acquisizione della prova del reato* costituisce un «valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità». In definitiva la Corte costituzionale ha fornito al legislatore direttive nette: ferma la necessità di prevedere strumenti coercitivi che permettano l'accertamento del reato, le acquisizioni probatorie devono avvenire nel rispetto dell'art. 13, 2° co., Cost. e di determinati limiti negativi posti a tutela dell'individuo: la *vita*, l'*incolumità personale*, l'*intimo della psiche*, la *salute* e la *dignità* della persona.

Per quanto concerne la previsione del prelievo di materiale biologico, occorre evidenziare che l'intervento legislativo costituisce la risposta ad un problema che riguarda tutti gli ordinamenti giuridici i quali accolgono le tecnologie legate all'esame del DNA e che attiene alle modalità di acquisizione del materiale d'indagine direttamente dalla persona [in argomento: BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *DPP*, 2004, 1412; CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *DPP*, 2003, 1193 ss.; GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del*

DNA nel settore giudiziario, in RIDPP, 1993, 1307; ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Medicina legale. Quaderni camerti*, 1992, 413]. Tra le disposizioni che hanno ampliato il ruolo della polizia giudiziaria si colloca appunto il nuovo istituto del prelievo di materiale biologico disciplinato in due diverse ipotesi: a fini di identificazione dell'indagato (art. 349, 2° co. bis, c.p.p.) e in sede di accertamenti e rilievi urgenti sulle persone (art. 354, 3° co., c.p.p.) [BRICCHETTI, *Prelievi del DNA senza consenso*, in *GDir*, 2005, 33, 63; CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo»* (D.L. 144/05 conv. in l. n. 155/05), in *questa rivista*, 2005, 2507; DALIA, *Il prelievo coattivo di materiale biologico per l'identificazione dell'indagato e per l'acquisizione di elementi probatori*, in AA.VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di Dalia, Milano, 2006, 261 ss.; GALGANI-LUCCHINI, *Commento all'art. 10 D.L. 2 luglio 2005, n. 144*, in *LP*, 2005, 503 ss.; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, Orlandi, Torino, 2006, 29 ss.; SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *CP*, 2006, 316 ss.; SCALFATI, *Potenziamento della polizia giudiziaria tra ruoli investigativi ed intrusioni de libertate*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di Rosi-Scopelliti, Milano, 2006, 91].

La modifica legislativa, pur significativa, si rivela insufficiente poiché non ha risolto la questione dell'eseguibilità coattiva della perizia o di accertamenti tecnici del pubblico ministero; incide, infatti, soltanto sui poteri della polizia giudiziaria a fini di identificazione dell'indagato e con finalità di ricostruzione del fatto storico ma solo in sede di sopralluogo. Determinati accertamenti corporali continuano ad essere condizionati dal consenso del periziando che, in certa misura, quasi "dispone" delle indagini o della ricostruzione del fatto storico.

Prima di considerare la risposta della giurisprudenza alla mancata collaborazione del-

l'imputato, s'impone una breve riflessione sul rapporto tra processo e prova scientifica e, particolarmente, sulla prova del DNA. Le applicazioni della genetica in ambito forense hanno suscitato l'interesse non solo degli ambienti accademici, scientifici e politici, ma anche del grande pubblico sia a cagione dell'amplificazione mediatica delle investigazioni scientifiche, sia a causa dell'inarrestabile sviluppo tecnologico [v. BARBATO-F. CORRADI-G. LAGO, *L'identificazione personale tramite DNA*, in *DPP*, 1999, 215; D. DE LEOS. TURRINA M. ORRICO (a cura di), *Lo stato dell'arte in genetica forense*, Milano, 2003; A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, cit., 13078 ss.; R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, cit., 413; A. SANTOSUOSSO-S. GARAGNA-C.A. REDI-M. ZUCCOTTI (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, cit.; Id, *I giudici davanti alla genetica. I corsi dell'Open lab.*, Pavia, 2002].

Sul versante della prova penale scientifica il test del DNA costituisce una fondamentale tecnica di indagine: il rapporto tra scienza e processo infatti, è da sempre incentrato principalmente sulla ricerca di quei dati personali unici e certi che siano idonei a differenziare l'indagato dal resto della comunità per consentirne una identificazione corretta [L. D'AURIA, *Accertamento oltre il ragionevole dubbio, rispetto del contraddittorio e criteri di verifica dell'attendibilità delle ipotesi scientifico-tecniche come principi fondanti il "giusto processo"*. *Risvolti sulla prova penale scientifica e gli accertamenti tecnici*, in *FAmb*, 2003, 409 ss.]. L'indagine genetica è utilizzata nel procedimento penale prevalentemente come tecnica di identificazione personale o con finalità di ricostruzione del fatto storico per l'individuazione dell'autore del reato. In altri termini, l'acquisizione del profilo genetico di una persona diventa strumento di accertamento. L'interesse del giurista, quindi, si appunta sull'inquadramento giuridico e sulla disciplina normativa dell'accertamento fondato sul DNA.

L'identificazione personale su tracce biologiche si basa sul confronto tra le caratteristiche

del DNA delle tracce repertate sul luogo del fatto (o su un oggetto o su una persona) e quelle dell'indagato: si ha identificazione qualora le sequenze geniche ricavate dal campione e quelle della persona sottoposta alle indagini coincidano. Lo scienziato forense deve calcolare, partendo dai tratti genetici misurati su una determinata traccia, la probabilità che quest'ultima appartenga all'indagato o ad un altro soggetto.

L'indagine genetica è un procedimento complesso che si scompone in diverse fasi ognuna delle quali, avendo una propria peculiare rilevanza sotto il profilo normativo processuale, rivela la necessità di una disciplina espressa e puntuale. Il corretto svolgimento di ogni fase postula competenze specialistiche degli operatori. È evidente, peraltro, l'opportunità di un equilibrio normativo tra l'esigenza di un accertamento attendibile e quella di apprestare adeguate garanzie per il soggetto passivo di tali attività. Pare significativo che, con riguardo alla prova del DNA, si possano individuare temi comuni nel dibattito internazionale quali l'esigenza di garantire libertà civili e altri valori (*privacy*, dignità personale, equità del giudizio, consenso dell'individuo) o quale l'esistenza di preoccupazioni di carattere tecnico-scientifico (modalità di raccolta e conservazione dei campioni biologici, *standards* metodologici di laboratorio) o, infine, di carattere giuridico (regolamentazione delle analisi, uso, interpretazione e distruzione dei risultati dei *test* genetici) [si veda D. CHALMERS, *General Themes*, in D. CHALMERS (a cura di), *Genetic Testing and the Criminal Law*, UCL Press, 2005, 1 ss.]. Sotto il profilo giuridico, l'accertamento in questione può essere considerato nella doppia articolazione della *raccolta del materiale biologico* (da persona o da tracce) quale fase descrittiva e dell'*analisi del DNA* quale fase critico-valutativa dei dati raccolti; inoltre, tale accertamento ha finalità di identificazione dell'indagato e di ricostruzione del fatto storico. In entrambe le ipotesi, peraltro, si può notare come sia disciplinato, nell'ambito dell'attività di polizia giudiziaria, soltanto il momento iniziale

della descrizione, raccolta e repertazione di tracce o cose pertinenti al reato (art. 354 c.p.p.) e, seppure parzialmente, il prelievo coattivo di materiale biologico dalla persona (artt. 349, 2° co. *bis*, e 354, 3° co., c.p.p.). Manca, invece, un'espressa regolamentazione della fase successiva, vale a dire l'analisi del DNA (estrazione del DNA dai campioni biologici e comparazione tra profili genetici). L'accertamento genetico, attività che deve essere svolta da personale specializzato, potrebbe essere regolamentato nell'ambito dell'accertamento tecnico irripetibile del pubblico ministero durante le indagini preliminari oppure in sede di perizia disposta nell'incidente probatorio o in dibattimento: tali istituti, infatti, sono idonei ad assicurare l'attuazione del diritto di difesa e del contraddittorio [su tali profili sia consentito il rinvio a FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 42 ss., 141 ss.].

Il dato normativo rende necessaria una precisazione terminologica con riferimento alle diverse attività che rientrano nella prima fase dell'indagine genetica. Questa, infatti, può comprendere sia la *raccolta* di materiale organico da cose o luoghi, sia il *prelievo* di materiale biologico da persona vivente; entrambi i momenti richiedono, evidentemente, un'adeguata preparazione tecnica da parte degli operatori. Appare congruo utilizzare il termine *raccolta* con riferimento all'acquisizione di tracce biologiche da luoghi, da cadavere, ovvero da cose. In quest'ultimo caso si può trattare di materiali organici che si trovano su cose abbandonate dall'indagato. In altri termini, trattandosi di campioni biologici che hanno già lasciato la sfera corporea del "proprietario" non viene in considerazione alcuna attività invasiva né limitativa della sua libertà personale: non occorre, quindi il consenso dell'interessato.

Muta del tutto la prospettiva qualora il materiale biologico faccia ancora parte della sfera corporea della persona vivente. In tale ipotesi è corretto utilizzare il termine *prelievo* che indica qualsiasi manovra diretta a sottrarre dal corpo umano quel materiale (parte

di tessuto o liquido organico) necessario per l'esecuzione di ricerche o analisi [BARBATO-G. LAGO-V. MANZARI, *Come ovviare al vuoto sui prelievi coattivi creato dalla sentenza n. 238 del 1996*, in *DPP*, 1997, 363. Si noti che una delimitazione concettuale di *materiale biologico*, inteso come «materiale contenente informazioni genetiche, autoriproducibile o capace di riprodursi in un sistema biologico», è contenuta in un atto normativo in materia di diritto brevettuale (art. 2, l. 22.2.2006, n. 78 recante «Attuazione della direttiva 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche»). In argomento v. A. SIROTTI GAUDENTI, *Fissati i limiti della privativa ammissibile sul corpo umano*, in *GDir*, 2006, 24, 34].

2. Successivamente al 1996 la giurisprudenza di legittimità si è occupata del tema degli accertamenti corporali coattivi in varie occasioni. Al centro delle questioni affrontate si trova costantemente la tutela della persona [la Corte di Cassazione, stigmatizzato l'ampio vuoto normativo creato dalla Consulta con la pronuncia di illegittimità del 1996 (Sez. III, 4.4.1997, Tasselli, in *CP*, 1998, 2413), ha ribadito l'incoercibilità dei prelievi invasivi come quello ematico (cfr. Sez. I, 11.3.2003, Esposito, in *DeG*, 2003, 34, 98 ss.; Sez. I, 22.6.1999, Fata, in *CP*, 2000, 3101; Sez. VI, 2.6.1997, Mazzola e altro, in *DPP*, 1997, 1330; Sez. III, 4.4.1997, Tasselli, cit.) sottolineando che un prelievo effettuato coattivamente sarebbe inutilizzabile a fini probatori (Sez. I, 14.2.2002, Jolibert, in *GI*, 2003, 534; Sez. VI, 2.11.1998, Archesso, in *ANPP*, 1999, 68; Sez. I, 3.7.1997, Padovano, in *DPP*, 1997, 951)].

Viene in evidenza la ricerca di un contemperamento tra differenti esigenze quali la ricostruzione del fatto storico e la tutela di determinati valori costituzionali: il diritto di difesa [La Suprema Corte ha chiarito che il rifiuto da parte dell'interessato dell'indagine corporale invasiva è manifestazione di un diritto personale di rango costituzionale: Sez. I, 14.2.2002, Jolibert, cit.] nonché il principio del contraddittorio quale metodo di formazione della prova [La Cassazione, forse per

attenuare gli effetti della lacuna normativa, ha affermato che il rifiuto ingiustificato di sottoporsi al prelievo potrebbe fornire elementi di convincimento: Sez. VI, 2.11.1998, Archesso, cit.; Sez. VI, 12.6.1997, Mazzola e altro, cit. In particolare si è affermato che il rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo necessario per l'esame comparativo del DNA (nel caso concreto sui residui piliferi rinvenuti in un passamontagna utilizzato dall'autore di una rapina a mano armata) è legittimamente valutabile come elemento di prova integrativo: tale rifiuto, infatti, può essere liberamente apprezzato dal giudice nella formazione del suo convincimento e può altresì essere utilizzato come riscontro individualizzante alla chiamata di correo: Sez. I, 20.9.2002, Peddio, in *CP*, 2003, 3500. Si veda anche la più recente Sez. II, 17.11.2004, Alcamo, in *C.E.D. Cass.*, n. 230245].

Meritano attenzione alcune pronunce della Suprema Corte tese a risolvere il problema dell'acquisizione del materiale biologico necessario all'analisi del DNA. Al riguardo si possono distinguere due differenti linee di tendenza.

Una prima riflessione investe la raccolta «occulta» di materiale biologico. In particolare occorre chiedersi se determinate pratiche surrettizie, ritenute legittime dalla giurisprudenza, siano sempre tali dopo l'intervento normativo del 2005. Infatti si è prospettata una dicotomia tra prelievi coattivi e accertamenti personali occulti [In questi termini, GAITO, *Aspetti problematici in tema di prove*, in *AA.VV., Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 110 ss.]. A tale proposito è necessario ricordare una riflessione della Suprema Corte relativa alla legittimità dell'acquisizione e dell'analisi di campioni biologici prelevati, anche senza il consenso dell'interessato, in un momento in cui non fanno più parte della persona e senza necessità di alcun intervento idoneo ad incidere sulla sfera di libertà della stessa [Cass., Sez. I, 22 giugno 1999, Fata, cit.]. Si afferma che, qualora oggetto di raccolta ed accertamento siano materiali biologici «staccati» dal

corpo umano, non è più in questione la tutela della libertà personale ed è quindi inconferente il richiamo alla sentenza della Consulta del 1996 [C., Sez. I, 11.3.2003, Espósito, cit. In termini analoghi, Sez. I, 23.6.2005, P., in *GDir*, 2005, 38, 82; Sez. I, 10.5.2005, D., in *GDir*, 2005, 35, 105. Configura, invece, il consenso come una condizione indispensabile per la tutela di valori quali la libertà personale, il diritto di difesa e il diritto di non collaborare a fronte di attività invasive della sfera corporale dell'individuo GAITO, *Aspetti problematici in tema di prove*, cit., 110 ss. In termini analoghi, si veda GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 181 ss.]. Nel caso concreto oggetto dell'accertamento ritenuto irripetibile era stato un campione di saliva dell'indagato raccolto da un bicchiere in cui questi aveva bevuto un caffè offerto dalla polizia giudiziaria. Il sequestro delle tracce di saliva non comporta infatti alcuna compressione della libertà personale. Non riveste inoltre alcuna importanza, a parere della Cassazione, la circostanza che la bevanda sia stata offerta al solo fine di acquisire reperti biologici «in quanto nessuna disposizione di legge subordina lo svolgimento delle indagini al consenso dell'indagato, quando appunto non si risolve in violazioni della libertà personale o di altri diritti costituzionalmente garantiti». La giurisprudenza di legittimità, in ultima analisi, ha fornito una lettura meno rigida del divieto, posto nel 1996 dalla Corte costituzionale, di porre in essere misure lesive della libertà personale e invasive della sfera corporale dell'individuo; non rientrano in tale divieto gli accertamenti da compiere su reperti (come tracce di saliva o di sangue) che non appartengono più all'indagato.

In concreto occorre chiedersi se la raccolta occulta di tracce biologiche sia lesiva di diritti costituzionalmente garantiti, ulteriori rispetto alla libertà personale, quali l'integrità fisica e la dignità dell'individuo. Tali valori non sembrano entrare in gioco, non essendovi alcun contatto fisico tra organi investigativi e indagato; né pare aver rilievo il diritto di non collaborare

all'accertamento del fatto giacché, nelle ipotesi in esame, all'interessato non viene richiesta alcuna attivazione fisica.

Assume rilevanza, viceversa, la libertà morale della persona sottoposta alle indagini. Infatti la prassi di raccolta all'insaputa dell'interessato sembra oggi aggirare la necessità del consenso o, quantomeno, pare essere inutile stante la disciplina espressa del prelievo di materiale biologico con modalità coattive. Sembra corretto ritenere legittima la raccolta di segni biologici lasciati dall'interessato al di fuori di un contesto investigativo [SCALFATI, *Potenziamento della polizia giudiziaria*, cit., 99] e senza che vi sia stata alcuna sollecitazione da parte dell'autorità che investiga: in ipotesi del genere, infatti, non emerge la necessità di tutelare la libertà di autodeterminazione né, tanto meno, l'integrità fisica o la dignità del «titolare» del materiale corporeo. In ultima analisi, non sembrano esistere divieti normativi né considerazioni di principio che inducano a ritenere illegittima la raccolta di materiale biologico sopra delineata.

Affatto diversa è la prospettiva dell'utilizzazione dei mezzi di ricerca della prova quali strumenti per superare un ostacolo, rappresentato dal diniego degli imputati, alla ricostruzione del fatto. La Suprema Corte, a fronte del rifiuto di collaborare opposto dall'interessato, ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale il giudice del dibattimento, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., ha disposto d'ufficio perquisizioni domiciliari al fine di rinvenire oggetti, recanti tracce biologiche, da sottoporre poi a sequestro [nel caso di specie il giudice dibattimentale, nell'ambito di un processo per violenza sessuale, aveva disposto l'espletamento di una perizia medico-legale per accertare la corrispondenza tra il materiale biologico acquisito nella immediatezza del fatto ed il DNA degli imputati. Dato che costoro avevano negato il proprio consenso al prelievo di campioni biologici, il giudice aveva disposto a sorpresa perquisizioni e sequestri volti rispettivamente a reperire e acquisire materiale biologico proveniente dagli imputati ovvero capi di abbigliamento e altri oggetti in uso agli stessi. Si veda

C., Sez. IV, 12.7.2004, I. e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 229129. In termini simili, v. Id., Sez. I, 2.2.2005, C., *ivi*, n. 233448].

La riferita opzione esegetica sta alla base anche di altre pronunce della Corte di legittimità posteriori all'entrata in vigore delle disposizioni sul prelievo di materiale biologico. Per colmare una carenza normativa tuttora persistente, è stato ritenuto legittimo il sequestro di oggetti sui quali si trova materiale biologico utile per una successiva perizia o un accertamento tecnico [C., Sez. II, 13.3.2007, M.C., in *DPP*, 2007, 867. Sul punto, volendo, FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 18-19]. Più precisamente, il prelievo (*rectius* la raccolta) del DNA della persona indagata, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo e, essendo prodromico all'effettuazione di un accertamento tecnico o di una perizia, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive. Per contro, le successive operazioni di comparazione del perito o del consulente tecnico prendono l'osservanza di garanzie difensive. Un'interpretazione più arida è offerta nella sentenza ora in esame che, pur risultando, per la verità, poco chiara nell'esposizione del fatto, sembra addirittura legittimare la raccolta di materiale biologico (quali capelli, sangue, saliva, cute, sperma) posta in essere attraverso il «corretto uso del potere-dovere di perquisizione e sequestro».

Tale opzione ermeneutica pare subire la suggestione della disciplina statunitense del prelievo di campioni biologici. Infatti, il prelievo coattivo (di saliva o cellule epiteliali del cavo orale) è qualificato come atto di perquisizione che deve essere eseguito nel rispetto del IV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Occorre inoltre che tale acquisizione di materiale biologico sia autorizzata dal magistrato con apposito provvedimento (*warrant*) che viene emesso quando sussiste la *probable cause*, ossia i fatti e le circostanze posti alla base della richiesta del mandato inducono a ritenere che un reato è stato

commesso o sta per essere commesso dalla persona a carico della quale si deve effettuare il prelievo [in argomento, MIRAGLIA, *La ricerca della verità per condannare ed assolvere: il test del DNA e l'esperienza statunitense*, in *DPP*, 2003, 1557 ss.].

3. L'interpretazione della Corte di cassazione dilata la nozione di perquisizione che viene delineata come strumento finalizzato anche ad acquisire materiale biologico dell'indagato. La perquisizione, dunque è la «cornice» nella quale si inserisce il prelievo coattivo e dalla quale questo riceve legittimità.

La sentenza in commento induce a svolgere una riflessione sull'impatto determinato dall'attività investigativa svolta su basi scientifiche, tecnologiche e informatiche sul contesto di acquisizione della prova. Infatti se la rapida evoluzione tecnico-scientifica fornisce al processo penale nuovi strumenti utili alla ricostruzione del fatto, correlativamente si ampliano gli ambiti d'indagine rispetto ai quali l'apporto del progresso scientifico e delle tecnologie è fondamentale: si spiega così l'attenzione dedicata negli ultimi anni dalla dottrina al tema della prova scientifica.

Le intersezioni tra il progredire del diritto e il congiunto avanzare dello sviluppo scientifico sono tali da rendere poco agevole distinguere i casi in cui il diritto svolge principalmente una funzione di legittimazione del sapere scientifico e quando, viceversa, è la scienza che impone direttamente o indirettamente soluzioni normative o giurisprudenziali [A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XIII].

Nuove tensioni attraversano l'esperienza giuridica e criticizzano categorie tradizionali del diritto in generale, e del processo penale in particolare. La scienza imprime al processo un'accelerazione eccezionale che determina un mutamento delle coordinate concettuali di alcuni istituti i quali vengono adattati a recepire nuovi contenuti sia per intervento del legislatore, sia ad opera della giurisprudenza.

Si deve ad un recente intervento legislativo l'ampliamento dell'ambito operativo dei mezzi di ricerca della prova. Con riferimento particolare alla perquisizione si può notare che la tradizionale tipologia codicistica, fondata sull'entità materiale oggetto di ricerca (luoghi, cose o persone), si è arricchita di una nuova figura definibile come *perquisizione "informatica"*, a seguito dell'entrata in vigore della l. 18.3.2008, n. 48 recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica fatta a Budapest il 23.11.2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno». Il provvedimento, recante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sul *cybercrime*, modifica numerose disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali, del codice penale e del codice di procedura penale. Per quanto riguarda la disciplina del procedimento penale occorre evidenziare, tra l'altro, la previsione di nuove tipologie di indagini che si collocano all'interno di tradizionali strumenti di ricerca della prova quali ispezione, perquisizione, sequestro. A tali mezzi investigativi si ricorre qualora si proceda per un reato commesso a mezzo di un sistema automatizzato, nonché nel caso in cui la prova del reato sia reperibile in forma elettronica. In riferimento alla perquisizione «informatica» è possibile distinguere l'oggetto inciso dalla ricerca ossia un sistema informatico o telematico [Si tratta di «qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica di dati»: art. 1 Conv. Budapest.], dall'oggetto cui mira tale attività rappresentato da dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato. È ovvio che la correttezza di nuovi strumenti d'indagine, determinanti penetranti intrusioni nella sfera dell'individuo, passa attraverso la verifica della esistenza di adeguate garanzie per l'indagato [in riferimento alle modalità esecutive della perquisizione informatica, il legislatore del 2008 ha avuto cura di pre-

vedere l'adozione di misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione].

Con riguardo, invece, all'ampliamento giurisprudenziale dell'operatività dei mezzi di ricerca della prova si può citare il caso della perquisizione personale alla quale la Cassazione ha ricondotto l'*esame radiografico* effettuato all'addome del sospettato di detenere all'interno del proprio corpo ovuli contenenti sostanza stupefacente. Si è precisato che la perquisizione può ben «estrinsecarsi anche in attività invasive della persona soprattutto nell'ambito della procedura prevista dall'art. 103 D.P.R. n. 309/1990, quando [...] la detta attività invasiva si profili non soltanto come volta all'accertamento del reato ma anche alla tutela del diritto alla salute dell'indagato» [C., Sez. VI, 11.7.2005, H., in *CP*, 2006, 3340: «In materia di stupefacenti mentre l'ispezione e la perquisizione previste dal codice di procedura penale presuppongono sempre la commissione di un reato, i poteri concessi alla polizia giudiziaria dall'art. 103 del D.P.R. 9.10.1990, n. 309, hanno un ambito più ampio essendo finalizzati anche ad attività di carattere preventivo, ed essendo del resto subordinati solo alla sussistenza del fondato motivo di ritenere che possano essere rinvenute sostanze stupefacenti o psicotrope. In questa prospettiva, deve ritenersi legittimo che la polizia giudiziaria, dopo l'esito negativo di una perquisizione personale, sussistendo il fondato motivo che il soggetto detenga all'interno del proprio corpo ovuli contenenti sostanza stupefacente, lo sottoponga, previa autorizzazione del P.M., ad esame radiologico, trattandosi di attività diretta non soltanto all'accertamento del reato (nella specie, verificatosi per l'avvenuto ritrovamento degli ovuli, poi fatti espellere in ospedale, sotto il controllo medico, mediante la somministrazione di lassativi), ma anche alla tutela della salute del soggetto»].

In altra occasione la Suprema Corte ha qualificato l'accertamento radiologico come mera modalità esecutiva dell'ispezione personale: nella specie, si è affermato che la discipli-

na di tale mezzo di ricerca della prova consentente di procedere al controllo anche coattivo della persona, a nulla rilevando che, attraverso l'uso della tecnica, il controllo sia esteso all'interno del corpo umano [C., Sez. IV, 2.12.2005, E. S., in *GI*, 2007, 191 ss., con nota di CASASOLE, *L'esame radiografico coattivo: qualificazione giuridica e limiti costituzionali*. In argomento si vedano inoltre MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo. Adesso serve un chiarimento legislativo*, in *DeG*, 2006, 12, 50 ss.; RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *CP*, 2006, 3557 ss.].

Per la verità, la riferibilità dell'esame radiologico alla perquisizione o alla ispezione configurate dal codice di rito, appare dubbia; sembra più corretto prendere atto che si tratta di un accertamento autonomo, non disciplinato dalla normativa speciale e ricondotto dalla giurisprudenza nell'alveo dei poteri speciali di polizia giudiziaria. Infatti, la piena condivisibilità delle ragioni di politica criminale che sorreggono tale orientamento giurisprudenziale non rende meno urgente un auspicabile intervento chiarificatore da parte del legislatore poiché l'accertamento del reato, in tale materia, coinvolge i diritti fondamentali della persona [In proposito, volendo, FELICIONI, *Accertamenti radiologici volti a reperire sostanze stupefacenti: il corpo umano strumento del reato e oggetto di prova*, in *DPP*, 2008, 465 ss.].

Considerazioni analoghe valgono anche per il caso di specie. Occorre chiedersi se l'interpretazione della Cassazione tesa a superare l'*impasse* delle indagini cagionata dalla non collaborazione dell'indagato e dall'insufficienza normativa in tema di indagine genetica e prelievo di materiale biologico, sia o meno corretta. L'ampliamento concettuale su cui si fonda la pronuncia in esame, per quanto suggestivo, non sembra convincente. L'affermazione secondo la quale la raccolta di tracce relative al profilo genetico può essere effettuata tramite un prelievo coattivo che sarebbe legittimo in quanto eseguito nell'ambito di una perquisizione personale, non elimina alcune perplessità. È vero, infatti che

la perquisizione è un mezzo di ricerca della prova che comporta un'intrusione corporale legittima, ma la compressione della libertà personale cui fa riferimento la Costituzione e il legislatore codicistico non pare idonea a ricomprendere un'attività di prelievo di materiale biologico dalla persona.

Una tale interpretazione snatura il concetto di perquisizione ampliandolo eccessivamente allo scopo di farvi rientrare il prelievo di materiale biologico che è una attività diversa sotto il profilo contenutistico e, inoltre, è disciplinata dal legislatore del 2005 come autonoma, pur all'interno di atti tipici quali l'identificazione dell'indagato e gli accertamenti e rilievi urgenti in sede di sopralluogo. Si presenta come una forzatura interpretativa anche la dilatazione della nozione di cosa pertinente al reato che viene fatta coincidere con la traccia di materiale organico.

Appare preferibile una lettura più rigorosa secondo la quale *cosa pertinente al reato* è quella che reca la traccia, non la *traccia* stessa. Per la precisione, inoltre, la saliva o i capelli oggetto di prelievo non sono una traccia, ma semplicemente materiale biologico appartenente alla persona. Infatti, il termine traccia sembra indicare piuttosto un segno (orma o impronta) lasciata su un substrato materiale (luogo, cosa o persona): si pensi al sangue o ad altre tracce organiche sul corpo della vittima, su un luogo oppure su un oggetto come un indumento ovvero un'arma.

Val la pena di osservare, comunque, che dal dato positivo emerge la distinzione tra tracce e cose le quali, tuttavia, hanno quale caratteristica comune solo la potenzialità probatoria insita nel legame di pertinenza con il reato [su tali temi, volendo, si veda FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 266 ss.]. Differenti si presentano le modalità di acquisizione: le cose pertinenti al reato, insieme al *corpus delicti*, ricercate con la perquisizione (artt. 247 e 352 c.p.p.) possono essere acquisite tramite il sequestro (artt. 253 e 354, 2° co., c.p.p.). Le tracce pertinenti al reato, invece, sono suscettibili di descrizione o raccolta in sede di ispezione (art. 244 c.p.p.) ovvero di

asportazione o repertazione nell'ambito della perquisizione o degli accertamenti e rilievi urgenti compiuti dalla polizia giudiziaria (artt. 352 e 354 c.p.p.).

In via conclusiva non resta che evidenziare l'urgenza di un intervento legislativo che riordini la complessa materia dell'indagine genetica e degli accertamenti corporali nel processo penale. In tale prospettiva, inoltre, è auspicabile l'istituzione di una banca dei dati genetici per uso forense quale strumento improcrastinabile per un corretto accertamento penale.

Occorrono norme specifiche che disciplinino, alla luce dell'evoluzione tecnico-scientifi-

ca, le modalità e la misura della restrizione dei diritti fondamentali della persona idonee a consentire le necessarie indagini con il minimo sacrificio del soggetto passivo delle stesse. Di fronte ai progressi della tecnica che incrementano l'efficienza delle indagini, si devono essere previsti limiti e garanzie: i primi sono funzionali alla tutela della persona (si pensi ai diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione); le seconde sono necessarie in presenza di un indagato o un imputato [TONINI, *L'investigazione scientifica nel processo penale: limiti e garanzie*, in *L'investigazione scientifica e criminologia nel processo penale*, Padova, 1989, 223 ss.].

## Un interessante suggerimento della Cassazione per ampliare le facoltà di appello dell'imputato avverso le sentenze di proscioglimento

Il commento esamina ed esprime apprezzamenti su un recente ed isolato orientamento della Cassazione volto a rimediare alle incoerenze che nella disciplina delle impugnazioni si sono determinate a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 26/2006. In particolare, la Suprema Corte, in luogo di proseguire nella prospettazione di questioni di legittimità, sceglie di fornire della disciplina una interpretazione costituzionalmente orientata, sostenendo che interpretazione costituzionalmente corretta ed obbligata della previsione contenuta nell'art. 10, 2° co., l. n. 46/2006, nella parte in cui non consente al-

l'imputato di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, sia quella che riferisca l'espressione lessicale "sentenza di proscioglimento" alla sola decisione liberatoria pronunciata da un giudice che decida con piena cognizione sul merito della regudicanda, dovendosi perciò ritenere ammissibile l'appello dell'imputato nei riguardi di una sentenza di non doversi procedere in applicazione di causa estintiva, ove da questa consegue l'applicazione obbligatoria di una misura di sicurezza (C., Sez. III, 12.12.2007, Pres. ed est. Vitalone, rel. Cordova, ric. Misenta).

### Osservazioni

di *Ciro Santoriello*

1. Nella confusa ed asistemica disciplina in tema di appello come ridisegnata dalla l. n. 46/2006 (per una valutazione negativa di tale

intervento del legislatore, con particolare riferimento all'assenza di un ridisegno complessivo dell'istituto delle impugnazioni, cfr.

CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento fra diritti dell'individuo e parità delle armi*, in *GI*, 2007, 253; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006, 1; SALIDU, *Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Art. 1*, in *LP*, 2007, 30, nonché i contributi presenti in BARGIS-CAPRIOLI, *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007) e poi resa ancora più caotica ed irragionevole a seguito della dirompente decisione della Corte costituzionale n. 26/2007 (la sentenza può leggersi in *GI*, 2007, 2151). In senso fortemente critico verso questo intervento del giudice delle leggi, cfr. GAITO-BARGI, *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria: l'ecentrica definizione della funzione di garanzia del pubblico ministero nel sistema della impugnazioni*, in GAITO, *La disciplina delle impugnazioni fra riforma e controriforma. L'incostituzionalità parziale della legge Pecorella*, Torino 2007, 1; TRUCCO, *L'insostenibile leggerezza della legge Pecorella*, in *GI*, 2007, 2152), la pronuncia della III sezione della Corte di cassazione ora in epigrafe rappresenta l'ennesimo tentativo della giurisprudenza (per altri interventi della giurisprudenza sul punto, cfr. C., Sez. VI, 20.11.2007, Battaglia, in *Mass. Uff.*, 238407; C., Sez. I, 18.10.2007, Caruso, *ivi*, 238586, entrambe in tema di rapporti fra impugnazione del pubblico ministero ed impugnazione della parte civile; Id., Sez. III, 2.10.2007, Mura, *ivi*, 237935, in tema di appello dell'imputato nei riguardi di una sentenza di proscioglimento per infermità mentale; Id., Sez. V, 26.9.2007, Chita, *ivi*, 238190) di conferire un minimo di ordine ad un istituto che necessita in maniera ormai impellente di un nuovo intervento del legislatore.

2. Come è noto, la riforma delle impugnazioni operata nel 2006 aveva drasticamente ridimensionato le possibilità di accesso al grado di appello, precludendo tale possibilità in

relazione alle sentenze di proscioglimento tanto per il pubblico ministero – eccettuata l'ipotesi di cui all'art. 603, 2° co., c.p.p. –, quanto per l'imputato.

Diverse erano le ragioni di tale modifica legislativa. La preclusione nei confronti del pubblico ministero si spiegava in ragione della ritenuta incompatibilità che un giudizio di merito meramente cartolare quale è da sempre il processo d'appello presentava rispetto ai caratteri del rito accusatorio (per queste osservazioni, prima della riforma, cfr. GRILLI, *L'appello nel processo penale*, Padova, 2001; TRANCHINA-DI CHIARA, *Appello (diritto processuale penale)*, in *ED*, Agg. III, Milano 1999, 200; SPANGHER, *Le impugnazioni penali fra giudizio e controllo*, in *SJ*, 2002, 900. Dopo l'intervento di riforma, invece, cfr. GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *CP*, 2007, 1813; DE LEO, *Dalla prescrizione alle impugnazioni. Tempi dell'azione, tempi del processo e ideologie sul pubblico ministero, ibidem*, 3134), nonché osservando come fosse irragionevole consentire ad un giudice che non aveva partecipato alla fase di acquisizione delle prove nel contraddittorio delle parti di ribaltare il verdetto di assoluzione emesso in sede di primo grado (in proposito, anche con riferimento al contrasto fra l'appello del pubblico ministero e la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, STELLA, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come standard probatorio*, in *RIDPP*, 2005, 883; PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione, appello dell'imputato, appello del pubblico ministero, principio del contraddittorio*, in *CP*, 2003, 4023).

L'inammissibilità dell'appello dell'imputato, invece, era spiegata facendo riferimento ad una presunta mancanza di interesse riscontrabile in capo a tale soggetto di fronte a decisioni che avessero comunque sancito la sua innocenza: quand'anche nella pronuncia di assoluzione fossero risultate presenti statuizioni o affermazioni in qualche modo pregiudizievoli per la posizione dell'accusato – si pensi, ad esempio, ad un'assoluzione pronunciata per difetto dell'elemento soggettivo e non per insussistenza del fatto o ancora,

come nel caso di specie, ad una *absolutio ad istanza* in luogo di un'assoluzione nel merito – si riteneva che la preclusione per l'imputato di presentare appello in tali circostanze fosse una scelta ragionevolmente equilibrata, considerando da un lato la riconosciuta possibilità per il singolo di presentare comunque ricorso in cassazione avverso la decisione e dall'altro il radicale ridimensionamento delle possibilità di appellare che era stato operato, con il medesimo intervento normativo, anche in capo all'organo inquirente.

3. La razionalità del sistema – comunque opinabile, secondo quanto già evidenziato in sede di primi commenti all'intervento legislativo del 2006 (sul punto si vedano i già citati contributi di C. CAPRIOLI, 253 e DE CARO, 1) – veniva però radicalmente a mancare dopo che la Corte costituzionale con la sentenza n. 26/2007 dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 1 della l. n. 46/2006 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva in via generale che il pubblico ministero potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento.

Si è già detto come la decisione del giudice delle leggi – accolta con favore da poche voci (cfr., CERESA GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in CP, 2007, 1883; ID., *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, *ibidem*, 827) – abbia ricevuto forti critiche. Le principali obiezioni mosse alla citata decisione riguardavano la tecnica argomentativa utilizzata dalla Corte costituzionale, che motivava la sua decisione con l'utilizzo di una serie di apodittiche affermazioni circa l'irragionevolezza della scelta del legislatore e così facendo invadeva in maniera inaccettabile la sfera decisionale rimessa dalla Carta fondamentale alla piena discrezionalità del Parlamento (GREVI, *Appello del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, in CP, 2007, 1414; GAITO-BARGI, 1; TRUCCO, 2152).

Tuttavia, a ben vedere, la principale osservazione critica che deve muoversi alla decisione

della Consulta riguarda la portata assolutamente dirimpante delle relative conseguenze. Si è già accennato alla circostanza che le limitazioni al diritto di appello dell'imputato in relazione alle sentenze di proscioglimento, quale che ne fosse il contenuto, trovavano giustificazione – oltre alla possibilità di far comunque ricorso al giudizio di cassazione – nella correlativa e ben più incisiva limitazione del diritto di appello che veniva posta in capo all'organo inquirente. In sostanza, nella filosofia del legislatore del 2006 l'appello veniva ad essere uno strumento processuale dal limitato utilizzo, posto che di norma esso era esperibile solo con riferimento alle decisioni di condanna, ovvero solo in relazione alle pronunce che vedevano principalmente interessato e coinvolta la posizione dell'imputato, piuttosto che quella del pubblico ministero.

La decisione della Corte costituzionale, però, evidentemente comporta la rottura di questo fragile equilibrio nelle posizioni delle parti processuali, giacché mentre il titolare dell'ufficio inquirente ora non incontra più alcun ostacolo nel ricorrere in secondo grado avverso qualsivoglia decisione emessa in sede di prime cure, l'imputato continua invece a vedersi preclusa la possibilità di un nuovo giudizio di merito in relazione alle sentenze di assoluzione quale che sia il loro contenuto (va detto, peraltro, che gli squilibri che nel sistema delle impugnazioni sono derivati dalla decisione della Corte costituzionale non riguardano solo la tematica di cui al testo, giacché devastanti conseguenze si sono avvertite anche in relazione ad altri aspetti della materia. Di tale circostanza si è avveduta la stessa Consulta che infatti è intervenuta con altre decisioni di incostituzionalità nel tentativo di restituire al sistema quel grado di razionalità che con la sua decisione n. 26/2007 aveva contribuito a far venir meno: si vedano in proposito, la sentenza n. 320/2007, in DPP, 2007, 1277, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, l. n. 46/2006, nella parte in cui, modificando l'art. 443, 1° co., c.p.p., escludeva che il pubblico ministero potesse appellare

contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato e la sentenza n. 85/2008, in *DPP*, 2008, 567, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. n. 46/2006, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che l'imputato potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, 2° co., c.p.p.).

La vicenda cui si riferisce la decisione in epigrafe ben evidenzia quanto si è sopra affermato. L'imputato, infatti, in sede di primo grado veniva assolto dal reato ascrittogli per intervenuta prescrizione, ma al contempo nei suoi confronti veniva disposta la confisca di una cospicua somma di denaro ritenuta il prezzo dell'illecito da lui commesso; l'accusato proponeva appello avverso tale decisione, ma il gravame era dichiarato inammissibile in ossequio al disposto di cui all'art. 10, l. n. 46/2006 che limita l'utilizzo di tale impugnazione alle sole decisioni di condanna.

Nel caso di specie, dunque, si è in presenza di una tipica decisione di assoluzione che riverbera effetti decisamente negativi nei confronti della posizione dell'accusato, il quale non solo non viene assolto nel merito dalle accuse mossegli – in ossequio al dettato dell'art. 129, 2° co., c.p.p. (in proposito, *LO-RUSSO*, "Provvedimenti allo stato degli atti" e *processo penale di parti*, Milano, 1995; *SQUARCIA*, *Proscioglimento prima del dibattimento ed accertamento di merito: una decisione ambigua della Suprema Corte*, in *CP*, 2001, 534) –, ma si vede anche colpito da una misura di sicurezza – anche in questo caso in piena conformità alla disciplina normativa dettata in proposito (Cfr., *ex multis*, *C.*, Sez. III, 9.6.2006, *Tombolan*, in *Mass. Uff.*, 234695); ciò nonostante, la suddetta decisione di assoluzione – il cui contenuto risulta indiscutibilmente invasivo dei diritti di libertà del cittadino – non risulta comunque appellabile dall'accusato in ragione del fatto che essa non sancisce la sua responsabilità

ma lo assolve dall'accusa mossa nei suoi confronti.

4. Con la decisione in epigrafe, la Cassazione evidenzia chiaramente l'irragionevolezza di tale disposto normativo.

Se la limitazione del diritto di difesa in capo all'imputato *sub specie* di preclusione al giudizio di appello avverso le decisioni di proscioglimento poteva avere un senso nell'ambito di una disciplina del rito di gravame che poneva rigidi limitazioni anche alla facoltà di impugnare del pubblico ministero, la medesima disposizione pare decisamente da censurare dopo le modifiche apportate al sistema dalla decisione costituzionale n. 26/2007. Come evidenzia la stessa decisione in commento, «il riconoscimento al solo pubblico ministero della facoltà di appellare le sentenze di proscioglimento ... rischia di rinnovare, ancorché con effetti polarmente opposti, le sperequazioni di sistema che il Giudice delle leggi ha inteso rimuovere nel rispetto dei principi costituzionali diffusamente richiamati nella sentenza n. 26». In sostanza, la preclusione tuttora vigente per l'imputato di ricorrere in secondo grado avverso le decisioni di proscioglimento quale che ne sia il contenuto realizza «una grave ed irragionevole mutilazione del suo diritto di difendersi, fortemente sperequata rispetto alla diversa facoltà accordata al pubblico ministero di appellare senza limiti la sentenza di proscioglimento».

5. La novità e l'interesse della decisione in commento, però, non consiste nelle superiori affermazioni, che già sono presenti in altre pronunce della Suprema Corte ed in particolare nell'ordinanza 2.10.2007, *Melis* (in *Mass. Uff.*, 237935), con la quale – per le ragioni sopra esposte – è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 593 c.p.p. nella parte in cui non consente l'appello dell'imputato avverso sentenza di proscioglimento pronunciata ai sensi dell'art. 88 c.p.

L'importanza della pronuncia in epigrafe consiste, invece, nell'originalità della soluzione proposta dalla Cassazione al problema: piuttosto che sollevare questione di costitu-

zionalità, la Suprema Corte infatti propone «una soluzione ermeneutica, costituzionalmente orientata, che esoneri dall'obbligo di sollevare una denuncia di illegittimità», ed all'uopo afferma che la previsione di cui all'art. 10, 2° co., l. n. 46/2006, nella parte in cui non consente all'imputato di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, vada intesa nel senso che l'inammissibilità del gravame debba riferirsi alle sole decisioni liberatorie pronunciate da un giudice che decida con piena cognizione sul merito della regiudicanda, dovendosi invece ritenere ammissibile l'appello dell'imputato nei riguardi di una sentenza di non doversi procedere in applicazione di causa estintiva, ove da questa consegua l'applicazione obbligatoria di una misura di sicurezza.

L'interpretazione proposta dalla Cassazione è decisamente condivisibile, giacché essa da un lato consente di riparare al *deficit* di razionalità che la disciplina in tema di ricorso in appello presenta dopo la citata decisione costituzionale n. 26/2007, e dall'altro evita di sollecitare ulteriormente l'intervento del giudice delle leggi in una materia in cui la Consulta è stata già fin troppo sollecitata ad interloquire.

Tuttavia, è altresì evidente che la soluzione proposta dalla Cassazione copre solo una delle circostanze in presenza delle quali deve ritenersi ammissibile l'appello dell'imputato avverso una sentenza di proscioglimento. Gli

interessi ed i diritti di difesa dell'accusato, infatti, possono essere lesi non solo – come nel caso di specie – da una decisione di merito che, unitamente all'assoluzione, applichi una misura di sicurezza, ma anche, ad esempio, laddove il proscioglimento venga pronunciato per difetto dell'elemento soggettivo e non per l'insussistenza del fatto o per la non riferibilità dell'accaduto all'imputato: anche in tali ultime ipotesi, dunque, la preclusione al giudizio di appello per la difesa si presenta assolutamente irragionevole – come dimostrato dalla denuncia di costituzionalità, cui si è sopra accennato, relativamente all'appello avverso la sentenza di proscioglimento pronunciata ai sensi dell'art. 88 c.p. –, ed anche in relazione a tali pronunce andrebbe riconosciuto all'imputato il diritto di presentare appello.

Presumibilmente, la Cassazione non poteva spingersi, con la decisione in epigrafe, fino a proporre la conclusione da noi ora suggerita. Tuttavia, è assolutamente necessario che la giurisprudenza – sul solco dei suggerimenti presenti nella decisione in epigrafe – giunga ad adottare in via definitiva la soluzione che preclude all'imputato il diritto all'appello delle sentenze di proscioglimento in un numero assolutamente circoscritto di ipotesi, e cioè solo allorquando la riforma della decisione gravata non determinerebbe l'insorgere in capo all'imputata di nessun significativo vantaggio.

**Testimonianza del minore nel processo penale ordinario:  
limiti all'esame incrociato nel sistema interno  
e nella giurisprudenza europea**

*(Relazione tenuta al Convegno «La prova nel processo penale minorile –  
Le tecniche di audizione del minore nel processo penale ordinario  
e nel processo minorile» organizzato dall'Osservatorio Nazionale sul diritto  
di famiglia, Rieti, 27.6.2008)  
di Sandro Furfaro*

1. *La testimonianza del minore nella più vasta problematica della testimonianza nel processo penale.* – Un corposo studio interdisciplinare (BALDINI, *Le caratteristiche delle testimonianze di minori*, in *www.vertici.com*, 14.6.2008) ha evidenziato come seppure «il riconoscimento del minore in quanto testimone potenzialmente attendibile è materia recente ... portato alla ribalta dagli eventi di cronaca più attuali, che vedono troppo spesso i minori nel ruolo di vittime di abusi o maltrattamenti», il problema, però, è a monte, all'attendibilità di ogni testimonianza. L'attualità ha offerto e offre alle cronache vicende giudiziarie sorrette da affermazioni di minori che sollecitano sdegno o stupore collettivi, ma la questione della testimonianza resa da soggetti minorenni, sia in ambito civile che penale, è sostanzialmente immanente al valore da riconoscere alla testimonianza in generale. La *qualità* di minorenni dell'autore di essa, ne accentua, semmai, determinate caratteristiche che, proprio nel caso del minore testimone, risultano scarsamente considerate sul presupposto dell'*ingenuità* o dell'*innocenza* del narrante e in nome di pur sacrosante esigenze di protezione del soggetto più debole. Si crea, in tal modo, un clima nel quale il rischio è costituito dall'attribuzione al narrato del minore di una maggiore valenza dimostrativa rispetto a quello dell'adulto. È superfluo affermare che di fatto non è per nulla così, e che, anzi, la testimonianza del

minore risulta connotata di tante particolarità da risultare assolutamente *sui generis*, almeno nel caso di determinate categorie di minori, quali i bambini o comunque i ragazzi al di sotto dei quattordici anni. Un pregiudizio di *sostanziale veridicità* del narrato del minore, non solo incombe ma può dirsi favorito proprio dalle particolari regole di acquisizione della testimonianza previste dalla normativa vigente, quasi che le deroghe rispetto alle normali regole dell'esame e del controesame costituiscano veicolo privilegiato di accertamento e non pure veri e propri limiti alla conoscenza dei fatti, ai quali dovrebbe far riscontro la fissazione di una regola certa di valutazione del narrato.

Si sa che nel sistema processuale penale la testimonianza occupa un posto centrale che solo negli ultimi decenni è stato variamente offuscato dalle indagini tecniche e dalle fonti strumentali di apprendimento dei dati rilevanti ai fini della ricostruzione degli accadimenti. La testimonianza, però, possiede un intrinseco *vulnus*; ad una parte di essa che copre la c.d. *verità oggettiva* di quanto appreso, fa riscontro un'altra parte, di vera e propria *costruzione soggettiva*, direttamente relazionata al tipo di persona che testimonia e al suo coinvolgimento.

Nella psicologia giudiziaria un dato può dirsi ormai generalmente acquisito: «Il problema dell'attendibilità della testimonianza ha a che vedere con il rapporto esistente tra la *realtà*

*soggettiva* (ovvero ciò che un individuo ritiene si sia verificato) e la *realtà oggettiva*, cioè l'evento che è realmente accaduto» (BALDINI). Il sistema è complesso e «i meccanismi coinvolti» sono, in estrema sintesi, quelli che determinano l'elaborazione dell'informazione da parte dell'individuo che l'abbia appresa. Questa, «si articola in tre fasi fondamentali: 1. l'*acquisizione*, ovvero la *percezione* degli stimoli provenienti dal mondo esterno; 2. la ritenzione, per mezzo della quale le informazioni vengono conservate; 3. il recupero, attraverso il quale le nozioni apprese in precedenza vengono *ritrovate* e rese disponibili per essere utilizzate» (BALDINI).

Ognuna di tali fasi consta di deficienze e di integrazioni e lo studio sulle variabili che influenzano la percezione non è certo più ricco di quello relativo alla ritenzione della memoria o al recupero dell'informazione, posto che i *fattori relativi all'evento* e i *fattori relativi al testimone* si combinano tra di loro in ognuna delle dette fasi, così da risultare estremamente problematica la ricostruzione del vero attraverso il narrato.

Non è questa la sede per soffermarsi sull'incidenza degli or detti *fattori*; qualche sintetico accenno, però, pare opportuno posto che, avendo chiara la realtà di genere della quale si dice, sarà evidentemente più agevole cogliere gli aspetti specifici della realtà particolare che interessa.

Si ha, dunque, che *fattori relativi al testimone* rilevanti ai fini della *percezione* sono, ad esempio, l'organizzazione per schemi degli eventi dovuta alle conoscenze pregresse del soggetto che apprende, il quale tende, in sostanza, a confermare le precedenti nozioni, disattendendo le altre non corrispondenti alle sue conoscenze; lo stato emotivo che influenza l'attenzione focalizzandola su un dato oggetto e non sul contesto (il *weapon focus* – *effetto pistola* – è l'interferenza maggiormente studiata: il soggetto concentra l'attenzione sull'arma e non su chi la impugna in quanto da essa può derivargli male); la stessa abitudine generale del soggetto a focalizzare l'attenzione su un elemento della realtà piuttosto che su un altro. La fase della registra-

zione del ricordo può, poi, essere condizionata dalle c.d. *informazioni post-evento*, quella somma di notizie che il testimone acquisisce dopo il fatto e che si fissano nella sua memoria come tasselli integrativi di un vissuto non vissuto che pure arricchisce il narrato. Tra i fattori soggettivi che influenzano la rievocazione è emblematico l'*egocentrismo*, esattamente definito come «la tendenza a ricordare se stessi come figure centrali di un evento, e a descriversi in maniera autoprotettiva» (BALDINI); in tal caso, il ricordo è *di sé* non di ciò che accade e tanto maggiore è l'attenzione volta a sé stessi, tanto minore la ricostruzione degli eventi per ciò che sono stati.

Fattori soggettivi e fattori oggettivi condizionano, dunque, le fasi fondamentali del fenomeno testimonianza. Ed è per tale ragione che ogni narrato deve essere letto in un quadro più ampio: come fonte – una delle tante, ove possibile – per la ricostruzione storica dei fatti, ma non come elemento sul quale basare l'esito del processo. Meglio è a dirsi, riprendendo l'acuta intuizione di una studiosa di psicologia della testimonianza, «occorre, attraverso verifiche incrociate, che la testimonianza possa essere confermata da altre risultanze o che sia essa a confermare altre prove e non costituire di per sé l'elemento fondante il giudizio» (FANTONI, *Il minore sessualmente abusato*, in [www.psychomedia.it](http://www.psychomedia.it)). Non si comprenderanno mai le ragioni sottese alle regole stabilite per l'esame e il controesame dall'art. 499 c.p.p. e alla disciplina delle contestazioni prevista dall'art. 500 c.p.p., se non muovendo dalla considerazione fondamentale che «*the worthlessness of mere human testimony*» (TREVOR-ROPER, *The Last Days of Hitler*, Londra, 1978, 11). Se l'art. 194, 3° co., c.p.p. presuppone una sorta di automatismo dell'apparato sensorio volto a cogliere oggettivamente i fatti che cadono sotto i sensi del testimone, che, come il flash di una Polaroid, dovrebbe tradurli immediatamente in immagini da fissare indelebilmente nella memoria, l'esperienza scientifica e la pratica giudiziaria registrano ben altro e, a prescindere dalla possibile menzo-

gna, già il processo di fissazione delle immagini ovvero dei suoni è un'operazione oltremodo complicata e altamente aleatoria quanto a risultati. «A decomporla» – ricorda Cordero (*Procedura penale*, Milano, 2001, 652 ss.), riprendendo gli studi di de Cataldo (*Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, *passim*) - «resta poco o niente di obiettivo: ... i canali sensori lavorano selettivamente perché l'apparto sensorio ha capienza limitata: esposto a stimoli simultanei, capta quelli rispetto a cui è addestrato (nell'identico contesto, l'addetto al traffico e i passanti vedono cose diverse); e molto dipende dagli stati emotivi ... I dati sensori non sono percezioni ma lo diventano attraverso un lavoro classificatorio automatico, quindi inconscio; variando i modelli, mutano le figure e sarebbe stupefacente che medico, chiromante, *boutiquier* vedessero lo stesso viso alla stessa persona».

Può dirsi, insomma, che le «griglie selettive della memoria» rendono sempre fluido ciò che si è appreso e il deperimento dei ricordi (la c.d. *curva dell'oblio*) con lo stimolo che li richiama influiscono sempre come fattori costanti, sufficienti da soli a far sì che quanto si ricorda non sia mai lo stesso. Il contesto nel quale si evocano i ricordi influisce sull'operazione di recupero con un «*referent power*», per cui può dirsi, con Cordero, che «onesti reminiscenti scavano nella memoria e ad ogni discesa scoprono qualcosa o ve lo immettono» (CORDERO).

Anche a volerlo dare per sincero e immune da patologie atte ad adulterare i ricordi, ogni testimone è dunque un rischio e ogni testimonianza un'insidia che dà ragione dello scarso credito ad essa tradizionalmente accordato. Scarso credito che – incredibilmente – pare sempre più venire meno man mano che al risalto di una società maggiormente aperta fa riscontro il progressivo rinchiudersi dell'individuo entro sfere sempre più ristrette nelle quali i rapporti si risolvono nella particolarità della singola relazione umana, proposta ormai come caratteristica della dimensione sociale dei fenomeni intersoggettivi. Nella società che si chiude – o, meglio,

che chiude l'individuo in ambiti sempre più privati – il valore della testimonianza sembra assurdamente aumentare, quasi si volesse, in tal modo, esorcizzare attraverso la loquacità la solitudine. L'«io narrante» diventa protagonista e il «narrato» perde via via la connotazione di problema.

Nell'esperienza giudiziaria, si arriva, in tal modo, al paradosso della sovrapposizione dei giudizi: stabilita l'attendibilità di taluno, è certamente vero ciò che ha detto, restando un dettaglio la *credibilità del narrato*, sostanzialmente implicita alla generica attendibilità del narrante. Se con grande difficoltà tale conclusione è espunta (ma non sempre) allorché il narrante sia correo ovvero comunque in posizione correlata all'imputazione (la notorietà delle problematiche concernenti il criterio di valutazione dettato dall'art. 192, 3° e 4° co., c.p.p. esime da indugi sul punto), essa pare affermarsi con decisione nella giurisprudenza che, lontana ormai dagli approdi un tempo in voga – *unus testis, nullus testis* era regola di giudizio resistita alle codificazioni – si attesta su un criterio aperto ad ogni approdo: «le dichiarazioni di un testimone, per essere utilizzate dal giudice, devono essere credibili, oltre che avere ad oggetto fatti di diretta cognizione e specificamente indicati, sicché, contrariamente alle altre fonti di conoscenza non abbisognano di riscontri esterni, il ricorso eventuale ai quali è funzionale soltanto al vaglio di credibilità del teste» (C., Sez. I, 1.2.1994, n. 653, in *Mass. Uff.*, n. 196862; C. Sez. I, 24.2.1997, Orsini, in *CP*, 1998, 2424). Potrebbe essere una regola, si badi, ma ad escludere che lo sia ci pensa la stessa giurisprudenza: risultato incredibile un narrato, la credibilità del teste può essere comunque recuperata e «in tema di prova testimoniale trova applicazione il principio della scindibilità della valutazione, da intendersi nel senso che il giudice può ritenere veritiera una parte della deposizione e, nel contempo, disattendere altre parti di essa» (C., Sez. VI, 22.4.1998, n. 7900, in *Mass. Uff.*, n. 211376) ... Il dato di rilievo – ovviamente in negativo – è che la scindibilità è nella *valutazione*: il giudice può disattende-

re parti di dichiarazione perché non convinto della veridicità di esse senza che ciò incida sul giudizio di attendibilità del soggetto.

Nel panorama (oggettivamente inquietante) così delineato, la testimonianza del minore si inserisce a livello di costrutti normativi che pongono limiti alla normale dialettica e affidano il narrato al buon senso del giudice.

Secondo quanto prevede il 1° co. dell'art. 196 c.p.p., infatti, «ogni persona ha la capacità di testimoniare» e tale principio vale come riferimento di carattere generale anche per i minorenni, posto che all'obiezione che tale testimonianza sarebbe invece preclusa dall'art. 120 c.p.p. (secondo cui «non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento: a) i minori degli anni quattordici...»), la giurisprudenza di legittimità ha risposto, interpretando la norma nel senso di escludere che essa disponga «alcun divieto alla testimonianza dei minori, giacché si limita soltanto a stabilire che i minori degli anni quattordici e gli altri soggetti appartenenti alle categorie ivi specificamente indicate (infermi di mente, ubriachi, intossicati per sostanze stupefacenti, sottoposti a misure di sicurezza detentive o a misure di prevenzione) non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento», fissando in tal modo «una generale inidoneità delle persone catalogate ad assolvere alla funzione di garanzia che la legge prevede per il compimento di determinate attività (per esempio, le ispezioni e le perquisizioni), nelle quali l'interessato ha diritto di farsi assistere da persona di fiducia» (*ex multis* C., Sez. III, 28.2.2003, n. 19789, in *GDir*, 2003, 25, 84). La minore età di un testimone, quindi, non incide sulla sua capacità di testimoniare, che è disciplinata dal principio generale contenuto nell'art. 196, 1° co., c.p.p., bensì sulla valutazione della testimonianza e, cioè, sulla sua attendibilità.

Lo speciale statuto dettato per l'assunzione della testimonianza di un minorenne opera in tale prospettiva e, pur stabilendo criteri e modalità di assunzione, lascia del tutto insoddisfatta un'esigenza di fondo: quella della corretta valutazione della testimonianza resa

dal minore. Stabiliti criteri e modalità di assunzione, infatti, non è fissata alcuna «regola di giudizio» di ciò che comunque devia dal percorso «normale» e si ha, dunque, che, diversamente da quanto accade ad esempio per la dichiarazione del chiamante in reità o in correità, la dichiarazione del minore, nonostante le deviazioni, può essere valutata come la testimonianza di un adulto, posto che nulla vieta il contrario e, avverte la giurisprudenza, «anche i bambini in tenera età sono in grado di ricordare ciò che hanno visto e soprattutto ciò che hanno subito con coinvolgimento diretto per cui, pur spettando al giudice di valutare con particolare attenzione la credibilità del dichiarante e l'attendibilità delle dichiarazioni, nel caso di minore-parte offesa, la di lui deposizione ben può essere assunta anche da sola come fonte di prova della responsabilità» (C., Sez. III, 6.3.2003, n. 36619, in *GDir*, 2004, 5, 910). Ai limiti di indagine e di sollecitazione normalmente concessi alle parti, non corrisponde una regola di giudizio codificata e anche nei casi in cui il minore sia un bambino, il problema della testimonianza come «evento ancor più particolare e complesso [rispetto al narrato dell'adulto], che induce a riflettere circa le determinanti che la influenzano» (FANTONI), rimane, al dunque, privo di regole di giudizio predefinite, con un'evidente sovrapposizione concettuale tra capacità di deporre del minorenne medesimo e veridicità del suo racconto. Quasi che la particolarità del soggetto escusso e le deviazioni nel *quomodo* dell'assunzione del narrato da essa giustificate a un certo punto finiscano d'essertali e, stabilita la capacità di deporre, ciò che narra il minore (pure quando sia parte offesa e vittima del reato) è valutabile a prescindere da tutte quelle variabili soggettive proprie della narrazione del minore medesimo che nulla hanno da spartire con la capacità di testimoniare e l'attendibilità del soggetto narrante.

2. *Il minore testimone.* – Prima di procedere ad una verifica, necessariamente sintetica, dei limiti che le regole probatorie incontrano allorché sia escusso un minore, è oppor-

tuna una riflessione sulle particolarità che connotano normalmente la rievocazione dei fatti e la ricostruzione degli accadimenti da parte del minore, soprattutto se inferiore ai quattordici anni d'età. Ciò, per altro, costituirà la base alla quale ancorare la «modesta proposta» che in chiusura verrà formulata in punto di necessaria indicazione di una regola di giudizio laddove, per qualsivoglia ragione, la testimonianza del minore costituisca il dato probatorio maggiormente rilevante, come sovente succede soprattutto nel caso di minori vittime (vere o presunte) di abusi. In tale prospettiva, infatti, seppure è indubbiamente vero che «il discernimento non s'impara sui codici» (CORDERO, 655), non è meno vero che solo «a parità di acume un giudice scientificamente ferrato sarà meno incline a conclusioni apodittiche» (CORDERO, 655); la qual cosa, in tempi di dilagante giustizialismo sovente prossimo all'acuta ignoranza, pare sollecitare prese di posizione decise al fine di evitare che l'assenza di regole di valutazione codificate giustifichi, in un futuro prossimo venturo, qualsivoglia conclusione. Studi di psicologia condotti su ragazzi tra i sei e i dodici anni di età hanno evidenziato in generale che «l'età non inficia le capacità mnestiche e cognitive, che appaiono essere, invece, influenzate soprattutto da variabili di tipo relazionale» (BALDINI). I bimbi tra i 3 e i 6 anni, però, presentano «pure difficoltà, soprattutto nel distinguere la realtà dalla fantasia, gli elementi soggettivi da quelli oggettivi» (BALDINI).

Una differenza particolare è stata riscontrata tra la testimonianza dei minori e quella degli adulti: la quantità di dettagli rievocati. I bambini, stranamente, ricordano un minor numero di particolari rispetto agli adulti, memorizzano più facilmente gli elementi salienti dei fatti che acquisiscono – quelli che rivestono importanza dal punto di vista soggettivo – e sollecitati sono propensi a *riempire i vuoti*, integrando.

Un altro dato significativo è stato recentemente rilevato, analizzando un campione notevole di dati: «la competenza nella rievocazione dei bambini non è [data] tanto [dal]la

qualità del ricordo in sé, ma, piuttosto, [dal]le tecniche di recupero utilizzate (che, essendo capacità metacognitive, sono effettivamente legate alla fase evolutiva raggiunta), oltre che [dal]la modalità con la quale vengono poste le domande» (BALDINI).

Anche l'effettivo livello di sviluppo morale, etico e relazionale del minore è importante, posto che, da esso, «è possibile comprendere il *punto di vista* dal quale egli ha osservato un evento, il modo in cui quest'ultimo è stato categorizzato e il tipo di attribuzione effettuata» (BALDINI), mentre un peso notevole che incide sulla rievocazione dei bambini è dato dal *fenomeno della suggestione*, cioè dal modo in cui essi vengono interrogati in relazione appunto alla facilità con cui un'informazione suggerita viene accettata dal testimone (di solito bambino fino al dodicesimo anno di età, salvo situazioni particolari riferibili anche a soggetti più grandi).

Le ricerche sulla suggestionabilità dei bambini rilevano, non soltanto differenze oggettive, dovute all'età (i più piccoli sono più suggestionabili), ma profonde differenze soggettive intrinseche (alcuni, in età prescolare sono resistenti alle suggestioni degli intervistatori, mentre altri, pure più grandi, risentono della pur minima suggestione), che variamente si combinano a seconda di come il bambino *vede* colui che lo interroga ovvero come quest'ultimo si pone interrogando: «i minori sono più suggestionabili quando le domande sono poste da persone che ritengono autorevoli (*referent power*) e che pongono le domande in modo complesso ... per cui le domande specifiche inducenti e ripetute producono distorsioni, mentre i racconti liberi (*free recall*) producono risposte più accurate anche se spesso incomplete» (BALDINI).

Tale il panorama, quali sono i parametri di valutazione dell'attendibilità del narrato di un bambino o di un ragazzo? Ed è scientificamente esatto quanto sovente proposto: che, cioè, l'accuratezza del narrato sia indice di credibilità di esso e, in ricaduta, di attendibilità del narrante?

Nonostante la psicologia avverta che *accuratezza e credibilità* siano parametri distinti, re-

lativi, il primo, al contenuto del narrato, il secondo, alle caratteristiche del testimone, spesso si rimane invischiati nello stesso circolo vizioso che caratterizza la valutazione della testimonianza dell'adulto e, in tal caso, dall'accurata narrazione degli eventi si traggono affrettate conclusioni definitive in ordine all'attendibilità del narrato, secondo un'equazione tendenzialmente volta ad escludere nella accuratezza della narrazione un indicatore di menzogna (se non pure di preordinato inganno) e, quindi, di incredibilità del narrante.

Da quanto fin qui esposto risultano evidente la particolare complessità e la delicatezza del ruolo del testimone minore e, se da un lato risulta ormai chiaro che bambini e ragazzi possono fornire deposizioni adeguate, dall'altro è evidente che il gran numero di *variabili* incidenti sul loro narrato impone la massima cautela in sede di valutazione di esso. E qui si inserisce il problema, posto che, come s'è detto, l'ordinamento, accortamente prevede uno statuto speciale per l'assunzione della testimonianza del minore nel processo, ma non stabilisce alcuna *regola di valutazione guidata* di quello che può dirsi un insidioso strumento cognitivo.

3. *L'assunzione della testimonianza del minore: a) lo statuto particolare.* – S'è visto che secondo il disposto dell'art. 196 c.p.p., ogni persona ha la capacità di testimoniare. Quindi, salva la non sottoposizione a giuramento dell'infraquattordicenne, non esiste alcuna differenza tra minori e adulti.

Differenze, però, esistono in relazione all'assunzione della testimonianza del minore, soprattutto nel caso in cui esso sia pure la persona offesa da reati di determinate specie e si ha, dunque, un panorama di riferimento che generalmente compromette uno dei cardini fondamentali del processo gnoseologico di acquisizione della verità giudiziale: il contraddittorio effettivo e diretto sulla narrazione del minore.

Questo, infatti, diviene sostanzialmente mediato; diventa una mera esercitazione dialettica su un narrato già sostanzialmente acquisito, alcune volte addirittura per iscritto, che

nulla ha da spartire con la ragione per la quale si è soliti dire che «il processo è contraddittorio», in quanto l'accertamento deve essere consequenziale, non già all'acquisizione di dati in quanto narrati, ma al modo dell'acquisizione di essi in quanto risposta alle sollecitazioni proposte.

In base all'art. 498, 4° co., c.p.p. «L'esame testimoniale del minore è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Nell'esame il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile. Il presidente, sentite le parti, se ritiene che l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste, dispone con ordinanza che la deposizione prosegua nelle forme previste dai commi precedenti. L'ordinanza può essere revocata nel corso dell'esame». Nel caso in cui particolari esigenze relative alla serenità del minore parte lesa di abusi lo impongano, il Tribunale «si trasferisce in un istituto psicologico attrezzato con un vetro a specchio unidirezionale: il bambino viene condotto in una stanza, in compagnia dello psicologo o di uno dei giudici che condurrà l'interrogatorio, mentre tutti gli altri componenti del collegio giudicante, insieme ai carabinieri all'imputato e agli avvocati, staranno in un'aula, al di là del vetro, non visti dal minore. I due locali comunicano con un interfono che consente interventi "in tempo reale" a garanzia del pieno contraddittorio e dei diritti delle parti. ... Se è lo psicologo a condurre l'intervista, viene dotato, di solito, di un auricolare in modo da sentire le eventuali richieste del giudice e formulare così, immediatamente, le apposite domande al minore» (sintesi ripresa da FANTONI). Ai sensi dell'art. 398, 5° co. *bis*, c.p.p. (introdotto dall'art. 14, l. n. 66/1996 e successivamente modificato), nel caso si proceda per determinati reati, durante le indagini preliminari e nel corso dell'udienza preliminare, il pubblico ministero e i difensori possono chiedere, con l'incidente probatorio, l'audizione del minore in forma protetta, e cioè il suo interrogatorio con l'adozione di tutte le cautele necessarie ad evitare che la vista dell'impu-

tato possa turbare il minore. «In tal modo si è costruito un procedimento probatorio speciale in ragione dell'evidente peculiarità del testimone» (FANTONI), posto che anche nella procedura incidentale in forma protetta, si procede secondo quanto stabilito dall'art. 498 c.p.p.

Si ha, dunque, per quanto qui interessa, che il Presidente (o il G.i.p. nel caso di incidente probatorio), non soltanto *filtra* domande e contestazioni, ma, nel caso di assunzione della testimonianza col sistema dei locali separati, può addirittura sollecitare alle parti una scaletta concordata di argomenti o domande da sottoporre al minore che può pure rispondere per iscritto e che, nella prassi, impone a un certo punto una pausa, «nel corso della quale le parti possono sottoporre al giudice nuovi temi e quesiti» (FANTONI). L'esame, in tal caso, viene videoregistrato al fine di potere rilevare – ma successivamente, si rifletta – aspetti di comunicazione non verbale o atteggiamenti del minore eventualmente rilevanti.

Può dirsi che nel caso dell'assunzione della testimonianza del minore, il sistema di tipo accusatorio delineato nel codice di procedura penale perde la propria caratteristica, posto che il principio della formazione della prova in dibattimento, nel contraddittorio tra le parti secondo criteri di immediatezza ed oralità risulta vistosamente compromesso e, con esso, la possibilità di quella duplice verifica delle dichiarazioni testimoniali correlata alla possibilità delle contestazioni.

Evidenti i motivi della deroga, il problema però rimane e allorché si afferma, ad esempio, che soprattutto nei processi in cui il minore sia pure vittima è necessario evitare che sia sottoposto ad esame e controesame per non fargli rivivere più volte la sua dolorosa esperienza (così FANTONI), pare non cogliersi appieno il senso di quanto si afferma, posto che per giustificare la deroga si finisce col dare per scontato ciò che si dovrebbe dimostrare: l'essere stata effettivamente vissuta quella dolorosa esperienza.

Lo statuto della testimonianza del minore promuove, in sostanza, una *via alternativa*

di approccio alla conoscenza giudiziale dei fatti, che sembra presupporre una *apertura di credito* alla verità offerta dal minore. Questa, infatti, passando attraverso la considerazione della posizione di debolezza nella quale egli naturalmente versa, finisce per darsi sostanzialmente acquisita e, quindi, meramente da saggiare in termini di veridicità, invece che come momento di pura asserzione di un fatto che il contraddittorio definirà in termini di verità accettabile o meno.

Ora, però, non è soltanto il modello accusatorio scelto nel 1988 ad imporre il contraddittorio effettivo ed immediato come strumento di conoscenza, ma è la Carta fondamentale ad avere recepito tale indicazione, oggettivando, come si è soliti dire, il diritto soggettivo dell'accusato di interrogare o fare interrogare il teste d'accusa e definendo, così, sul contraddittorio davanti al giudice terzo ed imparziale la vera «dimensione del processo».

Registrare le differenze (meglio: le deviazioni) rispetto al normale procedere impone, dunque, un'indagine affatto particolare, volta a verificare i limiti entro i quali, tali differenze, sono compatibili con le regole costituzionalizzate del «giusto processo» e con i diritti riconosciuti all'accusato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; le une e gli altri sostanzialmente imperniati, per ciò che qui interessa, sull'«effettività del contraddittorio» che, per l'art. 111, 2° co., Cost. costituisce principio che, come detto, dimensione oggettivamente il processo, e, per l'art. 6, 3° §, lett. d), C.e.d.u. è comunque un diritto assoluto, sia pure rinunciabile, dell'accusato.

La norma costituzionale, per altro, prevede nello specifico (3° co.) che «nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato ... abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico...», sicché il tema si arricchisce di ulteriori spunti laddove, per esempio, le deviazioni a siffatta regola sono anch'esse costituzionalmente previste dal successivo 5° co., che detta una vera e propria riserva di legge

in tema, individuando le situazioni legittimanti: a) nel consenso dell'imputato; b) nella «accertata impossibilità di natura oggettiva» di procedere ad esame e controesame incrociati; c) nel caso di «provata condotta illecita» che renda vano il contraddittorio.

Fino a che punto le regole particolari fissate per l'assunzione della testimonianza del minore non svuotano di significato il metodo di conoscenza ritenuto più idoneo allo scopo? Fino a che punto, esse, pur formalmente compatibili con i canoni costituzionali, non riducono il senso stesso del contraddittorio, che ha efficacia gnoseologica soltanto se effettivo e concreto e non pure laddove solo formalmente garantito?

Sono interrogativi che indubbiamente spostano l'orizzonte di riferimento dalle forme del contraddittorio alla *ragione* per la quale esse sono previste come *veicolo di accertamento* e, in tale prospettiva, le deroghe, pur se compatibili col modello, rischiano di disperdere il valore di quel modello come *organo cognitivo*.

4. b) *la compatibilità con le disposizioni fondamentali*. – Il problema della compatibilità dello statuto della testimonianza del minore con le disposizioni fondamentali ha soluzione praticamente scontata. La possibilità del contraddittorio mediato, nonostante gli interrogativi or detti, fa sì che esso sia costituzionalmente legittimo e, seppure a volte risulti alquanto difficile conciliare le diversità normative offerte dal panorama internazionale, sul punto è tutt'altro che difficoltoso reperire la fonte delle possibili deroghe al principio dell'effettività del contraddittorio. La convivenza di corpi normativi di diverso genere ma di pari dignità rende impermeabile l'ordito delle regole particolari: se la C.e.d.u. o il Patto O.N.U., definiscono i diritti umani e pongono principi assoluti volti a soddisfare i diritti dell'accusato nel processo, primo tra tutti il diritto ad interrogare i testi d'accusa; la "Carta di Noto" e la stessa giurisprudenza della Corte europea legittimano l'adozione di regole particolari che, soprattutto laddove il minore sia vittima, risultano a primo acchito incompatibili con l'affermazione

di quel principio come normalmente inteso e riconosciuto.

Una panoramica veloce dell'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo varrà a dar conto di come l'esigenza di tutelare il minore (soprattutto se pure vittima) sia talmente avvertita e perseguita da non avere esitato, la Corte, a ritenere «complessivamente equo» il processo nel caso di affermazione di responsabilità fondata esclusivamente sulla deposizione predibattimentale del minore rimasto assente al dibattimento, laddove un minimo di margine difensivo sia stato comunque garantito all'accusato e la decisione sia stata assunta a seguito della valutazione «particolarmente rigorosa» della deposizione del minore. Si tratta della decisione S.N. c. Svezia del 2.7.2002, della quale è opportuno ripercorrere i *passaggi*, anche per fermare momenti decisivi alla ricognizione della regola generalmente seguita in tema dalla Corte europea.

La prova a carico di S.N., accusato di abuso sessuale sul minore M. era costituita esclusivamente dalla deposizione resa alla polizia da quest'ultimo. Presente all'atto era il difensore di S.N. che, sia pure non direttamente, ma per il tramite del poliziotto interrogante, aveva potuto rivolgere domande a M., oltre che avere copia del verbale riassuntivo, della registrazione della deposizione e della trascrizione di essa. Il difensore di S.N., pur avendone facoltà, non formulò mai alcuna richiesta di escussione giudiziale del minore, né avanzò alcuna riserva sull'operato della polizia. Tratto a giudizio S.N. non poté interrogare o fare interrogare M. rimasto assente al processo. La Corte europea, dopo avere giustificato l'assenza del teste osservando che «questo tipo di processo è spesso vissuto come una prova per la vittima, in particolare quando essa si confronta con suo aggressore», ha ritenuto, in generale, che gli interessi della difesa devono a volte ed in casi particolari essere bilanciate con quelle connesse al rispetto della vita privata dei testi, e che, nel caso concreto, le possibilità offerte alla difesa dell'imputato risultavano adeguate a soddisfare tale bilanciamento.

Dall'esame della decisione (C. eur., Sez. I, 2.7.2002, è reperibile integralmente in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) e in sintesi in TAMIETTI, *Il diritto all'esame dei testimoni a carico e a scarico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* – intervento all'incontro di Torino, 24-25.9.2004 «Spazio giuridico europeo e processo penale») è facile comprendere come il margine di attività difensiva concessa e, nel caso, l'inattività del difensore di fronte alle possibilità pure offerte dal sistema interno abbiano giocato un ruolo particolare nella vicenda. Conclusione, questa, che risulta confermata dalla decisione P.S. c. Germania del 20.12.2001 (C. eur., Sez. III, 20.12.2001, in ANPP, 2002, 368, con nota MAFFEI) che, in una situazione all'apparenza analoga, ha invece ritenuto iniqua la procedura.

Evidente che non si tratti di maggiore o minore indulgenza della Corte in presenza di casi sostanzialmente analoghi (diversamente, TAMIETTI), l'esame della decisione P.S. c. Germania, non solo darà conto della differenza, ma consentirà di fermare il principio, la regola di base che informa le decisioni della Corte europea in tema di temperamento tra esigenza di tutela del «teste vulnerabile» e diritti dell'accusato a difendersi.

Pure per P.S. la prova a carico era costituita dalle sole dichiarazioni rese alla polizia da una minore che lo ha accusato di violenze sessuali. Presente all'atto, con la denunziante, S., era soltanto la madre di lei. P.S. è stato tratto a giudizio a seguito di quelle accuse e, nel corso del giudizio, la sua difesa, invocando il disposto dell'art. 6, 3° §, C.e.d.u., invano richiese ai giudici di sentire la ragazza che lo accusava, non presentatasi al dibattimento. La Corte Regionale di Heilbronn, però, rispose che in base al disposto della legge interna era suo compito verificare l'opportunità dell'esame in relazione alla tutela della teste e, in caso contrario, di acquisire informazioni sulla credibilità della stessa. Ha, dunque, affidato ad un esperto psicologo l'incarico di dar risposta ai due quesiti or detti e, sulle conclusioni di quest'ultimo circa l'opportunità di non creare traumi alla teste

vulnerabile e a suo giudizio credibile, utilizzò la deposizione resa alla polizia, escuse la madre della ragazza che riferì quanto appreso dalla figlia e pervenne alla condanna dell'imputato.

La Corte, in tal caso, richiamando la propria giurisprudenza secondo la quale ogni bilanciamento tra diritti difensivi ed esigenze di tutela della vita privata del teste deve in ogni caso essere «compensato» dalla predisposizione di opportune garanzie ed operare secondo principio di stretta necessità (in tema, C. eur., 14.2.2002, Visser c. Paesi Bassi; C. eur., 23.7.1997, Van Mechelen c. Paesi Bassi; per una panoramica sulla «posizione» della vittima nel processo, fondamentale AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in GI, 2005, 1327), ha ritenuto che alla difesa fossero state precluse chances insopprimibili, essendo «*the procedure followed by the judicial authorities cannot be considered as having enabled the defence to challenge the evidence of S., reported in court by third persons, one of them a close relative*».

In motivazione, la Corte ha ripreso esplicitamente un suo precedente sollecitato da una sentenza di condanna italiana, la decisione A.M. c. Italia del 14.12.1999 (C. eur., Sez. II, 14.12.1999, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) che giova riassumere, per evidenziare come il «principio del minor sacrificio dei diritti di difesa» ha trovato (e trova) applicazione anche laddove pare scontrarsi con esigenze connesse ai rapporti tra gli Stati. Cos'era successo? Che un minore, G., statunitense, giunto in patria aveva denunciato alla polizia di Seattle di essere stato sessualmente molestato da A.M. nel corso della recente vacanza italiana, esattamente a Firenze. Trasmessa la denuncia in Italia, la Procura fiorentina sottopose ad indagini A.M., commissionando nel contempo rogatoria internazionale al fine di acquisire la deposizione di G., dei suoi genitori che avevano appreso la notizia e di uno psicoterapeuta presso il quale il minore aveva asserito di essere in analisi, specificando che costoro, in quanto testimoni, dovevano essere escussi senza la presenza del difensore

dell'indagato. La polizia statunitense raccolse, dunque, le deposizioni dei genitori di G. che confermarono di avere appreso dal figlio che aveva subito molestie e dello psicoterapeuta che rappresentò pure la difficoltà di G. di essere sentito. Sulla scorta di ciò, A.M. fu tratto a giudizio e, ritenuto utilizzabile quanto acquisito all'estero ai sensi dell'art. 512 bis c.p.p., condannato.

La Corte europea, rilevando che le deposizioni dei genitori e dello psicoterapeuta erano state acquisite senza avvertire l'indagato e, quindi, nell'assenza di lui e del suo difensore, ha ritenuto iniqua la procedura, in quanto «*pour condamner le requérant, les juridictions nationales se sont fondées exclusivement sur les déclarations recueillies aux Etats-Unis avant le procès, et que le requérant n'a été, à aucune phase de la procédure, confronté à ses accusateurs*».

È tempo di sintetizzare la regola di giudizio normalmente seguita dalla Corte europea: nei confronti dei testi c.d. vulnerabili – di tutti costoro e non solo dei minori – la valutazione della Corte europea non può non fare riferimento alle possibilità offerte dalla legislazione interna, per cui «laddove le legislazioni nazionali predispongano esami in forma protetta nel dibattimento ovvero prima di tale fase, si tratterà di verificare l'adeguatezza di tali esami e la loro compatibilità con i diritti difensivi; ove invece le normative statuali consentano al teste di rimanere assente in dibattimento, con il conseguente utilizzo delle dichiarazioni rese in precedenza ... in linea generale una condanna non potrà basarsi in misura esclusiva o determinante su tali dichiarazioni» (così AIMONETTO, 1331).

La conclusione conferma la validità dello statuto italiano della testimonianza del minore ma non fa che riproporre il tema dell'assenza di una regola di giudizio, in relazione alla necessità della quale non pare bastino gli apprezzabilissimi approdi offerti ad oggi dalle decisioni di merito e di legittimità, se, al dunque, nonostante l'ortodossia delle conclusioni rispetto al metodo, addirittura è accaduto che il Presidente di un Collegio giu-

dicante abbia avvertito la necessità di spiegare ai mass-media l'assoluzione di un imputato accusato esclusivamente da una minore.

5. *Regole contro i pregiudizi.* – Allorquando l'attenzione dell'opinione pubblica, in un certo tempo, è particolarmente rivolta a determinati tipologie di reati e, ovviamente, al contorno giudiziario che si agita, l'ingiustizia è alle porte. La temperie è di massima attenzione verso fattispecie che vedono coinvolti a vario titolo – molto spesso come testimoni-vittime – i minori. La giurisprudenza è pressoché unanime nell'avvertire l'insidia della testimonianza del minore e non mancano prese di posizione decise che si pongono davvero come baluardi contro i pretenziosi giudizi sommari dei mezzi di comunicazione di massa. Esempi a iosa, qualche approdo giova fermarlo: «L'inesistenza nel sistema normativo di preclusioni o limiti alla capacità del minore a rendere testimonianza (art. 196 c.p.p.) non affranca il giudice dal dovere di controllarne le dichiarazioni con impegno assai più solerte e rigoroso rispetto al generico vaglio di credibilità cui vanno sottoposte le dichiarazioni di ogni testimone. In particolare, nei reati a sfondo sessuale – dei quali il minore è frequentemente vittima e il suo contributo non è normalmente sottraibile alla ricostruzione del fatto – il giudice deve accertare la sincerità della testimonianza del minore, con l'esercizio di una straordinaria misura di prudenza e con un esame particolarmente penetrante e rigoroso di tutti gli altri elementi probatori di cui si possa eventualmente disporre» (C., Sez. III, 28.2.2003, n. 19789, cit.); «Nel valutare le dichiarazioni dei minori il controllo del giudice deve essere diretto ad escludere che l'accusa possa essere in concreto il frutto di un processo di auto o etero suggestione del soggetto, ovvero il frutto della sua esaltazione e fantasia ovvero della sua immaturità psichica, e tale controllo va effettuato attraverso un esame dell'origine, delle modalità e del contenuto della dichiarazione del minore, nonché della sua organicità, uniformità e costanza, almeno nelle parti essenziali» (A. Milano, Sez. I, 17.11.1997, n. 1756, inedita); «Per valutare i comportamen-

ti attribuiti dal minore all'abusante occorre tener conto del contesto in cui le rivelazioni sono emerse. Ne consegue che non è attendibile la dichiarazione del bambino costretto a ripetere troppe volte lo stesso racconto sollecitato in tal senso dal genitore non abusante nel contesto di un esasperato conflitto genitoriale, tanto più se il graduale racconto del minore è stato verosimilmente scandito da interventi preventivi del genitore non abusante desideroso di rivincita nei confronti del genitore accusato» (A. Milano, Sez. I, 23.6.1998, n. 818, in *FAmb*, 1999, 160); «In tema di abusi sessuali intrafamiliari non è attendibile il racconto di un bambino di sei anni quando permanga il ragionevole dubbio che nella rivelazione degli abusi subiti realtà e fantasie, da lui o da altri instillate, siano così confuse da non permettere di cogliere quanto effettivamente gli è accaduto, tanto più se il comportamento dello stesso minore non sia caratterizzato dai sintomi di senso di colpa, stigmatizzazione, ipersessualizzazione, senso di vergogna, costituenti, invece, i classici indicatori di una esperienza di abuso sessuale; il fatto dell'obiettiva e grave sofferenza del minore non costituisce, di per sé, ragione sufficiente a rendere tale sofferenza necessariamente riconducibile al comportamento di abuso sessuale attribuito agli imputati» (T. Milano, Sez. VII, 1.7.1997, n. 2167, in *FAmb*, 1999, 164).

Sono approdi significativi e può dirsi che generalmente la valutazione è questa. S'è detto, però, che in una occasione, un giudice ha avvertito la necessità di spiegare, oltre la dovuta motivazione, i termini della questione risolta con l'assoluzione dell'imputato accusato di abusi sessuali sulla scorta del narrato della presunta vittima.

L'argomentazione alla base del *decisum* è stata la seguente: «Le dichiarazioni rese dalla persona offesa in età prescolare costituiscono elemento indiziante ai fini della ricostruzione complessiva degli episodi di abuso contestati, trattandosi di dichiarazioni provenienti da soggetto *oggettivamente suggestionabile e soggettivamente e psicologicamente inadatto* a fornire una prova piena di quanto afferma-

to. Non si tratta cioè di disquisire con finezza in termini psicologici sulla credibilità del bambino testimone ma di consentire che la credibilità di quanto dallo stesso affermato sia dedotto *aliunde*, senza forzature innocentiste o colpevoliste, o suggestioni inquisitorie o inquinatorie. Va osservato infatti che i bambini in età prescolare sono *soggettivamente e oggettivamente* né credibili né incredibili in quanto la struttura formale, morale e psicologica della loro personalità non ha una definizione tale da consentire una valutazione così netta dei comportamenti e delle affermazioni agli stessi riportabili in termini di assoluta *normalità esistenziale*. In questo senso le dichiarazioni della persona offesa, certamente inquietanti, si sono manifestate quanto mai imprecise sia nella definizione del luogo e del tempo a cui le stesse si riferiscono sia nelle modalità commissive delle stesse, sia nella totale mancanza di qualsivoglia elemento di contorno sessuale riferito al padre nella commissione di tali atti di libidine. Se è vero che le dichiarazioni dei bambini possiedono una necessaria imprecisione spazio-temporale, tuttavia, ciò non esime il giudice da valutarle complessivamente ai fini di un definitivo giudizio di credibilità della bambina» (T. Milano, Sez. VI, 21.12.1995, in *RIML*, 1997, 1082, con nota PANSERIGENTILOMO).

Si tratta, in sostanza, dell'applicazione rigorosa delle indicazioni offerte dalla psicologia giudiziaria ed il fatto che il Presidente del Collegio dovette intervenire pubblicamente, al TG5, per chiarirne contenuti e giustificare scelte ovvie è un segnale inquietante che impone attenzione e riflessione massime: se chi giudica e assolve ha bisogno di spiegare oltre il dovuto la decisione che ha assunto, il rischio che altri non lo faccia e che risulti più comodo certi problemi non porsi o, se posti, risolverli diversamente è davvero elevato e non v'è bisogno di ricordare «*Porte aperte*» di Leonardo Sciascia per rendersene conto. La materia della valutazione della testimonianza del minore è diventata troppo fluida per poter rimanere affidata al buon senso del giudice.

La «modesta proposta», allora: se in quanto soggetto debole e vulnerabile il minore deve essere protetto anche quando testimonia, i limiti di conoscenza consequenziali alle forme della sua tutela impongono che la sua dichiarazione sia valutata secondo una regola prefissata che ne rilevi l'insufficienza *legale* ai fini del giudizio. Un paragone con altre ipotesi caratterizzate dalla

particolarità delle forme di acquisizione di dichiarazioni rilevanti – della chiamata di correo, per esempio – consente di rilevare un dato: laddove esistono deviazioni rispetto al procedimento di conoscenza prestabilito, coerentemente è imposta una regola che vincola il giudizio. Così ha da essere – così non può non essere – pure nel caso della testimonianza del minore.

### **Criteri di valutazione anche in punto di credibilità e veridicità, della testimonianza resa dal minore vittima del reato**

*(Relazione presentata al Convegno «La prova nel processo penale minorile – Le tecniche di audizione del minore nel processo penale ordinario e nel processo minorile» organizzato dall'Osservatorio Nazionale sul diritto di famiglia, Rieti, 27.6.2008)*  
di Vincenzo Tardino

1. È noto il paradosso di J. Derida, secondo il quale «una testimonianza non dovrebbe mai essere considerata una prova... che è possibile che una testimonianza possa essere corroborata da una prova, ma il processo della prova è assolutamente eterogeneo rispetto a quello della testimonianza, la credenza...» (J. DERIDA, *Ecografie della televisione*, 1996, trad. it., Milano 1997, 103 s.).

Derida non era un giurista, ma con il suo provocatorio aforisma ha inteso nella sostanza dire che nel campo della valutazione della prova, dove quella testimoniale rappresenta la tematica processuale di maggior momento, non si deve pretermettere come questo mezzo di prova sia tra i più *insidiosi*, per una composita e complicata combinazione di istintivi fatti conoscitivi, sulla schiettezza e genuinità del teste, sulle sue sensazioni e sui suoi ricordi (FERRUA, *Il giudizio penale*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005): al cui esito, si può dire, che il giudice s'irretisca in una specie di *atto di fede* nei confronti di una persona che s'impegna a dire il vero; ma che dalle cui dichiarazioni

permane sempre un sostrato di *affettività*, un nucleo espositivo non sempre riconducibile ad un fatto di logica e di razionalità; una certa resistenza anche giuridica a collegare, in un nesso di causalità materiale il racconto che il teste rende di un fatto e l'esistenza del fatto stesso.

Ma le dichiarazioni di un teste quale che sia, non sono nell'accezione giuridica la prova della verità di un fatto, bensì lo strumento attraverso il quale, nel contesto di altre risultanze processuali, il *thema probandum*, trova un'inferenza di significativa e qualificata verosimiglianza.

2. Questo assunto consequenziale suole anche essere, nella prassi giuridico-giurisprudenziale collegato alla cosiddetta *attendibilità* del teste, che è un concetto estraneo alla capacità del testimone. E invero il legislatore non ha affatto inteso esigere, tra gli altri requisiti, l'attendibilità del teste (che nella sua caratterizzazione semantica vorrebbe riferirsi ad una persona di sperimentata affidabilità, degna di fede, credibile per definizione), al quale è solo imposto l'*obbligo di dire la verità* (art. 198 c.p.p.):

che è un semplice ammonimento al senso di responsabilità del teste.

Questo discorso sul valore giuridico della testimonianza si riferisce, ovviamente, anche alla testimonianza della parte offesa, che è un testimone della cui astratta affidabilità non si possono avere incertezze solo perché, a volte, è il solo teste in relazione alla circostanza nella quale ha patito una violenza (e il cui interesse a denunciare il fatto non è solo una questione di civile partecipazione, ma di necessità morale e psicologica, legata ad un accadimento che ha lasciato tracce dolorose nella sua persona).

Fermo, allora, il principio ermeneutico di una generale capacità delle persone a testimoniare e di una *generale presunzione di veridicità dei testimoni*, avendo questi l'obbligo di rispondere secondo verità alle domande che sono loro rivolte (art. 198, 1° co., c.p.p.), può succedere che le dichiarazioni di un qualunque teste capace, e anche della persona offesa, possono rivelarsi apparentemente e sintomaticamente non vere per un complesso di ragioni (...). Quando questo succede, perché nel quadro complessivo delle risultanze processuali quelle dichiarazioni non possono dirsi vere senza infirmare nel contempo tutte le altre prove, il giudice ha l'obbligo di spiegare perché certe dichiarazioni non siano credibili, nonostante provengano da un soggetto capace.

3. Il punto, perciò centrale, della valorizzazione giuridica della testimonianza, che si desume dalle *disposizioni generali in tema di prove*, è la normativa di cui all'art. 192, 1° co., c.p.p.: per la quale è il giudice che valuta la prova. È cioè la legge che rinvia all'uomo giudice la valutazione *della prova*, ovvero un giudizio circostanziato sulla sua verità; che non ha uno spessore solo tecnico, ma anche umano, culturale ed etico (... non nel senso delle intenzioni, della disposizione interiore e della morale di quel giudice, ma nel senso dei valori effettivamente voluti e realizzati, ed esplorati anche alla luce di una reinterpretazione evolutiva, nella storia di quel popolo nel cui nome amministra giustizia). Tutto questo porta a considerare l'in-

fungibilità del ragionamento probatorio che ha, nei margini di una corretta, prudente e giustificata discrezionalità, una connotazione *d'imprescindibilità* e di compiutezza. Si vuole, in questo senso, affermare il principio di *diritto dell'essenziale peculiarità di valutazione fattuale, ovvero di merito, del concetto di attendibilità* (C., Sez. III, 23.5.2007, n. 1523, rel. Tardino), perché attinente ad una riconsiderazione del modo di essere delle persone, e cioè dell'esame delle parti, che deve avvenire nella sede naturale della dialettica dibattimentale (art. 503 c.p.p.): dal cui approccio personale e immediato il giudice desume elementi diretti a percepire la veridicità del teste, la spontaneità e la genuinità delle sue dichiarazioni, ma anche le incoerenze, le anomalie, le stranezze e tutti i segnali di possibili turbative.

4. Nell'accezione esegetica del predetto principio, secondo il quale è il giudice che valuta le prove, è perfettamente ammissibile che il giudice consideri anche il minore parte offesa una fonte di prova, anche se una prudente e sensata elaborazione giurisprudenziale, esprimendosi per una valorizzazione *indiziaria* delle dichiarazioni delle parti offese minori di anni quattordici, ha raccomandato di cercare *aliunde* (...) la credibilità della prova testimoniale di quei minori (... in questo scontando il ritardo di una crescita culturale che, sia pure con qualche riserva, è da tempo avviata a superare i forti pregiudizi sulle verità *dei bambini*). Questa concettualizzazione è, peraltro, accettabile anche perché non contrasta con l'enunciato caposaldo della determinante valutazione discrezionale del giudice. Si può dire pertanto, che è ormai un dato indiscutibile nel panorama della giurisprudenza di legittimità, una più rigorosa circospezione nell'acquisizione della prova testimoniale riguardante le dichiarazioni dei minori e dei bambini, anche perché è lo stesso legislatore a prescrivere certe cautele nelle c.d. audizioni protette.

5. A questo proposito va richiamata la normativa di cui all'art. 398, 5° co. *bis*, c.p.p., quando per l'assunzione della prova siano interessati minori di anni sedici e il giudice,

se le esigenze del minore lo rendono necessario od opportuno, stabilisce il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere ad incidente probatorio (...). Nel caso, poi, in cui si proceda per alcuni dei delitti indicati nell'art. 609 *decies*, commessi in danno di minori, l'assistenza affettiva e psicologica del minore persona offesa è assicurata in ogni stato e grado del procedimento dalla presenza dei genitori, o di altre persone idonee indicate dal minore e ammesse dall'autorità giudiziaria. Si può, pertanto, dire che in relazione all'incidente probatorio *ex art.* 398 c.p.p., è prevista senza limiti l'assunzione testimoniale della persona offesa minore di sedici anni (art. 392, 1° co. *bis*, c.p.p.); ed, eventualmente, può essere disposta anche una perizia quando la *persona ... si trovi in uno stato soggetto a modificazione non evitabile* [ovvero si sia in presenza di una condizione che comporti la necessità di accertamenti tecnici non ripetibili, di cui al combinato disposto degli artt. 392, 1° co., lett. *f*) e 360, cpv., c.p.p.; ma anche in questo caso non è obbligatoria la partecipazione di consulenti tecnici di parte, che possono essere presenti nei limiti di cui all'art. 230 c.p.p.].

6. Ma bisogna anche dire che del mezzo istruttorio di cui all'incidente probatorio si fa un uso spropositato, specialmente nei casi di minori parti offese in processi di violenza, dove è diventato di *routine* il consueto ricorso alla perizia; trascurando l'eccezionalità di questo adempimento, previsto solo in caso di accertamento tecnico irripetibile non riflettendo sufficientemente sullo spirito del nuovo processo (rivitalizzato dalla norma costituzionale di cui all'art. 111 Cost.), che rimette alla sede naturale della piena verifica dibattimentale tutte le questioni che coinvolgono comprensibili aspettative probatorie. Del resto, come è stato messo in evidenza dalla recente giurisprudenza di legittimità (C., Sez. III, 12.12.2006, n. 2050, D'Ascanio, rel. Tardino), si coglie il dato empirico che molti frequenti errori d'interpretazione relativi all'incidente probatorio, specialmente nella testimonianza dei minori, dipendono da un certo sconvolgimento per l'impatto emoziona-

le legato all'appassionata, urgente ed emergente attesa spettacolare e mediatica, che suole scatenare condizioni di particolare suggestionabilità, da cui possono derivare, in perfetta buona fede, mutamenti nell'esposizione dei minori (anche per le sollecitate ripetute elaborazioni del loro racconto). La dottrina psichiatrica e psicoanalitica, specialmente la più recente sulle orme di Ribot, Brody, Binswanger ed Ebbinghaus, ammonisce come nell'ambito della testimonianza, specialmente se piccole creature, si carica assai spesso, per i riflessi sociali e giudiziari e per la febbrile attenzione dei mass media, di risonanze emotive (la frequente imposta ritualizzazione di esperienze fastidiose possono portare nei bambini sollecitazioni narcisistiche e complessi di colpa traumatizzanti) che, se da una parte facilitano il ricordo accentuando l'intenzione di ricordare, dall'altra influenzano le modalità della percezione e dell'evocazione. Anche per questo, appunto, sulla considerazione pregiudiziale che l'incidente probatorio ha il solo scopo di anticipare, con le garanzie dell'istruttoria dibattimentale, l'acquisizione di una prova, e specificamente l'assunzione della testimonianza di minori, bisogna ribadire come, in via generale, questo mezzo istruttorio non abbia la funzione di cristallizzare e consacrare nel novero di non previste prove legali, la prova acquisita.

7. Si suole assai spesso affermare che, tra l'altro, i minori di età non sono attendibili perché facilmente *suggestionabili*; ma astraendo dal fatto che si può essere suggestionabili ed essere nel contempo veridici, specialmente quando le nostre dichiarazioni, non solo non sono apprezzabilmente contraddette, ma sono, sotto molteplici aspetti riscontrate anche dal punto di vista obiettivo, da altre fonti di prova. Anche perché la suggestionabilità, che è l'attitudine a lasciarsi facilmente influenzare da fatti o da altre persone, potrebbe investire una qualunque persona anche adulta (perché nessuno di noi saprebbe astrattamente dire fino a che punto potrebbe, in qualche circostanza, essere condizionato da fattori esterni). Il punto rilevante in diritto è solo uno: e cioè, che la *persona*

– e il discorso vale anche per le piccole parti offese – quando il grado di influenzabilità individuale assume forma patologiche, come nelle personalità isteriche o immature; ma di questo bisogna fornire un'adeguata e concreta riprova... Tutti i minori, specialmente i bambini sono *naturalmente portati*, in ragione di uno sviluppo ancora in crescita, ad essere influenzati; ed entro certi limiti si può dire addirittura che la suggestione (che ha un meccanismo ideativo-motorio analogo all'imitazione) svolge nei confronti dei minori, e specialmente nei bambini, un ruolo importante e formativo nelle relazioni interpersonali. Quando, perciò, per incrinare la credibilità dei minori parti offese, si dice che questi sono particolarmente suggestionabili, si dice qualcosa di assolutamente ridondante se non si aggiunge il quando, il come e il perché di un sicuro, quanto concreto, condizionamento, richiamando precise circostanze di fatto o sicure e documentabili menomazioni di natura psichiatrica. In questo contesto si osserva come molto spesso, nella pratica giurisprudenziale, si faccia un generico riferimento ai condizionamenti familiari, senza nulla aggiungere in ordine al carattere fraudolento e invasivo di questi intrighi familiari; ma, soprattutto, di quell'intento malevolo che avrebbe indotto i genitori a forzare il senso del racconto percepito, rappresentandolo come ingannevole per arrecare pregiudizio ad altre persone. I minori, specialmente i piccoli, non possono che comunicare certe loro sensazioni fastidiose (...) alle persone che, più di altre, stanno loro vicine e sono più affidabili (genitori, zii, nonni); se, perciò il loro racconto è stato snaturato ed esasperato dai parenti, e partecipato da questi come artificioso e tendenzioso, quale che sia la buona fede di questi parenti, bisogna fornire elementi plausibili per taciarli, forse nella più benevole delle ipotesi d'incolpevole plagio e sobillazione. Si può discutere, e si discute, del valore che possono avere quelle confidenze dei minori ai genitori e ai parenti (... l'esperienza giurisprudenziale ha dimostrato come molto spesso la consueta demonizzazione delle dichiarazioni dei familiari in

certe dolorose vicende, si sia poi rivelata un disdicevole espediente dialettico di nessuna utilità probatoria); ma su quelle dichiarazioni dei genitori e dei parenti, su quanto da loro percepito dai loro piccoli, non ci si deve dimenticare che vi è anche una personale responsabilizzazione del testimone e una presunzione di veridicità correlata all'obbligo di dire la verità *ex art.* 198 c.p.p. Del resto, quando si parla di genitori e parenti *cospiratori* bisogna fare anche riferimento al c.d. *movente*: perché i fenomeni mentali non possono mancare di connessione causale con qualcosa che ci ha spinti in una certa direzione... la discontinuità non esiste nella vita mentale regolare.

Si parla anche di famigerate *Carte*, come quella di Noto che, tra le altre, ammoniscono sul fatto che i minori, specialmente bambini, quando sono interrogati, sono portati ad assecondare le aspettative degli interroganti; e può essere anche un'affermazione genericamente valida ed accettabile quando si interrogano i minori in un certo modo (...), ma questo non significa e non può significare che tutte le volte che il genitore, un parente o il suo educatore interroghi un minore, questi sia portato *ineluttabilmente* a compiacerlo. In ogni caso tutti questi *protocolli* hanno solo un valore orientativo e non vincolante, impartendo solo anche autorevoli raccomandazioni ed indicazioni di valenza solo interpretativa e operativa, non avendo alcun valore rigorosamente scientifico (come la gran parte delle dottrine comportamentali); appunto perché fondati su un corpo d'ipotesi più o meno accreditabili, o su dati teorici o di mera osservazione non del tutto pacifici. È vero che una certa lettura anche specialistica, indulge a considerare nel minore una certa *affabulazione magica*; ma quello che conta di più, al fine di stabilire la verosimiglianza nelle dichiarazioni dei minori è l'ancoraggio radicale ad una realtà fattuale, nella cui evocazione non emergano stridenti contraddizioni. Certo, si possono dire, e si dicono tante cose (...), ma i punti insuperabili del ragionamento probatorio non possono prescindere dal dato essenziale che quelle di-

chiarazioni *riguardino cose e persone realmente esistenti, rispetto alle quali, specialmente quando i dettagli sono vari e specifici, non si può negare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che quelle piccole creature possono ragionevolmente avere avuto impatti ed esperienze per loro inusitati e fastidiosi e, il più delle volte, traumatici.*

È insignificante discutere *sull'inattendibilità* dei minori, specialmente di quelli più piccoli, solo perché le loro versioni possono essere discordanti rispetto a quelle che forniscono successivamente, o perché non omogenee; la più consolidata letteratura psichiatrico-infantile è unanime nello stabilire che la variabile del racconto di un vissuto dipende dalla storia personale di ognuno e dalla modificabilità dei fattori che possono modulare il loro interesse e la loro attenzione in un certo momento. Il loro ricordo e la loro memoria non sono il più delle volte nitidi e persistenti, ma la spiegazione del meccanismo evocativo costituisce senza dubbio uno dei problemi più complessi della psicologia, e non soltanto di quella minorile. Quello che si può dire con certezza è che gli studiosi collegano all'attenzione, al c.d. *concetto di focalizzazione di un interesse*, la conservazione del ricordo; ma alla dinamica del processo di ritenzione concorrono diversi fattori, tra cui l'intensità, la tipologia dello stimolo, lo stato d'animo ed i fattori personali; e nei minori, specialmente nei più piccoli, è normale una memoria corta e non protrattiva a causa della loro labilità ritentiva, che non consente, a differenza che negli adulti, la concentrazione.

Ma quello in cui vi è la più assoluta consonanza negli studiosi che contano in una certa letteratura specialistica (Bettelheim, Freud Anna, Piaget, Winnicott) è che, per le piccole creature, per le quali non valgono le categorie conoscitive degli adulti, il *gioco* è una forma di comunicazione che ne facilita la crescita, e che la loro area di gioco – che non è la realtà psichica interna – raccoglie solo oggetti e fenomeni del mondo esterno, che possono essere manipolati ma non inventati; così che minori dei quattordici anni e i piccoli, non necessariamente, ma solitamente,

parlano di certe cose quando i grandi e l'educazione (che lottano contro la loro indole) interferiscono nel loro gioco. Si vuole più semplicemente dire che nel pensiero degli Studiosi non è agevole pensare a quelle creature come a persone capaci di sofisticate bugie e fantasticherie perché: *la regola è che quelle piccole persone sono strutturalmente incapaci di occultare o di riprodurre falsamente i fatti di quelle loro prime esperienze*; anche se può succedere, quando non vi siano particolari disturbi del comportamento, e della personalità, che accedano ad una loro inconsapevole effusione ostentata senza malizia, dove le possibili bugie sono grossolane, trasparenti, ma soprattutto fuggivevoli e facilmente smascherabili.

Certo, non è facile per il giudice di merito districarsi in queste vicende; ma è un fatto normativo *l'insfungibilità del ragionamento probatorio* come il solo espediente capace di dare certezze giuridiche in una dimensione relativistica e solo logica nell'ambito di un *concetto inferenziale* (la prova) collegabile ad un solo assunto: che, *cioè la testimonianza del minore risponde ad un principio di realtà e di verità* (C, Sez. III, Bagalà, rel. Tardino). 8. Ecco perché non esiste nel nostro codice, contrassegnato dall'idea dell'*autosufficienza* del ragionamento probatorio, uno spazio per un vero e proprio *diritto alla perizia tecnica* (non includendo il diritto alla prova, sotto il profilo dell'esigenza di difendersi provando, il ricorso ad un mezzo tecnico la cui ammissibilità dipende dalla presupposta giustificata indispensabilità): appunto perché il ricorso alla perizia, nell'eccezione di un'assoluta necessità ad acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche o scientifiche ha solo un valore strumentale e meramente sussidiario e residuale).

9. Concludendo: da tutta la nostra normativa processuale ed ordinamentale emerge l'idea assorbente che la valutazione della prova, e della prova nel processo penale minorile, unitamente alle tecniche di audizione del minore nel processo penale ordinario e nel processo penale minorile, è una delle attribuzio-

ni più rilevanti del giudice, che ne è per legge il garante (specialmente nei processi in cui sono interessati minori e bambini in età prescolare); e che deve condurre e padroneggiare la prova con la sua prudenza e competenza; mediando, ma non delegando, la valutazione della stessa ad altre persone più o me-

no specializzate ed esperte, il cui intervento deve essere controllato e filtrato, avendo solo un carattere sostanzialmente strumentale (TARDINO, *Il giudizio penale tra fatto e valore giuridico*, in *Le prove penali*, Trattato diretto da Gaito, III, Torino, 2008. in corso di stampa).

## **Dal progetto Dalia al progetto Riccio (resoconto di un recente convegno sul futuro del processo penale)**

di *Antonino Pulvirenti*

Gli ultimi due progetti volti a riformare il codice di procedura penale – il progetto Dalia (Commissione presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia, istituita con D.I. 29 luglio 2004 e integrata con D.I. 3 gennaio 2005) e il progetto Riccio (Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Riccio, istituita con D.I. 27 luglio 2006 e integrato con D.I. del 29 novembre 2006), presieduta dal prof. Giuseppe Riccio) – non hanno avuto la “fortuna” di essere tramutati in legge nel corso delle rispettive legislature. Anzi, a voler essere precisi, non hanno neanche avuto la possibilità di approdare alla discussione parlamentare, avendo il legislatore – come sempre più frequentemente accade – preferito intervenire con novelle frammentarie e disorganiche.

Eppure, sarebbe riduttivo etichettare queste esperienze come inutili e superate, essendo ragionevole ipotizzare che l’attuale Governo, nell’eventualità in cui decidesse di intraprendere un ennesimo tentativo di riforma del codice di rito, da esse non potrebbe prescindere.

Una riforma sulla cui necessità si registra, e non potrebbe essere altrimenti, unanimità di consensi: dopo quasi venti anni di vita, alquanto travagliata, il vigente codice di procedura penale abbisogna di una vigorosa rivitalizzazione, capace, a prescindere dalle forme che si riterrà più opportuno adottare, di “partorire” un processo penale più effi-

ciente e veloce. Capace, cioè, da un lato, di assolvere meglio alla sua fisiologica funzione cognitiva e, dall’altro, di farlo in termini più compatibili con le legittime aspettative della società e degli “utenti” dei singoli processi (le parti, per intenderci).

La crisi della giustizia penale è nota e non è certo questa la sede per rievocarne le cause. Basti rammentare quanto sia ormai diffusa e radicata nei consociati (ma anche nei c.d. addetti ai lavori) la percezione di un sistema penale meramente simbolico, quasi illusorio. Un sistema nel quale, a fronte di un catalogo di reati in continua espansione e di comminatorie edittali sempre più severe, il processo penale mostra, in termini sempre più evidenti, la sua inadeguatezza funzionale (nei tempi e nei modi). E la situazione ha raggiunto dimensioni tali da legittimare l’opinione di chi, polemicamente, fa rilevare come il rapporto tra diritto e processo penale si sia ormai invertito: non più, il secondo servente del primo, ma esattamente il contrario. Una inversione che, è quasi superfluo rilevarlo, non opera sul piano teorico (sebbene anche da questo punto di vista gli spunti non manchino), ma su quello della realtà fattuale. La fattispecie penale astratta, insomma, è sempre più destinata a rimanere tale, attesa la consolidata incapacità dello strumento cognitivo di tramutare la notizia di reato in accertamento definitivo ed, eventualmente, in applicazione della pena. Senza dire, poi,

di tutte quelle incongruenze che, allorché si riesce ad addivenire ad una irrogazione definitiva di pena, rendono quest'ultima incerta e non effettiva. Laddove, è bene precisarlo, per incertezza della pena non si vuol fare riferimento ad una anacronistica (e tendenzialmente incostituzionale) accezione di pena ineluttabile, bensì alle tante irrazionalità e disarmonie sistematiche che oggi connotano il percorso esecutivo della sanzione penale.

Al di là di questa comune presa d'atto, il progetto Dalia e il progetto Riccio muovono da premesse ideologiche e metodologiche diverse, giacché il primo, intervenendo direttamente sull'articolato, non si pone l'obbiettivo di creare un nuovo codice, bensì di "restaurare" quello esistente in nome di un più equilibrato (e democratico) rapporto tra i concetti fondamentali di Autorità e Libertà (cfr. A.A. DALIA, *Relazione introduttiva*, in A. PENNISI (a cura di), *Verso un nuovo processo penale*, Milano, 2008, 14); il secondo, pur confermando l'adesione al modello accusatorio del 1988, aspira a più profonde innovazioni di sistema, tramite le quali, essenzialmente, valorizzare il principio della ragionevole durata del processo. Principio concepito, non più in una "logica quantista" di limite operativo del contraddittorio, ma come interesse fondamentale dotato di autonomo fondamento costituzionale [in tal senso, v. G. RICCIO, *Nota di commento tecnico* (pag. 3), in *www.giustizia.it*]. Un'operazione, questa, il cui fisiologico svolgersi determina un andamento progressivo: dapprima la condivisione dei principi e poi la selezione della norme idonee a darvi corpo. Da qui, quasi inevitabile, la scelta di procedere con un progetto di legge delega, anziché con un progetto di codice.

Addentrandoci, però, nel reale contenuto dei due progetti, sarà agevole notare come tali differenze, sia quelle finalistiche sia quelle di metodo, risultino meno accentuate di quanto possa desumersi dai rispettivi "manifesti" ideologici.

In termini più generali, è lecito chiedersi se, al di là dei diversi propositi di massima e

delle differenze di contenuto effettivamente riscontrabili, il progetto Dalia e il progetto Riccio non siano, per mezzo di una sintesi ragionata e scevra di pregiudizi, riducibili ad unità. E se, quindi, in prospettiva futura, non sia possibile auspicare che i nuovi lavori di riforma del codice di procedura penale, anziché ripartire dal nulla o, peggio, da una aprioristica presa di posizione favorevole all'uno o all'altro progetto, si risolvano in una meno pretenziosa – ma probabilmente più efficace – operazione di coordinamento e successivo componimento dei risultati cui sono pervenute le due commissioni ministeriali.

Organizzato dal prof. Angelo Pennisi, ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Catania, il 20 e 21 giugno 2008 si è tenuto nella città etnea un convegno nazionale avente proprio il suddetto obiettivo: mettere a confronto il progetto Dalia e il progetto Riccio, in modo da evidenziarne ed elaborarne, settore per settore, le differenze e le omogeneità.

Al convegno non ha potuto prendere parte colui che, avendo presieduto una delle due commissioni di riforma, avrebbe dovuto esserne protagonista: il prof. Andrea Antonio Dalia, tristemente scomparso alcuni mesi addietro. Prima dell'apertura dei lavori scientifici e dopo i rituali indirizzi di saluto, il suo ricordo è stato tracciato, con splendide e commoventi parole, dal prof. Giovanni Tranchina, ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Palermo. «Applicazione rigorosa dell'intelligenza, lealtà, amicizia, rispetto» sono soltanto alcune delle «eccellenti doti del carattere di Nino Dalia» rievocate, con un sentimento di «dolce malinconia», dal prof. Tranchina.

Esaurito questo ideale "incontro dell'amicizia" (così il prof. Tranchina ha voluto definirlo, prendendo le distanze dall'idea del "discorso commemorativo" che si conviene a chi ritiene che «un trapasso rappresenti la fine» ma non a chi pensa che «la morte altro non è se non il durare della vita che si colloca oltre la morte»), hanno avuto inizio, con la relazione del prof. Giuseppe Riccio (ordina-

rio di diritto processuale penale nell'Università di Napoli "Federico II", i lavori scientifici.

Il presidente della commissione nominata dall'allora ministro on. Mastella ha iniziato il suo intervento sottolineando come il progetto Riccio, pur avendo una "cifra politica" differente da quella del progetto Dalia (giacché il primo «si muove sulle linee del ritorno al sistema del 1988», mentre il secondo, coltivando la «filosofia del passaggio dal processo accusatorio al processo di parti», ha l'ambizione di «andare oltre il codice del 1988»), non si pone e non intenda porsi in contrapposizione con quest'ultimo. Egli, piuttosto, ha ammonito: «il legislatore delegato del futuro avrà mano facile se avrà il coraggio di prendere le soluzioni comuni che hanno visto protagoniste le due commissioni».

Ciò premesso, il prof. Riccio ha spiegato il modo di procedere della commissione da lui presieduta. Si è partiti da due presupposti condivisi: 1) la riforma del codice di procedura penale «non basta per rimuovere l'attuale stato di disagio che crea la giustizia penale in questo Paese»; 2) il codice di procedura penale, così come ogni altro codice, «ha nel suo DNA la stabilità», ragione per cui «non si può mettere mano a un codice se non c'è legittimazione per la riforma».

In coerenza al primo punto, il Relatore ha ricordato come la prima bozza di progetto di riforma (le bozze presentate al Ministro sono tre: la prima, del luglio 2007, è stata diffusa presso le Corti di appello, le Università e gli organismi dell'Avvocatura; la seconda, del dicembre 2007, e la terza, del febbraio 2008, sono il frutto delle indicazioni provenienti, dapprima, dalla magistratura e dalle università, e, dopo, dall'avvocatura) sia stata consegnata al Ministro accompagnandola con una serie di "raccomandazioni" specificamente rivolte alla soluzione dei problemi di organizzazione e di risorse attinenti alla crisi della giustizia. Problemi risolvibili, rispettivamente, attuando l'esigenza di revisione dei circondari e mettendo la giustizia nelle condizioni di autofinanziarsi attraverso le risorse provenienti dall'esecuzione penale

(ovviamente, il riferimento è alle sanzioni pecuniarie e alle misure reali).

In ordine al secondo punto, il prof. Riccio ha espresso il convincimento che la legittimazione per la riforma (peraltro, indirettamente confermata dal fatto che «due governi, a distanza di due anni, hanno ritenuto di porre mano al codice») passi inevitabilmente attraverso l'individuazione delle «cause della crisi». Da qui, l'inevitabile sequenza, "quasi scientifica", adottata dalla commissione: analisi dei problemi e delle ragioni della crisi, individuazione delle soluzioni possibili.

Quattro i problemi individuati e sui quali – ha rammentato il Relatore – è necessaria la riflessione degli studiosi per il futuro del processo penale.

Il primo problema (a suo tempo denunciato anche dal prof. Dalia) è costituito dalla «caduta del diritto a favore della *procedura*». Accade, cioè, che «quando il diritto è debole, la magistratura si appropria degli spazi e riempie le lacune», con tutte le conseguenze che ciò produce in termini di «incertezze interpretative e prassi devianti», le quali, a ben vedere, «costituiscono il nuovo fronte interno dell'abuso del processo».

Il secondo problema è determinato dall'ampliamento delle fonti di diritto, soprattutto quelle sovranazionali. Non si può più ignorare la complessità del fenomeno, atteso che oggi, in virtù dei principi espressi dalla sentenza costituzionale n. 348/2007, nel nostro Paese entrano fonti giurisprudenziali esterne (Corte di giustizia; Corte europea dei diritti dell'uomo) «rispetto alle quali l'unica possibile rimozione è quella del ricorso alla Corte costituzionale».

Il terzo problema è il vero "punto conflittuale": se non si vuole mortificare la portata innovativa, per certi versi rivoluzionaria, del nuovo art. 111 Cost., occorre riconoscere che tale disposizione «non riafferma solo il diritto al contraddittorio», bensì «modifica alla radice i connotati di struttura del giusto processo». Il riformatore, insomma, deve chiedersi in che modo nella nuova procedura penale entrino il contraddittorio (inteso, non più solo come diritto, ma anche come "rego-

la gnoseologica”), il diritto al giudice durante le indagini preliminari, la ragionevole durata, il valore da attribuire al “consenso dell’imputato”, ecc. Il tutto in una visione del processo penale che «non abbassi la cifra delle garanzie della persona», ma che, nel contempo, valorizzi l’obiettivo «dell’effettività e dell’efficienza della giurisdizione come istanza sociale e non di mera accademia».

Il quarto e ultimo problema è rappresentato dalla «invasione della legislazione dell’emergenza». In tale contesto, il Relatore ha fatto riferimento ai recenti interventi normativi in materia di sicurezza (d.l. 23.5.2008, n. 92) e di emergenza rifiuti in Campania (d.l. 23.5.2008, n. 90). Interventi che, presupponendo la «straordinarietà della situazione», incidono su aspetti molto rilevanti del processo penale (in parte, peraltro, attingendo proprio alle soluzioni ipotizzate dai progetti Riccio e Dalia) [ci si riferisce ai meccanismi di accelerazione del processo derivanti dall’applicazione di una misura cautelare personale (art. 453, 1° co. *bis*, c.p.p., come introdotto dall’art. 2, lett. g, d.l. n. 92/2008), sostanzialmente ripresi, seppur con sensibili differenze, dall’art. 82.1 del progetto Riccio. Il Relatore ha auspicato che tali interventi costituiscano «la premessa del futuro» e non l’ennesimo esempio di «legislazione emergenziale fatta sulla spinta delle emozioni e poi abbandonata a sé stessa appena il momento lo consentirà», ma che ciò fanno «senza una filosofia di tenuta della giurisdizione».

Delineate le premesse problematiche, il prof. Riccio ha passato in breve rassegna (così come gli imponeva di fare il carattere introduttivo della relazione) le soluzioni escogitate dall’omonimo progetto, avendo altresì cura di evidenziare i punti in riferimento ai quali le stesse si pongono in rapporto di simmetria o di asimmetria con il progetto Dalia.

Tra i due progetti sono comuni, anzitutto, il «senso concreto dell’azione» e la «legittimazione delle indagini». Comuni sono anche il sistema delle sanzioni processuali – in entrambi i progetti vi è la quasi abolizione delle nullità assolute – e la valorizzazione del giu-

dizio. Tra le asimmetrie, quella forse più rilevante attiene alla struttura del procedimento di primo grado, giacché, mentre il progetto Dalia moltiplica le udienze (prevedendo, al termine delle indagini preliminari, l’udienza di comparizione per il controllo sull’esercizio dell’azione penale, e, all’inizio del dibattimento, l’udienza preliminare all’istruzione dibattimentale), la bozza Riccio compie (quel che il Relatore ha definito) un «salto di totale innovazione», passando dalla «monofunzionalità dell’attuale udienza preliminare» alla «plurifunzionalità» della medesima udienza, ora denominata «udienza di conclusione delle indagini preliminari». Tale udienza, cioè, «diventa controllo, ma diventa anche luogo, l’unico luogo per il ricorso alla premialità».

Un’altra asimmetria attiene alle indagini difensive, confermate da entrambi i progetti, ma che la bozza Riccio, in attuazione dell’art. 111, 3° co., Cost., ha inteso indirizzare al giudice, affinché il difensore possa farne un «uso procedimentale». Funzionale al tempestivo esercizio delle indagini difensive è la previsione di una informazione di garanzia che contenga l’accusa e stia «a ridosso della *notitia criminis*». Ancora. Il contraddittorio anticipato in materia cautelare personale è una esigenza che le due commissioni di riforma hanno condiviso, pur prevedendone modalità attuative diverse. La bozza Dalia ha introdotto il «fermo della persona da sottoporre a misura cautelare» (v. art. 287); la bozza Riccio, invece, ha previsto «l’ascolto della persona quando il g.i.p. non sia convinto né sui gravi indizi di colpevolezza né della richiesta sulla misura» (v. direttiva 46.1).

Il Relatore, infine, ha enunciato alcuni punti qualificanti, in via esclusiva, la bozza Riccio: una «nuova idea di mediazione» (direttiva 2.1), l’autorità del precedente delle sezioni unite (direttiva 102.1) e la prescrizione processuale (direttiva 1.1). Quest’ultimo punto, pur definito dallo stesso prof. Riccio «l’elemento di maggiore novità», è stato appena accennato nella relazione introduttiva (probabilmente a causa delle già ricordate esigenze di tempo e di impostazione) e del tutto

ignorato – come vedremo da qui a poco – nelle relazioni successive. Ma, se è vero che l'applicazione di tale istituto, potendo determinare la decadenza dall'obbligo di azione, «sposta il tempo *nel* processo» e presuppone che la ragionevole durata diventi «regola del giudizio», c'è da credere che l'appuntamento sia soltanto rinviato. Il tema, invero, è troppo dirimpente per ritenere che possa, nell'immediato futuro, essere sottratto al terreno di confronto culturale sulle ipotesi di riforma del processo penale.

Proseguendo nella disamina di ciò che è stato, e non di ciò che avrebbe potuto essere, occorre riferire delle relazioni dedicate ad alcuni temi specifici della riforma.

La trattazione del tema relativo alle indagini preliminari e all'archiviazione della notizia di reato è stata affidata al prof. Ennio Amodio, ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Milano, il quale, però, prima di assolvere a tale compito, ha ritenuto opportuno esporre considerazioni di più ampio respiro sul contesto storico-politico nel quale si collocano oggi le aspettative di riforma del processo penale e sulle differenti metodologie operative adottate dalle due commissioni. Riguardo al primo aspetto, il Relatore, ricollegandosi alle più recenti iniziative governative in tema di sicurezza e di sospensione dei processi (ci si riferisce al d.d.l. n. 692/2008 sulla sospensione dei processi penali relativi a fatti commessi fino al 30.6.2002, e al d.d.l. n. 1442/2008, recante disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato), ha denunciato l'esistenza di «una sorta di divorzio fra mondo culturale e mondo della politica e della sfera istituzionale dove si elaborano i fatti normativi»; tale per cui il legislatore, quando viene il momento di legiferare, fa le sue scelte in modo tale da scavalcare l'attività culturale che è stata fatta e da rappresentarla quasi come un lavoro appartato in un luogo dove l'accademia, lontana dai temi reali della procedura penale, svolge la sua attività. Da qui, la speranza di una immediata inversione di tendenza, con un Parlamento che «sappia ascoltare gli studiosi invece che i consiglieri

del principe» e, conseguentemente, utilizzare i due «giacimenti culturali» rappresentati dal progetto Dalia e dal progetto Riccio.

Riguardo al profilo metodologico, il prof. Amodio ha criticato la scelta della commissione Riccio di procedere con legge delega e di intitolare la relativa bozza «nuovo codice di procedura penale», considerato che, da un lato, le direttive ivi riportate ripetono quasi integralmente ciò che è contenuto nel codice vigente (del quale viene confermata anche la «struttura di fondo») e, dall'altro, appare più realistico, in un clima di «casa che brucia», pensare ad «interventi settoriali e mirati per superare i nodi manifestatisi nell'attuazione pratica». Da questo punto di vista, quindi, appare più «produttivo» il metodo – che si potrebbe definire di «risanamento conservativo» – seguito dalla commissione Dalia.

Passando all'analisi contenutistica dei due progetti, il Relatore ha esordito evidenziando come questi ultimi convergano nel dare «maggior peso al ruolo del giudice delle indagini preliminari», così da segnare «una linea di sviluppo rispetto a quello che era stato fatto anche dalla Carotti». Tale tendenza ha il suo «punto di manifestazione più evidente» nella bozza Riccio, laddove al g.i.p. sembra essere attribuito un potere di controllo effettivo sulla durata delle indagini preliminari. Invero, in risposta a quella giurisprudenza corriva che oggi nega al g.i.p. la possibilità di stabilire se la notizia di reato sia stata correttamente iscritta nella data che figura nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., muta il *dies a quo* per il computo del termine di durata delle indagini: non più dalla data dell'*iscrizione*, ma dalla data dell'*effettiva acquisizione* della notizia di reato soggettivamente qualificata.

Perplessità, invece, sono state manifestate dal Relatore in merito alla disciplina riservata dal progetto Riccio all'informazione di garanzia. Questa, assumendo un «contenuto più pregnante, tale da potere affermare che vi è intrinsecamente delineata la formulazione dell'accusa», va «quasi a sovrapporsi con la richiesta di rinvio a giudizio». Sarebbe, allora, forse più corretto dire che l'istituto

dell'informazione di garanzia – inteso come avviso per far sì che l'indagato appronti tempestivamente la difesa in relazione allo svolgimento delle indagini – viene soppresso dal suddetto progetto. E ciò nonostante nella prassi vi siano ancora tante situazioni nelle quali la funzione tradizionale dell'informazione di garanzia («conoscere tempestivamente la pendenza delle indagini») si rivela, pur con le ulteriori possibilità informative riconducibili all'art. 335 c.p.p., di grande utilità pratica. Non desta, al contrario, particolari preoccupazioni la scelta di eliminare l'art. 415 *bis*, atteso che nella prassi corrente, assai spesso, allorquando si dispone di argomenti difensivi di una certa rilevanza, si preferisce «non sfidare il p.m.» e andare direttamente davanti al g.u.p., «nella consapevolezza che in fondo è inutile fare una certa attività per scongiurare la richiesta di rinvio a giudizio quando è già matura questa decisione» da parte dell'accusa. In altri termini, l'eventuale scomparsa dell'art. 415 *bis* c.p.p. non rappresenterebbe, secondo l'illustre Relatore, un «grosso sacrificio».

Per quanto riguarda l'archiviazione, il prof. Amodio, dopo avere sottolineato come in entrambi i progetti le relative causali risultano opportunamente arricchite dalla ipotesi di «tenuità del fatto» mutuata dal d.p.r. n. 448/1988 (scelta che, implicando un'ampia dose di fiducia nei confronti della capacità valutativa della magistratura, si pone agli antipodi della recente proposta di legge sulla sospensione generalizzata dei processi), ha esposto un dubbio in ordine al significato da attribuire alla direttiva n. 63.1. La norma, per quanto «non formulata in modo così cogente e preciso», sembra rimettere ad una successiva fase di approfondimento la scelta relativa all'individuazione del mezzo di impugnazione da proporre contro il provvedimento di archiviazione. In realtà – ha avvertito il Relatore – occorrerebbe non dare eccessivo sfogo alle impugnazioni in questa materia, soprattutto ove si consideri che già oggi si è sviluppata una giurisprudenza che ha allargato notevolmente i poteri di controllo della cassazione sull'archiviazione (origi-

nariamente circoscritti al caso di omesso avviso alla persona offesa) e, soprattutto, che quest'ultima «ha un grado di resistenza così limitato per cui al solo prospettarsi di nuove esigenze investigative è possibile, ai sensi dell'art. 414 c.p.p., riaprire l'indagine».

Il prof. Amodio ha chiuso la sua relazione facendo alcune brevi considerazioni sull'udienza preliminare o, meglio, sulle nuove udienze che nel progetto Dalia e nel progetto Riccio andrebbero a sostituire l'attuale udienza preliminare: rispettivamente, l'udienza di comparizione e l'udienza di conclusione delle indagini. Quel che, in premessa, il Relatore ha apertamente censurato è stata proprio questa «spinta al nominalismo innovatore», utile soltanto a creare «fuorvia-menti e difficoltà rispetto agli usi linguistici conosciuti dagli operatori». A parte ciò, al suddetto è parsa condivisibile l'impostazione del progetto Riccio volta a dare più poteri probatori al g.u.p., così da aumentare le possibilità che il medesimo pervenga ad un epilogo decisorio di proscioglimento, giacché, da una parte, deve considerarsi definitivamente tramontato il pericolo che ciò comporti la riemersione del giudice istruttore, e, dall'altra, non corrisponde al vero (il dato è tratto dall'esperienza professionale dello stesso Relatore) l'opinione comune secondo cui l'udienza preliminare è sempre assolutamente inutile. Né il progetto Riccio né il progetto Dalia, invece, hanno dato riscontro alla tesi del prof. Amodio circa l'opportunità, in una logica di economia degli interventi della Corte di cassazione, di prevedere la totale inoppugnabilità della sentenza di non luogo a procedere.

Sull'udienza di comparizione ha relazionato la prof. Marzia Ferraioli, ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Roma «Tor Vergata».

La Relatrice ha subito risposto ad alcuni dei rilievi mossi dal prof. Amodio. Sul piano delle considerazioni di ordine generale, la prof. Ferraioli ha inteso ridimensionare lo scollamento denunciato dal suddetto tra mondo della politica e mondo accademico, sostenendo che l'Accademia, almeno in riferimento al

progetto Dalia, non può dirsi sia stata che «pretermissa o accantonata». Si è ricordato, a tal fine, che il 2 maggio 2006 il citato progetto è stato “fatto proprio” (compresa la relazione illustrativa del prof. Dalia) da una proposta di legge presentata dall’on. Pecorella e da altri deputati. Progetto che il governo nel frattempo insediatosi non ha portato avanti «per la scellerata abitudine di accantonare il pregresso per cominciare da capo», ma che, trattandosi di un «prodotto finito» (fatto con “maestria e con rispetto della sistematica e delle regole”) il nuovo avvicendamento politico ben potrebbe recuperare.

Riguardo al tema specifico dell’udienza di comparizione, la Relatrice ha premesso come il mutamento della disciplina non sia stato affatto di tipo nominalistico – come ritenuto dal prof. Amodio – ma «di sostanza», essendosi voluto restituire «anche questa udienza all’iniziativa di parte in omaggio al modello accusatorio». Un’udienza nella cui disciplina, come la prof. Ferraioli ha cercato di dimostrare nel prosieguo del suo intervento, si trovano integralmente realizzati i tre obiettivi indicati dal Ministro della Giustizia on. Castelli al momento della nomina: recuperare la natura accusatoria del processo del 1988, garantire i diritti costituzionali delle parti e realizzare il principio della ragionevole durata. Nell’udienza di comparizione il pubblico ministero è chiamato «a dare la prova della sostenibilità dell’azione davanti al giudice del dibattimento». Niente di più della logica conseguenza di una «regola di principio»: «l’onere della prova grava su colui che afferma». Egli, quindi, è tenuto, non solo a depositare, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, il fascicolo contenente la notizia di reato e la documentazione delle indagini espletate, così come accade oggi; ma anche, a indicare nella suddetta richiesta le fonti di prova che intende utilizzare in dibattimento e le circostanze sulle quali, sempre in dibattimento, ritiene di poter esaminare il testimone, il perito, la persona imputata di reato connesso o la persona indagata di reato collegato. Il difensore non ha alcun “onere di

allegazione”, essendo una sua scelta quella di chiedere l’acquisizione della documentazione relativa alle investigazioni difensive eventualmente compiute e potendosi, per il resto, limitare a «indicare le ragioni che dal suo punto di vista sostengono la sentenza di non luogo a procedere». Nella sintesi elaborata dalla prof. Ferraioli, quindi, a carico del pubblico ministero è posto un onere della prova «in funzione dimostrativa», mentre al difensore è rimessa una discussione avente, «al massimo, funzione persuasiva». Ma quel che più rileva è che, a fronte di queste due differenti posizioni, il progetto Dalia ha inteso garantire il ruolo di terzietà e imparzialità del giudice. È, infatti, molto limitata, rispetto ai poteri attualmente riconosciuti al giudice dell’udienza preliminare, l’attività di integrazione probatoria che può essere esercitata dal giudice dell’udienza di comparizione. Le sole integrazioni che tale giudice può disporre – peraltro «sempre in rapporto a quanto le parti gli hanno indicato» – sono quelle che appaiono, in maniera evidente, decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Non è più riproposto, invece, l’attuale art. 421 *bis* c.p.p., ritenuto dalla prof. Ferraioli «un’autentica abnormità». Questa norma – ha affermato la Relatrice, riprendendo le parole pronunciate dal prof. Dalia in un precedente convegno catanese (trattasi del Convegno «Verso un nuovo processo penale – Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia», svoltosi a Catania il 18 e 19 novembre del 2005, per i cui atti v. A. PENNISI, 4 s.) – consente oggi al g.u.p., che dovrebbe essere il giudice *sull’azione*, di divenire il giudice *per l’azione*; legittimandolo a rilevare le carenze del quadro investigativo, lo trasforma «in giudice che non è terzo, bensì secondo rispetto al magistrato del p.m.», al quale, integrando le indagini, finisce per sostituirsi. Una previsione che è difficile conciliare con la stessa legge che l’ha prevista (la legge Carotti), la quale, da un lato, ha previsto l’incompatibilità delle funzioni del g.i.p. con quelle del g.u.p. (art. 34, 2° co. *bis*, c.p.p.), e poi, dall’altro, ha consentito al g.u.p., attribuendogli il potere in-

tegrativo delle indagini *ex art. 421 bis c.p.p.*, di «diventare anche giudice per le indagini preliminari». Così che diviene difficile comprendere quale sia la differenza tra la suddetta situazione e quella prevista dall'art. 409, rispetto alla quale la Corte costituzionale ha sancito l'incompatibilità del g.i.p. ad essere giudice delle successive fasi qualora abbia ordinato la integrazione delle indagini. Non vi è in entrambi i casi – si è chiesta la Relatrice – la «forza di prevenzione che sostiene la incompatibilità del giudice»? La commissione Dalia, come rilevato, ha risposto affermativamente a tale interrogativo, ritenendo di non riproporre i poteri probatori officiosi dell'attuale g.u.p. e di destinare, in tal modo, la udienza di comparizione «al precipuo fine di filtro esclusivo dell'azione». Tra i diritti costituzionali che il progetto Dalia ha inteso «recuperare» vi è la presunzione di non colpevolezza. Operazione di recupero che la prof. Ferraioli ha intravisto nelle norme che regolano gli esiti possibili dell'udienza di comparizione, le quali confermano le formule terminative oggi previste dall'art. 425 c.p.p. (aggiungendovi quella sulla tenuità del fatto) operando, però, «una formidabile inversione delle scelte». Vale a dire che, mentre il testo vigente adopera in via principale le formule consuete (il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ecc.) e solo in via subordinata la formula relativa alla insufficienza, contraddittorietà, o comunque inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio, degli elementi di prova acquisiti, l'art. 477 della bozza Dalia inverte la scelta elevando quest'ultima a «regola primaria» di giudizio. In sostanza, la «valorizzazione della insufficienza degli elementi acquisiti» fa sì che la regola attualmente destinata dall'art. 533 c.p.p. alla sola sentenza di condanna («dovere del p.m. di provare la colpevolezza superando ogni ragionevole dubbio») sia anticipata alla fase dell'udienza preliminare. Quanto si è fin qui detto attiene al vaglio di fondatezza dell'azione, cioè a quello che nel progetto Dalia diviene l'oggetto esclusivo

della udienza corrispondente all'odierna udienza preliminare. Quest'ultima, invero, è stata «frammentata in due segmenti che si diversificano per oggetto cognitivo e per funzione». Il filtro dell'azione (cioè la funzione originaria dell'udienza preliminare) è stato riservato, per l'appunto, all'udienza di comparizione; invece, tutto quanto di diverso si compie ancora oggi nell'udienza preliminare – e, in particolare, la celebrazione dei riti alternativi – è stato trasferito ad un momento successivo, che è l'udienza preliminare all'istruzione dibattimentale.

Infine, la prof. Ferraioli ha evidenziato il rapporto esistente tra la disciplina relativa alle indagini preliminari e all'udienza di comparizione e il recupero della «ragionevolezza dei tempi». Invero, non riproponendo l'art. 421 *bis* c.p.p. e non rinnovando l'art. 415 *bis* c.p.p. si è, da una parte, evitata quella dilatazione delle indagini che oggi è resa possibile dal potere integrativo riconosciuto al g.u.p. e, dall'altra, scongiurata quella regressione dalla fase dell'udienza preliminare alla fase delle indagini attualmente dipendente dall'accertamento della nullità di cui all'art. 416, 1° co. Nel medesimo contesto argomentativo, la Relatrice ha ribadito quanto sottolineato dal prof. Amodio in ordine al recupero dei controlli sui tempi di durata delle indagini preliminari e sui tempi di iscrizione della notizia di reato.

La prima sessione di lavori – presieduta dal prof. Delfino Siracusano, emerito nell'Università di Roma «La Sapienza» – si è conclusa con la relazione del prof. Giorgio Spangher, ordinario di diritto processuale penale nella medesima Università, sulle norme progettuali in tema di libertà personale.

Il Relatore ha esordito ricordando la natura di «sottosistema» del libro codicistico dedicato alle misure cautelari ovvero di una norma che, in astratto, potrebbe essere tolta dal codice ed essere inserita in un *corpus* autonomo. A tal riguardo, tra la disciplina del codice (alla luce delle importanti modifiche apportate dalla l. n. 332/1995) e le modifiche introdotte dalle bozze Dalia e Riccio è «indubbiamente riscontrabile una sorta di

omogeneità». Continua, in altri termini, a poter essere delineato un «quadro sufficientemente solido» il cui filo logico comune è rappresentato dalla «anticipazione delle garanzie». Un *leit motiv* che entrambi i progetti hanno inteso portare avanti con l'introduzione di norme volte a garantire, in relazione all'applicazione delle misure cautelari personali, l'esercizio del contraddittorio anticipato. Le soluzioni configurate da tali norme non appaiono, però, del tutto condivisibili. In particolare, il prof. Spangher ha espresso il suo «forte dissenso» nei confronti di quelle disposizioni del progetto Dalia che, in relazione alla suddetta fase di contraddittorio, consentono il fermo dell'indagato per trenta giorni e attribuiscono al giudice cautelare il potere di acquisire prove. Un potere, quest'ultimo, che sembra sottoporsi alle stesse critiche avanzate dalla prof. Ferraioli in ordine all'art. 421 *bis* c.p.p.: il giudice, a prescindere dalla fase processuale, deve «avere un compito di terzietà e non andarsi a cercare una sua verità».

Al di là delle singole distonie normative, il Relatore ha prospettato il rischio che «più si rafforzino le garanzie in materia cautelare, più vi sia la possibilità di determinare l'anticipazione della pena attraverso le cautele». Più, in altri termini, il provvedimento cautelare promana da accertamenti probatori pieni, più il suo contenuto cognitivo appare idoneo ad assumere, in funzione delle decisioni di merito, connotati di pregiudizio. E che non si tratti di un rischio meramente teorico è confermato dal fatto che in cassazione sia oggetto di discussione la possibilità di individuare un riflesso negativo dell'art. 405 co. 1-*bis* c.p.p. Ci si chiede, cioè, se, così come l'annullamento della misura cautelare assume valore vincolante in funzione dell'archiviazione, il non annullamento della misura non possa assumere significato in senso opposto (come consolidamento del dato indiziario).

Piuttosto, in termini di garanzie, dalle due commissioni sarebbe stato lecito attendersi un'operazione di tipo diverso, finalizzata, cioè, all'eliminazione di tutte quelle prassi

giurisprudenziali distorte che oggi, in nome di una «visione sostanzialistica dell'esercizio del diritto di difesa», contraddistinguono l'applicazione delle cautele (tra le erosioni di garanzia segnalate dal Relatore ricordiamo, in via esemplificativa, gli orientamenti giurisprudenziali relativi al concetto di «elementi favorevoli», al fermo dell'imputato che sia stato liberato per omesso interrogatorio, al giudice delegato all'interrogatorio che procede senza disporre del fascicolo, alla motivazione *per relationem* dell'ordinanza applicativa della misura cautelare). Di tali «momenti di crisi» del sistema delle cautele i due progetti non sembrano aver tenuto conto.

Il che, ha precisato il prof. Spangher, non vuol certo dire che nei suddetti progetti manchino gli elementi meritevoli di notazione.

In relazione al progetto Dalia, ad esempio, è stata ritenuta «molto positiva» la previsione secondo cui non è applicabile la custodia cautelare in carcere quando il giudice ritiene possibile che, in caso di sentenza di condanna, il soggetto sia ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale (l'inapplicabilità è oggi riferita soltanto alla possibile concessione della sospensione condizionale della pena). Meritevoli, altresì, sono state ritenute le previsioni volte a rendere le impugnazioni delle misure cautelari reali omogenee a quelle delle misure cautelari personali; ad accorpare nell'ambito delle cautele gli attuali mezzi di ricerca della prova (che diventano le «misure cautelari probatorie»); ad un uso maggiore delle misure interdittive. Non altrettanto può dirsi per la possibile proroga a venti giorni, seppure su richiesta del difensore dell'indagato o dell'imputato, del termine per la definizione del giudizio di riesame (art. 349, 9° co.). Su questo specifico aspetto, il prof. Spangher ha indicato un interessante spunto di riflessione, emerso nel corso di un recente *e-learning* del Consiglio superiore della magistratura. Si potrebbe, cioè, pensare ad una differenziazione del termine di decadenza della misura cautelare a seconda che il riesame sia proposto dal difensore con o sen-

za motivi. Nella prima ipotesi, la brevità del termine si imporrebbe in virtù della possibilità per il giudice di individuare immediatamente gli elementi critici dell'ordinanza cautelare; nella seconda ipotesi, dovendo il tribunale «rivalutare un materiale probatorio più ampio», potrebbe apparire opportuno un termine più lungo.

Riguardo al progetto Riccio, il Relatore ha positivamente evidenziato la maggiore attenzione dedicata ai tempi entro i quali la Cassazione è tenuta a decidere il ricorso contro le ordinanze emesse dal tribunale della libertà (è stabilito, seppure non a perdita di efficacia della misura, un termine di venti giorni per il deposito della motivazione); così come l'assenza di qualsivoglia presunzione legale di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, opportunamente sostituita da uno specifico obbligo di motivazione in caso di rigetto della richiesta del pubblico ministero relativa alle situazioni corrispondenti al vigente art. 275, 3° co., c.p.p.

Ma, tra tutte, la previsione del progetto Riccio che più appare degna di nota è quella attinente all'obbligo del pubblico ministero di pagare le spese processuali in caso di rigetto della impugnazione dallo stesso proposta (una previsione che, del resto, origina proprio da un'idea proposta in seno alla commissione dallo stesso prof. Spangher). Sebbene originale, siffatta scelta non può certo essere ritenuta «stravagante», se solo si pensa alla recente statuizione con la quale la Corte costituzionale (sent. n. 26/2007) ha esplicitamente introdotto nelle dinamiche impugnatorie il criterio della soccombenza. Il criterio, una volta introdotto, non può non essere applicato in senso orizzontale: chi «determina un'attività superflua o inutile è tenuto a rifondere il soggetto che non è risultato soccombente».

La seconda sessione del convegno – presieduta dal dott. Giovanni Tinebra, Procuratore generale presso la Corte di appello di Catania, ha avuto inizio con la relazione del prof. Renzo Orlandi, ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Bologna, sui «procedimenti speciali».

Due le considerazioni di ordine generale che hanno fatto da premesse alla relazione del prof. Orlandi.

La prima: probabilmente non esiste un «tempo propizio alle riforme di carattere organico ed è già un miracolo che nel 1988 si sia riusciti a varare un codice di procedura penale radicalmente nuovo». Il problema non è solo italiano, bensì rispecchia una tendenza che si registra anche in altri ordinamenti (si pensi alla Spagna e alla Germania), in base alla quale la legislazione «interviene o a correggere prassi devianti o a cristallizzare norme nate quasi spontaneamente». Non è, però, del tutto esatto – secondo il prof. Orlandi – che il divorzio tra teoria e legislazione sia così radicale, come denunciato dal prof. Amodio, giacché i due progetti, pur non essendo destinati ad essere tradotti in legge, «costituiranno una sorta di *thesaurus* di proposte normative nel quale il legislatore attingerà in maniera settoriale» (così come, del resto, è già avvenuto per la direttiva n. 82.1 della bozza di delega Riccio).

La seconda: i procedimenti speciali rappresentano una deviazione dalla procedura ordinaria. Ciò, in un regime nel quale il procedimento ordinario rappresenta il giusto processo, «si può tollerare a patto che le eccezioni vengano giustificate». Diversamente, non sarebbe rispettato il principio di uguaglianza, ovvero il «diritto di tutti gli imputati ad essere uguali davanti alla legge processuale». Dal punto di vista dommatico, quindi, è comprensibile che i riti speciali siano visti, per così dire, «con antipatia». Ben diversa, però, è la conclusione dal punto di vista realistico, giacché l'esperienza comparatistica ci dice che tali riti, soprattutto quelli c.d. consensuali, anche quando non sono previsti dal legislatore, «crescono nella prassi» a livello di consuetudini negoziali. Un contrasto, questo, che il Relatore ha scorto anche nell'*humus* culturale della bozza Riccio, che, da un lato, sembra non gradire i riti speciali, ma, dall'altro, li prevede nella consapevolezza di dover seguire l'*onda della pratica*.

Entrando nel merito del tema affidatogli, il prof. Orlandi ha spiegato come il solo ele-

mento comune al progetto Riccio e al progetto Dalia sia costituito dal fatto che entrambi «non rimettono in discussione la tipologia dei procedimenti speciali» attualmente contemplati dal codice, i quali, seppure con qualche variazione lessicale, sono sostanzialmente confermati: patteggiamento, giudizio abbreviato, decreto penale di condanna, giudizio immediato e giudizio direttissimo. Con una peculiarità, tuttavia, riscontrabile nel progetto Riccio, che, come meglio si dirà in seguito, introduce la nuova ipotesi procedimentale della “richiesta di condanna”.

Riguardo al contenuto della disciplina, il progetto Dalia risulta più parco di novità, anche se le poche novità apportate sono di profondo significato. La novità più rilevante deriva dalla diversa struttura che nel citato progetto assume il procedimento di primo grado, articolato in quattro segmenti: indagini preliminari, udienza di comparizione (che, come sappiamo, prende il luogo dell'udienza preliminare), udienza preliminare all'istruttoria dibattimentale (che include la porzione conclusiva degli attuali «atti preliminari al dibattimento» e la fase iniziale della odierna udienza dibattimentale fino all'ammissione delle prove) e giudizio dibattimentale. Orbene, il progetto Dalia sposta in avanti il momento della richiesta dei riti alternativi (in particolare, il patteggiamento e il giudizio abbreviato): non più entro l'udienza corrispondente all'udienza preliminare, come accade oggi, bensì all'inizio dell'udienza preliminare all'istruttoria dibattimentale. Ciò che, da una parte, consente all'imputato di disporre un tempo maggiore per valutare l'opportunità di richiedere il rito speciale (obiettivo del quale, a dire il vero, non c'è traccia nella relazione al progetto) e, dall'altra, sposta la competenza del giudice che dovrà decidere sulla suddetta richiesta in modo da attuare «in maniera più precisa il principio del giudice naturale preconstituito per legge». Sul punto, però, il prof. Orlandi ha espresso una «piccola riserva», attinente ai patteggiamenti e ai giudizi abbreviati per i reati di competenza della Corte di assise (trattasi –

ha sottolineato il Relatore – di casi per nulla secondari, anche per quanto riguarda il patteggiamento allargato, nel cui ambito applicativo rientrerebbero, ad esempio, l'omicidio del consenziente, l'omicidio preterintenzionale e l'istigazione o aiuto al suicidio). In questi casi, invero, si investirebbe di processi cartolari e vertenti essenzialmente su questioni giuridiche (qualificazione giuridica del fatto, verifica circa la congruità della pena, ecc.) una corte composta da giudici togati e popolari, vale a dire un giudice la cui natura appare inevitabilmente connessa a momenti di autentica «esaltazione dell'oralità».

Un'altra importante modifica riguarda il giudizio abbreviato, per il quale il progetto Dalia prevede un vero e proprio «ritorno all'indietro quanto alla scelta dei presupposti». L'adozione di tale rito, infatti, non è più rimessa alla mera scelta (con eventuale richiesta di integrazione probatoria) dell'imputato, occorrendo altresì che il processo sia definibile allo stato degli atti. Trattasi, a dire il vero, di un parziale ritorno alle origini, atteso che in questa nuova versione il giudizio abbreviato, a differenza di ciò che prevedeva l'istituto di conio originario, non presuppone il consenso del pubblico ministero. Il punto è – ha affermato il prof. Orlandi – che questa configurazione del rito è già stata censurata dalla Corte costituzionale con la famosissima sentenza n. 92/1992. In tale pronuncia la Consulta rilevò sia il carattere non oggettivo del suddetto criterio (in quanto «predeterminabile dal pubblico ministero») sia la duplice dimensione del dovere di completezza delle indagini posto a carico dell'organo dell'accusa. Vale a dire che una cosa è la completezza finalizzata all'esercizio dell'azione penale ed altra cosa è la completezza finalizzata alla risoluzione dell'alternativa assoluzione-condanna. Conseguentemente, non potendosi pretendere che già in sede di udienza preliminare all'istruzione dibattimentale il pubblico ministero disponga di indagini complete ai fini della decisione di merito, il giudizio abbreviato subordinato alla definibilità allo stato degli atti si presterebbe nuovamente a

determinare sperequazioni tra imputati (cioè proprio il risultato che la citata sentenza costituzionale mirava ad evitare). Il pubblico ministero, in altri termini, pur non potendo prestare il consenso al rito, ma potendo scegliere se svolgere indagini complete in un solo senso o in entrambi i sensi, tornerebbe ad essere il vero arbitro del giudizio abbreviato. E questo, in virtù delle perentorie indicazioni provenienti dalla sentenza costituzionale n. 92/1992, sarebbe inaccettabile.

Più ricco di novità, in tema di procedimenti speciali, è il progetto Riccio. Su due di esse si è soffermato il prof. Orlandi.

Il giudizio immediato e il giudizio direttissimo sono stati eliminati dal punto di vista nominalistico, ma ricompresi, quanto a contenuti, sotto il più ampio *genus* della “citazione diretta”, che ha ora quattro possibili modi di manifestarsi: una è quella dell’attuale procedimento davanti al tribunale monocratico per i reati di vecchia competenza pretorile; un’altra è quella collegata all’evidenza probatoria di cui al vigente art. 453, 1° co., (criterio valutativo che nel progetto Riccio è sostituito dalla “prova semplice”); la terza è quella dell’odierno giudizio direttissimo; l’ultima è la citazione diretta a seguito di emissione di un provvedimento di misura cautelare personale. Ciò che contraddistingue queste diverse ipotesi normative è che il potere del pubblico ministero di esercitare l’azione penale direttamente davanti al giudice del dibattimento è sempre sottratto a qualsiasi controllo preliminare da parte del g.i.p. (verrebbe meno, quindi, anche la valutazione che quest’ultimo è oggi tenuto a fare in base al già citato art. 453, 1° co., c.p.p.).

L’ipotesi che più fa discutere è quella nella quale la citazione diretta è collegata alla «sinergia tra procedimento cautelare e procedimento principale». Non v’è dubbio che la scelta abbia una sua «intrinseca ragionevolezza», giacché accertare i «gravi indizi di colpevolezza» nell’ambito cautelare significa accertare lo stesso presupposto (se non qualcosa in più) richiesto per il rinvio a giudizio. La disciplina prevista per tale istituto (e, nella parte *de qua*, recepita dal novellato art.

453, 1° co. *bis*) presenta, tuttavia, un profilo di sicura «incostituzionalità per irragionevole disparità di trattamento» tra imputati. La sperequazione che è stata censurata dal prof. Orlandi promana dal modo in cui è stata delineata l’ipotesi ostantiva alla citazione diretta. Perché quest’ultima possa essere disposta occorre che sia stata emessa (ed eseguita) una ordinanza applicativa di custodia cautelare o arresti domiciliari e che sulla stessa si sia formato (in termini confermativi) un giudicato cautelare. È fatto, invece, esplicito divieto di procedere con citazione diretta quando la detta ordinanza cautelare sia stata annullata dal tribunale del riesame per insufficienza dei gravi indizi di colpevolezza. È qui, secondo il Relatore, che si determina il pericolo di sperequazione, giacché, circoscrivendo in questi termini l’ipotesi ostantiva, si consente al pubblico ministero di procedere con citazione diretta in tutte quelle altre situazioni per le quali il provvedimento cautelare, seppure per ragioni diverse (si pensi alla erronea qualificazione giuridica del fatto o all’insussistenza delle esigenze cautelari), non avrebbe potuto essere emesso. Indagati o imputati in situazioni omogenee (per entrambi la misura cautelare è dipesa da un provvedimento erroneo) finiscono, così, per essere trattati in modo disomogeneo: agli uni è garantito il procedimento ordinario, agli altri è imposto il sacrificio dei diritti di difesa (amputazione dell’udienza preliminare).

La seconda novità del progetto Riccio è costituita dalla “richiesta di condanna”. Il rito speciale coniato dalla bozza di delega non è una sottospecie dell’attuale patteggiamento, giacché trattasi di un’iniziativa intrapresa unilateralmente dall’imputato e non soggetta al consenso del p.m. È l’imputato, infatti, che, alla fine dell’udienza di conclusione delle indagini, può chiedere al giudice di essere condannato ad una pena determinata; il giudice decide allo stato degli atti, senza poter disporre alcuna integrazione probatoria. L’elemento più innovativo – e che rappresenta un ulteriore segno di distanza dal patteggiamento – è rappresentato dalla regola di giudizio: «a fronte di una incertezza tra gli ele-

menti a carico e a discarico», prevale la regola *in dubio pro reo*, così che il giudice dovrebbe rigettare la richiesta e prosciogliere l'imputato. Mutando la regola di giudizio, poi, non avrebbero alcuna ragion d'essere i dubbi che ancora oggi si incentrano sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento: le sentenze emesse a seguito di richiesta di condanna «sarebbero destinate a valere a tutti gli effetti come sentenze di condanna».

Ciò detto, il Relatore ha osservato come l'applicazione della formula *ex art. 533 c.p.p.* (al di là di ogni ragionevole dubbio) a questo nuovo rito potrebbe «avere un effetto psicologicamente potente sulla condotta del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari». Egli, infatti, sarà indotto a svolgere indagini il più possibile complete, ben sapendo che, in caso di successiva richiesta di condanna proveniente dall'imputato, la sua inerzia investigativa potrebbe determinare un esito di proscioglimento per insufficienza degli elementi probatori. Il che, però, avrebbe anche un «rovescio della medaglia», poiché in questo modo le indagini preliminari – concepite dal codice del 1988 come «inchiesta di parte» – finirebbero per essere trasformate in attività finalizzate «all'accertamento della verità (secondo quella espressione pomposa che compariva nell'art. 599 del vecchio codice)».

Riguardo alla pena suscettibile di essere richiesta dall'imputato, la bozza Riccio non specifica alcunché, rimettendo al legislatore delegato l'individuazione di un limite oltre il quale il rito non possa essere adottato. Certo è che, in base al tenore letterale della direttiva, il criterio di ammissione al rito dovrà essere individuato dal legislatore delegato in riferimento ad un limite di pena e non ad una selezione di reati. In tale contesto, dovrà farsi anche attenzione alla misura dello sconto premiale. Logica vuole, infatti, che «l'entità dello sconto sia commisurata all'oggetto della rinuncia», che nel rito in esame è una *nolo contendere* totale. In questa «squalida algebra degli sconti premiali», in sostanza, la richiesta di condanna non potrà essere

equiparata al giudizio abbreviato, nel quale vi è una rinuncia al diritto alla prova, ma non una rinuncia a difendersi totalmente.

La bozza di delega, pur non prevedendo il limite di pena per l'accesso al rito, stabilisce già quale dovrà essere il criterio di valutazione del giudice in ordine alla congruità della pena richiesta. Egli potrà rigettare la richiesta solo nel caso in cui la pena sia «incongrua per difetto». In altri termini, nel caso in cui la pena individuata dall'imputato sia più elevata di quella ritenuta congrua dal giudice, quest'ultimo non potrà rigettare la richiesta (come accade oggi per il patteggiamento) ma dovrà accoglierla e applicare direttamente la pena più bassa. Il rigetto si imporrebbe, invece, qualora il giudice ritenesse congrua una pena più elevata di quella quantificata dall'imputato. Rigetto che, comunque, non potrebbe arrecare alcun pregiudizio difensivo all'imputato. Per evitare, infatti, che la sua richiesta possa essere interpretata come una «confessione mascherata», nella relazione al progetto Riccio si precisa che l'ordinanza reiettiva andrebbe consegnata al difensore e non entrerebbe nel fascicolo.

Chiudendo il suo intervento, il prof. Orlandi ha auspicato una modifica del progetto Riccio. Il nuovo rito elaborato dalla bozza di delega, certamente positivo se autonomamente considerato, assume una valenza negativa nella misura in cui contribuisce a «popolare» in maniera eccessiva il nostro sistema di procedimenti speciali. Sarebbe, quindi, più opportuno pensare a tale rito come ad «un rito sostitutivo dell'attuale patteggiamento».

La sessione è proseguita con le relazioni dell'avv. Carmelo Peluso, presidente del Consiglio delle Camere penali, su «assunzione e valutazione della prova nel dibattimento», e del dott. Bruno Di Marco, presidente di sezione del Tribunale penale di Catania, su «dibattimento e processi di criminalità organizzata».

L'avvocato ha dapprima rappresentato le preoccupazioni della categoria forense per il dichiarato intento della commissione Riccio di attribuire al principio della ragionevole

durata il valore di «regola pregiuridica». La ragionevole durata – ha osservato l'avv. Peluso – non può essere ritenuta un principio cardine cui subordinare quello del contraddittorio, giacché essa, nella sequenza chiaramente delineata dall'art. 111 Cost., svolge un ruolo subordinato. Ne deriva che l'adeguamento del sistema al valore dell'efficienza non implica in alcun modo la necessità di una ricodificazione, potendo l'obiettivo essere ugualmente raggiunto «con opportune e oculate manovre processuali e organizzative». Vero è – ha proseguito il Relatore – che le affermazioni del prof. Riccio secondo cui «non esistono esigenze di celerità che possono essere ricercate a discapito dei diritti fondamentali» dovrebbero risultare tranquillizzanti per gli avvocati. È vero anche, però, che la scelta di procedere con legge delega, pur con tutti i buoni propositi dei redattori, desta, per sua natura, una fondata preoccupazione, vale a dire che «l'effetto riformatore sia quello di una operazione preterintenzionale».

Nell'ottica di quello che dovrebbe essere il vero obiettivo della riforma, cioè la «ragionevole qualità del processo», l'avv. Peluso ha sottolineato la positività di alcune norme del progetto Dalia volte ad eliminare «momenti di criticità» registrati dalla prassi e relativi all'assunzione della prova in dibattimento. La sua attenzione si è soffermata, in particolare, sull'udienza preliminare all'istruzione dibattimentale, che sembra idonea a «velocizzare i processi senza pregiudicare la qualità della prova». Le attività ivi previste, infatti, mirano a porre un freno a quelle «conseguenze defatiganti per il contraddittorio» dibattimentale che oggi derivano dalla cattiva abitudine delle parti di presentare liste testimoni contenenti indicazioni nominative sovrabbondanti e prive di riferimenti a temi di prova circostanziati. Un'abitudine che, in virtù della presunzione di ammissibilità della prova contenuta nell'art. 190 c.p.p. e di quel consolidato orientamento giurisprudenziale che ha ormai avallato la sistematica elusione dell'obbligo di *discovery* di cui all'art. 468, 1° co., c.p.p., determina spesso un inutile e, per

l'appunto, defatigante ingolfamento dell'istruttoria dibattimentale. Con tutti i riflessi negativi che ciò comporta anche sulla controprova, essendo fin troppo evidente che il ventaglio che si apre a quest'ultima assume dimensioni direttamente proporzionali al tasso di genericità della prova principale. Nella nuova udienza concepita dal progetto Dalia le parti sono chiamate ad esporre, a pena di inammissibilità, tutte le prove che intendono utilizzare, tanto quelle dichiarative quanto quelle documentali. In relazione a quest'ultime, quindi, verrebbe meno quella lettura permissiva del vigente art. 493 c.p.p. che oggi consente l'acquisizione di documenti senza limiti temporali. Le circostanze a cui si riferiscono le prove non possono più essere indicate genericamente, giacché nell'udienza preliminare all'istruzione dibattimentale «le parti devono esaurire il loro progetto probatorio».

Meritevole di menzione è anche quella previsione del progetto Dalia che impone al giudice di calendarizzare, sulla base delle indicazioni delle parti, le attività probatorie da svolgere nel dibattimento. Previsione che, in realtà, è già stata anticipata dalla prassi, essendo numerosi i distretti nei quali magistrati e avvocati hanno stipulato protocolli d'intesa per la gestione ordinata delle udienze penali (la c.d. udienza filtro). Rimane, comunque, l'esigenza che tale disciplina «trovi sede dentro il codice», anziché in protocolli mutevoli e diversi da distretto a distretto.

L'avv. Peluso ha ritenuto importante anche la scelta del progetto Dalia di presidiare con la sanzione dell'inutilizzabilità l'adozione delle modalità acquisitive della prova dichiarativa (esame incrociato), così come la scelta di inibire l'uso delle contestazioni alla parte che conduce l'esame del testimone, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il teste esaminato si riveli ostile. In relazione a questa ipotesi derogatoria, ha però manifestato qualche perplessità per il fatto che l'accertamento dell'ostilità del testimone sia rimesso ad una verifica incidentale del giudice, il quale, così facendo, potrebbe esser costretto ad anticipare la propria valutazione della prova.

In conclusione del suo intervento, l'avv. Peluso ha ricordato quanto, nella logica del rito accusatorio (e dei suoi corollari di immediatezza, concentrazione e oralità delle prove), sia fondamentale il principio della immutabilità del giudice e come, ciò nonostante, tale principio sia oggi sistematicamente aggirato tramite una «rinnovazione dell'istruzione dibattimentale fatta quasi sempre in termini fittizi». Tale disagio della «frammentazione dell'assunzione della prova, che ha fatto del processo penale un *processo da leggere*» non è stato avvertito dalla commissione Riccio. Questa, anzi, sembra aver voluto ratificare la prassi esistente del «bibunale», di un collegio, cioè, che muta continuamente uno dei suoi componenti confidando nella possibilità di reiterare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. In questa direzione – secondo il Relatore – si muoverebbe, infatti, quella previsione del progetto Riccio secondo cui, in caso di mutamento di un solo giudice, la rinnovazione è disposta solo su richiesta di parte e solo se necessaria.

Anche la relazione del dott. Di Marco è stata preceduta da una considerazione critica di ordine generale, sebbene di segno opposto a quella avanzata dall'avv. Peluso. Il magistrato ha avvertito la necessità di liberarsi dai «pregiudizi di carattere ideologico sulle modellistiche processuali», essendo piuttosto necessario che i riformatori si pongano, quale obiettivo primario, quello di valutare l'impatto del modello rispetto alle concrete esigenze organizzative del servizio che (il modello stesso) è chiamato a rendere. È il modello, insomma, «che si deve piegare ad una organizzazione inefficiente» e non viceversa. Il tema dell'efficienza va, più correttamente, orientato alla necessità di una «giurisdizione che sia *capace* di dare sentenze giuste», di rispondere alla «effettiva esigenza di giustizia di una determinata zona territoriale». Il Relatore, quindi, non ha potuto fare a meno di rilevare le anomalie che attualmente contraddistinguono la nostra mappa degli uffici giudiziari. Una mappa alla quale nessun governo ha mai messo mano, con il conseguente paradosso di uffici sovradimensionati rispet-

to ai flussi di lavori esistenti nella zona di loro competenza e uffici palesemente sotto-dimensionati. Basti pensare, in tal senso, al dato della Sicilia, nella quale, a fronte dei due distretti esistenti nella regione lombarda, vi sono ben quattro distretti di corte di appello.

Spostando la sua attenzione al tema specificamente assegnatogli, il dott. Di Marco ha analizzato, in rapida sequenza, le aporie che nel sistema vigente caratterizzano lo statuto della prova dichiarativa nei procedimenti per fatti di criminalità organizzata. Non v'è dubbio – ha precisato, a scanso di equivoci, il Relatore – che anche in relazione a questi reati il processo penale non debba perdere la sua funzione cognitiva e divenire, piegato alle esigenze di politica criminale, un «mezzo di controllo sociale». Altrettanto innegabile è, però, che, in relazione alla esigenza di differenziare la gestione dibattimentale di questi processi (peraltro, già rimarcata dal regime dell'art. 190 *bis* c.p.p.), alcune misure vadano adottate. Tra le tante segnalate dal dott. Di Marco, ne menzioniamo tre.

La prima consiste nella eliminazione delle diverse figure di dichiarante oggi contemplate dal codice e il cui quadro è stato reso ancora più complesso e indecifrabile dall'introduzione dell'istituto del testimone assistito (art. 197 *bis* c.p.p.). Un quadro che, secondo il Relatore, «non presenta garanzie per nessuno» e determina evidente forzature. Tali sono, ad esempio, quelle che spesso si verificano in presenza di un soggetto che, in un procedimento per reati di criminalità organizzata, è contestualmente persona offesa e imputato, allorquando «diventa impossibile scindere i fatti per i quali è obbligato a rispondere da quelli per i quali ha diritto al silenzio».

La seconda misura attiene al regime delle contestazioni al testimone *ex art.* 500 c.p.p. Ad avviso del magistrato, la disciplina adottata dal sistema vigente non è una derivazione necessaria ed insostituibile dell'art. 111, 4° co., Cost., giacché il principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti ivi sancito potrebbe essere ugual-

mente soddisfatto da una disciplina che imponesse il «confronto delle contestazioni con tutto il patrimonio cognitivo del dibattimento». Ciò anche perché, sul piano sostanziale, nulla ci dice che le dichiarazioni rese in dibattimento siano più genuine di quelle rese in una fase antecedente.

La terza e ultima misura dovrebbe consistere nella necessità che nei procedimenti in esame i testimoni siano assunti “in sicurezza”, vale a dire con accorgimenti tecnici che garantiscano a questi soggetti (si pensi al testimone nei processi per estorsione) di essere sentiti «in maniera degna e decorosa» e, soprattutto, di sottrarsi alle frequenti intimidazioni provenienti dai vari soggetti presenti in aula e nelle zone ad essa adiacenti.

Il tema delle impugnazioni è stato trattato dal prof. Alfredo Gaito, ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Perugia.

Nell'ottica di chi ritiene che lo studioso del processo penale debba riservare le trattazioni teoriche alle aule universitarie e impegnarsi, al di fuori di queste, «ad affrontare e a cercare delle soluzioni ai problemi concreti» (deve essere, per dirlo con le stesse parole usate dal Relatore, un «procedurista» più che un «processualista»), è di fondamentale importanza che il tema della riforma delle impugnazioni sia affrontato avendo di mira il preciso obiettivo che si intende raggiungere. Obiettivo che il prof. Gaito ha individuato nella ricerca di un «giusto equilibrio futuribile tra bisogno di nomofilachia e giustizia del caso singolo», non avendosi il «diritto di scegliere una delle due alternative e sacrificare l'altra in nome di pretese (*e indeterminate*) esigenze di celerità».

Non è poi detto che, individuato l'obiettivo, lo strumento attraverso il quale realizzarlo debba essere unico. Esso, piuttosto, potrebbe essere diversificato in base al fatto che la riforma concerna il giudizio di appello o il ricorso per cassazione. Nella prima ipotesi, dovendosi intervenire su un istituto non costituzionalizzato, le possibili modifiche (ad esempio, quelle sui modi e i limiti all'appello) andrebbero ad incidere inevitabilmente su

«temi di elezione e di scelta politica» ed è quindi giusto che siano adottate tramite legge delega; in relazione alla seconda ipotesi, invece, vi è già un «picchetto costituzionale» – la ricorribilità per cassazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali – al quale occorre adeguarsi mediante soluzioni di tipo essenzialmente tecnico, certamente più compatibili con il metodo della «riforma legislativa diretta».

Ma, al di là della scelta dello strumento più adeguato, quel che più conta, come detto, è che si individuino obiettivi precisi e non ci si fermi «ai principi generali sbandierati in modo enfatico». Ovviamente, gli obiettivi non possono essere individuati liberamente, bensì in coerenza alle norme di riferimento costituzionale e sovranazionale. Tra queste ultime, una posizione di preminenza riveste indubbiamente l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui contenuto è molto più specifico e puntuale del generico richiamo alla «effettività della giurisdizione». Vi si contempla, infatti, «il diritto del singolo cittadino europeo all'effettività dell'impugnazione». Quel che conta, allora, non è la pluralità e la proliferazione degli strumenti di controllo della decisione, ma il tasso di effettività del controllo. Non può «scandalizzare» – ha proseguito il Relatore – l'idea di limitare i mezzi di impugnazione, purché l'impugnazione esperibile sia «a tutto campo». E non sarebbe tale quel mezzo che, dinanzi ad un errore di fatto del giudice di appello (o del giudice di primo grado qualora si sopprimesse l'appello), ne impedisse alla cassazione il relativo controllo. In questi casi, invero, l'impugnazione, circoscritta al giudizio di solo diritto, si rivelerebbe «meramente apparente».

Nel medesimo contesto, altra norma sovranazionale che – ha evidenziato il prof. Gaito – non può essere trascurata è l'art. 2 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla suddetta Convenzione. Tale disposizione, sancendo il diritto di ciascuna parte «a che ogni errore procedurale determinante possa avere rimedio (...), dà corpo e sostanza al diritto a una impugnazione concreta ed effettiva» e – ciò

che più rileva – sembra imporre il superamento del principio di tassatività delle nullità e delle impugnazioni.

Non appare, quindi, legittima quella ricorrente interpretazione giurisprudenziale volta ad individuare procedimenti (trattasi, in particolare, dei procedimenti in materia penitenziaria e di misure di prevenzione) nei quali il ricorso per cassazione è ammissibile esclusivamente per violazione di legge e non anche per denunciare il vizio di motivazione. A questa «stranissima divaricazione» occorre porre rimedio, ritenendo che «tutti i casi di ricorso per cassazione siano considerati come violazione di legge», anche perché, in caso contrario, non avrebbe alcun senso prevedere l'obbligo di motivazione dei provvedimenti cui si riferisce l'impugnazione: il fatto che ci sia un obbligo di tal genere «di per sé implica che un soggetto, un giudice terzo, lo possa verificare».

Riguardo all'obbligo di motivazione, il prof. Gaito ha anche segnalato l'esigenza di differenziarne il contenuto tra primo grado e appello. In particolare, non dovrebbe essere più ammessa la motivazione della decisione di appello *per relationem* e ciò anche nei casi di «doppia conforme». Anzi, proprio in questi casi, se è vero che il contraddittorio non è soltanto possibilità di interloquire ma anche diritto alla confutazione delle proprie idee e tesi, occorre una motivazione specifica sui motivi di appello disattesi, in modo da documentare che non vi è stato «il disimpegno del giudice».

Certo, il relatore non ignora che, accanto all'esigenza di garantire alle parti il pieno accesso a strumenti di controllo effettivi, vi sia quella, altrettanto importante, di evitare la proliferazione delle impugnazioni pretestuose. Un obiettivo, quest'ultimo, il cui raggiungimento non passa necessariamente attraverso il sacrificio dei diritti di difesa, essendo configurabili diverse e più proficue soluzioni. In tale direzione, è sembrata «molto intelligente ed urgente» la scelta della bozza Riccio di introdurre «l'autorità tendenzialmente vincolante del precedente delle sezioni unite». Ciò, unitamente all'obbligo di mo-

tivare i provvedimenti giurisdizionali in maniera più precisa, «segnerebbe una rivoluzione copernicana», giacché rafforzerebbe, indirettamente, la decisione del giudice di merito e scoraggerebbe i ricorsi pretestuosi. Il prof. Gaito ha anche sottolineato, però, come l'adozione di una soluzione del genere comporta la necessità di una riforma ordinamentale sulla «purezza e l'autorità del giudice della cassazione». Una volta, infatti, che la decisione delle sezioni unite ha autorità rafforzata, «il minimo a pretendersi è che quei collegi siano costituiti secondo tabelle» e non, come accade oggi, soltanto con decisione del primo presidente finalizzata alla creazione di una vera e propria «specializzazione personalizzata per determinate categorie di materie». Questa forma «esasperata» di specializzazione, sebbene finalizzata alla nomofilachia, deve essere infranta con l'istituzione, quantomeno, di un «pool di giudici per materia». Così soltanto si riconoscerebbe «una *chance* ad ogni ricorrente di potersi discostare dalla decisione del precedente».

Un'altra soluzione alla quale potrebbe pensarsi è quella di istituire una sorta di «deposito cauzionale» da versare al momento della proposizione dell'impugnazione. «Né la Costituzione né la C.e.d.u. – ha rammentato il Relatore – riconoscono a ciascuno di noi di impugnare liberamente quante volte vogliamo», così che si potrebbe ideare un meccanismo per cui ogni persona coinvolta in un processo ha diritto di esercitare gratuitamente «un certo numero di strumenti di controllo», esaurito il quale diverrebbe necessaria una cauzione. Si tratterebbe, in sostanza, di invertire quel percorso che oggi porta, in caso di rigetto o inammissibilità dell'impugnazione, all'applicazione di una sanzione pecuniaria da devolvere alla cassa delle ammende. L'anticipazione dell'obbligo, da un lato, garantirebbe la certezza del versamento (oggi le somme applicate sotto forma di sanzione non vengono, di fatto, mai recuperate) e contribuirebbe, così, alla realizzazione di quella esigenza di autofinanziamento della giustizia penale già ipotizzata dalla commissione Riccio; dall'altro, attenuerebbe sicu-

mente quel fenomeno di “intasamento” degli uffici giudiziari che attualmente, soprattutto nella materia cautelare, le innumerevoli impugnazioni pretestuose producono.

In chiusura del suo intervento, il prof. Gaito ha ricordato come, in una prospettiva di riforma del sistema delle impugnazioni, non si possa ignorare la necessità di dar seguito alla decisione Bocellari della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, com'è noto, ha condannato l'Italia in un caso di misura di prevenzione deliberata senza pubblicità. Da tale statuizione emerge l'obbligo di assicurare in tutte le forme procedurali la «possibilità di pubblicità». Quel che contrasta con la Convenzione, infatti, non è l'udienza camerale in sé e per sé considerata, ma il fatto che in detta udienza l'assenza di pubblicità sia prevista come regola fissa, priva di alternative. Trattasi, è evidente, del *de profundis* del procedimento camerale che oggi si svolge in cassazione, ai sensi dell'art. 611 c.p.p., senza la partecipazione della difesa, la cui struttura andrebbe articolata in modo tale da prevedere «la possibilità dell'interessato di convertire la camera a porte chiuse in udienza pubblica partecipata».

La relazione di sintesi è stata affidata al prof. emerito Delfino Siracusano, il quale ha subito ricordato come, purtroppo, la «malattia» dell'emergenza ha sempre accompagnato la «stagione delle riforme», compresa quella del 1988, quando, proprio durante la stesura in commissione delle norme riguardanti il momento cruciale dedicato al contraddittorio per la prova, incominciò la proliferazione delle “leggine” dovute all'allarme terroristico. Allora il legislatore pensò di «esorcizzare questa divaricazione fra l'urgenza imposta dall'emergenza terroristica e i principi voluti nella trasformazione del codice a tendenza inquisitoria a codice a tendenza accusatoria», inserendo nelle «leggine» una «norma di chiusura, quasi una *grundnorm*», secondo cui le norme ivi contenute «valevano fino al momento che sarebbe stato introdotto il nuovo codice». Era, quello del 1988, un clima di grande entusiasmo, nel quale tutti, magistrati e avvocati inclusi, credevano di

potere eliminare i problemi con la nuova scelta codicistica. Oggi, invece, si ha l'impressione che l'esigenza della riforma organica non sia avvertita né dagli avvocati né dai magistrati ed è questa situazione di disinteresse a suscitare le prime perplessità dell'illustre Relatore: «il codice non può essere imposto ai magistrati, perché i magistrati troveranno sempre degli spazi – chiamiamoli di discrezionalità tecnica – per far sentire anche le tossine del precedente sistema».

Ciò premesso, il prof. Siracusano ha espresso il convincimento che il problema della riforma del processo deve «trovare una sua corretta impostazione nel coordinamento fra le *emergenze* e le *esigenze* delle emergenze e le possibili modifiche settoriali del codice di procedura penale». Il tutto, però, ad una «precondizione», vale a dire quella – espressa dal prof. Riccio e fortemente ribadita dal dott. Di Marco – della «organizzazione degli uffici».

Nel sistema vigente la principale emergenza è costituita dall'abuso delle forme del processo. Un'emergenza che potrebbe essere rimossa, da un lato, «specificando meglio queste forme» e, dall'altro, «adeguando le forme alle funzioni».

Tra le manifestazioni di abuso del processo quella che assume un ruolo predominante e sulla quale, non a caso, si è soffermato maggiormente il prof. Siracusano, è costituita dalle «impugnazioni pretestuose, giustificate soltanto dall'intento di allontanare il giudice».

Le origini del problema vanno fatte risalire alla «lacunosità della legge delega» del 1987, che, pur esaltando il tema del contraddittorio per la prova, non affrontò adeguatamente il tema delle impugnazioni; come se il sistema delle impugnazioni, disciplinato dal codice Rocco secondo un certo impianto, potesse continuare ad essere disciplinato nella stessa maniera con alcuni accorgimenti di ordine tecnico.

In realtà, il problema delle impugnazioni non può mai risolversi nel «tecnicismo di una scelta». Quel che ci si deve chiedere è «se la tutela che noi esigiamo dal giudice di

appello o dal giudice di cassazione è la stessa tutela che chiedevamo al giudice di appello o al giudice di cassazione nel precedente sistema». La risposta muove da una premessa relativa alle motivazioni delle sentenze impugnabili: sarebbe un grave errore cercare di accomunare «in un'unica piattaforma la sentenza di primo grado e quella di secondo grado ai fini dell'impugnazione». Sono due cose profondamente diverse, giacché «la motivazione della sentenza di primo grado è soltanto argomentazione, oggetto di *confutazione*, mentre la sentenza del giudice di appello è *dimostrazione*, oggetto di un controllo di logicità». Orbene, in un sistema a tendenza accusatoria basato sul contraddittorio per la prova «la confutazione dell'argomentazione è concepibile soltanto in appello», poiché la stessa confutazione in cassazione «diventa un controllo in fatto, un controllo sulla prova». Un appello, quindi, nel quale occorre «dare necessariamente maggiore risalto al tema dell'acquisizione della prova», atteso che, «se c'è un controllo di logicità della cassazione, la prova in appello non può essere limitata alla valutazione cartolare». È soltanto in questo senso che – ha aggiunto il Relatore – va misurata l'effettiva dell'appello cui si riferiva il prof. Gaito. È inevitabile che, adempiendo a questo impegno di adeguamento della forma (appello) alla funzione (confutazione), si riduca la possibilità del controllo in fatto da parte della cassazione. Il che, lungi dal rappresentare una anomalia, consentirebbe di restituire al giudizio di legittimità la sua funzione origi-

naria e di evitare tutte quelle innumerevoli dichiarazioni di inammissibilità emesse dalla settima sezione della cassazione che oggi costituiscono «un costo per il sistema». Dichiarazioni che – precisa il prof. Siracusanò – sono emesse correttamente dai giudici di legittimità, poiché il ricorrente, nel momento in cui chiede il controllo di logicità sulla singola questione di fatto, propone, per ciò stesso, una «diversa combinazione fra le varie questioni». Formula, insomma, una «lettura alternativa a quella seguita dal giudice di appello». Si disperde così – ed è questo che, come detto, più rileva sul piano sistematico – «una realtà che ancora meritava di essere apprezzata, inseguita, portata avanti» nella sede cognitiva a ciò preposta, vale a dire in quell'ipotetico giudizio di appello basato su un regime probatorio non esclusivamente cartolare.

Anche dopo il giudicato della cassazione, peraltro, l'esigenza di emersione degli errori di fatto potrebbe trovare una via di fuga nel giudizio di revisione. Si potrebbe, cioè, nell'ambito di questo «impegno a dare razionalità al sistema», pensare di «ridurre la piattaforma del giudizio di cassazione ed allargare conseguentemente e convenientemente i margini della revisione», senza che ciò voglia dire spostare il «peso delle impugnazioni» dal ricorso alla revisione. Si risolverebbe, piuttosto, il problema di fondo rappresentato dalle impugnazioni pretestuose, delle quali, non essendovi più un «giudicato da allontane», verrebbe meno il principale fattore causale.

## RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

### **Intercettazioni**

*Cass., Sez. Unite, 26.6.2008 (non ancora depositata), Rel. Romis, ric. Carli*

Condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la "registrazione" sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di "ascolto", verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria.

### **Riesame**

*Cass., Sez. Unite, 29.5.2008 (non ancora depositata), Rel. Rossi, ric. Ivanov*

La persona offesa che vanta un diritto alla restituzione delle cose sequestrate ha titolo a partecipare all'udienza camerale conseguente alla richiesta di riesame esclusivamente da altri presentata.

### **Impugnazioni**

*Cass., Sez. Unite, 29.5.2008 (dep. 24.6.2008), Pres. Lattanzi, Rel. Canzio, ric. P.C. in proc. D'Eramo*

Il ricorso per cassazione della persona offesa costituita parte civile contro la sentenza di non luogo a procedere, emessa all'esito dell'udienza preliminare, è proposto, dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 46 del 2006 all'art. 428 c.p.p., esclusivamente agli

effetti penali, sicché la Corte, in caso di annullamento con rinvio, dispone la trasmissione degli atti al Tribunale cui appartiene il G.u.p. che ha emesso la sentenza impugnata.

*Cass., Sez. Unite, 29.5.2008 (non ancora depositata), Rel. Bardovagni, ric. Akimenko*

Non è ammissibile l'impugnazione redatta in lingua straniera, proposta da persona legittimata all'impugnazione, che non conosca la lingua italiana, considerato che l'imputato ha il diritto all'assistenza linguistica mediante un proprio interprete.

*Cass., Sez. Unite, 27.6.2008 (non ancora depositata), Rel. Onorato, ric. P.O. in proc. Corna*

Non è consentito il ricorso per cassazione contro il decreto con il quale il giudice di pace dichiara inammissibile il "ricorso immediato" per la citazione a giudizio presentato dalla persona offesa.

*Cass., Sez. Unite, 29.5.2008 (non ancora depositata), Rel. Franco, ric. Parovel*

La parte civile non ha interesse a proporre ricorso per cassazione contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato «perché il fatto non sussiste» (nella specie, all'esito dell'accertamento che il fatto è stato compiuto nell'esercizio di una facoltà legittima ex art. 51 c.p.), al solo scopo di ottenere la diversa formula «perché il fatto non costituisce reato».

# STUDI DI DIRITTO COMPARATO

## L'esame incrociato nel processo penale tedesco

di Luca Dagnoli

1. *Questioni preliminari: i modelli processuali penali l'esame incrociato.* – A. Nella sua essenza, il processo penale rappresenta una “macchina conoscitiva”, la quale si muove lungo i “binari normativi” verso un risultato qualificativo, ossia quello di valutare se uno o più fatti storici siano da ritenere illeciti, in quanto si possano assumere in una fattispecie incriminatrice astratta. E tale eventuale risultato rappresenterà il fondamento giustificativo dell'irrogazione agli autori dei fatti giudicati illeciti delle pene previste dalle norme penali sostanziali. Questa è la logica del processo penale, alla quale naturalmente rispondono anche le norme del diritto processuale penale.

Nelle correlazioni tra norme procedurali e processo si può scorgere un nesso di rappresentatività, di concretizzazione formale, secondo un rapporto tra sceneggiatura e recitazione; tuttavia, se il fine della “rappresentazione” processuale è univoco, il *modus* della “rappresentazione” può invece variare notevolmente a seconda dello schema di “meccanica processuale” che venga impiegato. E la variazione del *modus* rappresentativo (cioè, del modello processuale) influenza non poco, il risultato finale della rappresentazione, particolarmente sotto il profilo della correttezza e della chiarezza conoscitiva dell'oggetto del giudizio, proprio in quanto il risultato conoscitivo a cui si può pervenire tramite il processo si costituisce quale significato attribuibile alla “rappresentazione” processuale stessa [cfr. SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 62].

In buona sostanza, il modello processuale imprime la propria influenza sulla “macchina conoscitiva” che è il processo, specialmente per quanto attiene agli schemi procedimen-

tali, ai caratteri del dibattimento e in particolare alla disciplina delle prove [tale realtà fu ben evidenziata da MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im Deutschen Strafprozesse*, Heyer's Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, trad. it. Sancito, Milano, 1858, 31 ss.; cfr. anche DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 40].

B. Considerando le differenti “macchine processuali” viene alla mente la nota distinzione delle tipologie di processo derivanti dai c.d. “modelli storici” [ossia le metodologie c.d. “accusatoria”, “inquisitoria” e “mista”; cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 18-21, 29-39], la quale attualmente può compendiarsi nella contrapposizione tra modelli processuali *adversarial* e *non adversarial* – secondo l'accezione sintetica riconnettibile alla definizione nominale [DAMAŠKA sottolinea che «come si può “riconoscere” un edificio in base allo stile architettonico, così si può ricondurre un processo concreto ad un tipo», in quanto «il modello è una costruzione che dà orientamento per confrontare le varie mescolanze di forme processuali che sono la regola nei sistemi reali», in *I volti della giustizia e del potere*, 34, 174], la quale riporta implicitamente all'idea della struttura stessa del procedimento –, i cui concreti aspetti vengono in luce allorché si considerino i connotati degli elementi essenziali nonché i poteri e i limiti dei soggetti processuali, così come essi emergono nell'incedere del processo stesso.

Un acuto e utile spunto per delineare più nel dettaglio le linee essenziali dei grandi modelli processuali di riferimento generale può rintracciarsi nel carattere della “strumentalità” del processo rispetto alla normativa penale sostanziale: segnatamente, è possibile distin-

guere un modello processuale a strumentalità diretta (c.d. *modello lineare*), volto alla concretizzazione dello *jus puniendi* dello Stato, e uno a strumentalità indiretta (c.d. *modello triadico*), indirizzato ad operare come «strumento per la soluzione di un conflitto intersoggettivo» [FRIGO, *Diritto processuale penale comparato*, in *Dizionario sistematico di Procedura penale*, Milano, 2008, 12 ss.], dunque a carattere necessariamente neutrale rispetto al risultato.

Da questo ultimo modello di procedura penale discende l'idea del processo come "scontro di parti" contrapposte, implicante una partecipazione attiva delle parti e in modo specifico dell'accusato, al quale viene riconosciuto il diritto di difendersi, nel senso di "difendersi provando" [da qui difatti discende l'espressione "diritto alla prova", quale idea compendiantе il diritto a ricercare le fonti di prova, chiederne l'ammissione e partecipare alla loro assunzione; cfr. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 67]. Tale diritto trova una precisa e specifica concretizzazione nel c.d. *Right to confrontation*, sancito dal sesto emendamento della Costituzione americana, il quale prescrive esplicitamente che, in ogni procedimento penale, l'accusato ha il diritto di confrontarsi con i propri accusatori e di ottenere la presentazione e l'esame dei testimoni a proprio discarico [«*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to be confronted with the witnesses against him; to have a compulsory process for obtaining witnesses in his favour*», 6<sup>th</sup>, Amendment].

Ovviamente, appare di palmare e immediata intuizione che l'effettiva concretizzazione del diritto "al confronto" dell'accusato con i propri accusatori imponga l'adozione all'interno del processo dell'istituto dell'esame incrociato, quale migliore sistema elaborato a tale scopo, come si vedrà *infra*.

C. Ai fini di una ricognizione dell'esame testimoniale incrociato all'interno del processo penale tedesco, è essenziale chiarire da subito che il "peso" effettivo di una modalità d'assunzione probatoria qual è l'esame incrociato all'interno di un processo penale dipen-

de da quanto il modello processuale adottato nel caso concreto tenda a valorizzare la fase dibattimentale, una tendenziale 'parità' tra accusa e difesa e dunque, più in generale, da quanto il modello processuale, in concreto, sia ispirato e vicino a una *Weltanschauung* processuale di matrice *adversarial*, la quale, per i suoi caratteri intrinseci, risulta la più ontologicamente affine al positivo e proficuo esplicarsi della particolare modalità acquisitiva della prova qui in esame.

2. *Caratteri del modello processuale penale tedesco.* – A. L'ordinamento processuale penale tedesco (*Strafprozeßordnung – StPO*) rappresenta senza dubbio un fecondo terreno d'analisi.

Esso è certamente caratterizzato da una natura "mista" [ROXIN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 19. Aufl., München, 1985, 88, ribadisce che «*der deutsche Strafprozeß... verbindet Prinzipien des Inquisitionsprozesses mit denen des reinen Anklageverfahrens*» («il processo penale tedesco... lega i principi del processo inquisitorio con quelli del procedimento accusatorio puro»)], frutto della sua progressiva evoluzione, nel secondo dopoguerra, da un modello massicciamente improntato a canoni inquisitori a una sua decisa attenuazione [per una breve panoramica delle riforme del diritto processuale penale tedesco a partire dagli anni '60 del XX secolo, cfr. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in GALANTINI-RUGGIERI, *Scritti inediti di procedura penale*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 1998, 93-96]. La svolta procedurale verso canoni più "accusatori" risulta evidente, *ictu oculi*, nell'istituzione dell'*Ermittlungsrichter* ("giudice dell'indagine"), introdotto nel 1975 al fine di superare definitivamente la vecchia figura del giudice istruttore: esercente il ruolo di garante della legalità delle procedure, sia per quanto concerne gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia – deve essere il giudice ad autorizzare gli atti di indagine, come le ispezioni corporali (§ 81a StPO), le intercettazioni telefoniche (§ 100b StPO), i sequestri (§ 111e StPO), il mandato

d'arresto (§ 114 StPO) e la convalida dell'arresto (§ 128 StPO) – sia per ciò che riguarda la decisione del Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale – nella *Zwischenverfahren*, la fase intermedia tra la fase delle indagini svolte nella *Vorverfahren* (c.d. fase preparatoria) e la fase del giudizio (*das Hauptverfahren*), l'*Ermittlungsrichter* decide sull'apertura della fase del giudizio (§ 199 StPO) dopo aver analizzato l'atto di accusa (*die Anklageschrift*), il quale contiene il risultato degli accertamenti compiuti dal Pubblico Ministero (§ 200 StPO); la decisione d'apertura dell'*Hauptverfahren* consegnerà alla verifica che il sospetto che fonda l'accusa elevata appaia sufficientemente fondato (§ 203 StPO) –, l'*Ermittlungsrichter* è stato opportunamente descritto come «*is virtually an American-style magistrate*» [GOLDSTEIN-MARCUS, *The Myth of Judicial Supervision in Three «Inquisitorial Systems»: France, Italy and Germany*, in *The Yale Law Journal*, 1977, 259].

La normativa processual-penalistica tedesca si caratterizza, altresì, per la presenza del principio di opportunità (*das Opportunitätsprinzip*), ex §§ 153 ss. StPO [cfr. SCHULENBURG, *Legalität und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren*, in *Juristische Schulung*, 2004, 9, 765-770] – quale “correttivo” eccezionale del contrapposto e generale principio di obbligatorietà dell'azione penale (*das Legalitätsprinzip*) discendente dal § 152 StPO – e il riconoscimento di talune altre importanti regole procedurali, quali lo *jus tacendi* dell'indagato (§§ 115, co. III, 136, co. I, 163a, co. IV, StPO), il dovere del Pubblico Ministero (*der Staatsanwaltschaft*) di ricercare nella fase d'indagine sia gli elementi probatori a carico che quelli a discarico dell'indagato (§ 160, co. II, StPO) [per considerazioni sul vincolo all'obiettività dell'indagine (*der Objektivitätspflicht*) per il Pubblico Ministero derivante dal § 160, co. II, StPO, cfr. KELKER, B., *Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 2006, Heft 2, 395-396, 424], la necessità di proporzionalità della custodia cautelare in carcere – e dunque l'ob-

bligo della sua cessazione non appena i presupposti per l'adozione della stessa vengano meno – (§ 120 StPO), nonché i principi di pubblicità (*die Öffentlichkeit*), oralità (*die Mündlichkeit*) e immediatezza (*die Unmittelbarkeit*) del dibattimento [cfr. ROXIN-ARZT-TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Heidelberg, 1994, 127 ss.]. Inoltre, è opportuno ricordare che, pur non espressamente prevista nella Costituzione tedesca del 1949 (*das Grundgesetz*), la presunzione d'innocenza dell'accusato è stata ricondotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'art. 6, 2° §, C.e.d.u., da cui è stata tratta la regola dell'*in dubio pro reo* [cfr. WALTER, *Die Beweislast im Strafprozeß*, in *Juristische Schulung*, 2006, 7, 344-345].

A fronte di tutto ciò, parrebbe di facile intuizione l'idea che la procedura penale tedesca sia ora scientemente improntata a un superamento delle vecchie impostazioni metodologiche di stampo inquisitorio. Tuttavia tale giudizio sarebbe inesatto, poiché sull'altro piatto della bilancia va necessariamente collocato un ulteriore principio informatore del *Deutscher Strafprozeß*: la ricerca della verità *materiale*.

B. Invero, la ricerca della verità *materiale* (*die materielle Wahrheit*) è ben più di un semplice principio o regola processuale: essa rappresenta lo *scopo* del procedimento penale tedesco [cfr. PFEIFFER, *Grundzüge des Strafverfahrens*, 3. Aufl., München, 1998, Rdnr. 117; SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen, 1964, 363 ss.; BÖTTCHER, *Der Gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, in ALBRECHT-EHLERS-LAMOTT-PFEIFFER-SCHWIND-WALTER, *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Köln, 1993, 542 sottolinea come, nell'ambito del processo penale tedesco, l'interesse per la ricerca della verità *materiale* risulti «*als Gebot des Rechtsstaats*» («quale imperativo dello stato di diritto»), discendente dal ruolo di impostazione filosofica di base che a essa si attribuisce, posto che «*Finden der materiellen Wahrheit im Sinne einer Justizgewährleistung ist Korrelat sowohl des materiellen Schuldprinzips als auch*

der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs» («ricercare la verità materiale indica una garanzia di giustizia correlata al principio di colpa materiale e alla affermazione della pretesa punitiva statale») [TRÜG, *Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutsch und US-amerikanische Strafverfahren. Ein strukturanalytischer Vergleich am Beispiel der Wahrheitserforschung*, Tübingen, 2003], cosicché si possa giungere alla meta per cui, tramite lo *Strafverfahren*, si attui un pieno equilibrio di rapporti tra Verità (*die Wahrheit*), Giustizia (*die Gerechtigkeit*) e Pace Giuridica (*der Rechtsfrieden*) [cfr. VOLK, *Grundkurs StPO*, 4. Aufl., München, 2005, 4, 6; per ulteriori considerazioni sul punto, unite a interessanti rimandi dottrinali, cfr. HEUBEL, *Der "fair Trial" – ein Grundsatz des Strafverfahrens? Zugleich ein Beitrag zum Problem der "verfassungskonformen" Rechtsfortbildung im Strafprozeß*, Berlin, 1981, 128-130].

All'interno del sistema processuale penale tedesco il principio della ricerca della verità materiale assume altresì il valore di «regulativer Grundsatz» (principio regolatore) [cfr. TRÜG, 60 ss.] del globale impianto procedurale. E tale impostazione «di fondo» risulta agilmente evincibile dalla lettura del § 244, co. II, StPO, relativo all'assunzione probatoria, il quale prescrive che il giudice, nella sua ricerca della verità – come detto «Zweck der Strafverfahren» –, debba estendere l'istruzione probatoria a tutti i fatti e mezzi di prova che siano rilevanti per la decisione [per un'agile schematizzazione dei vincoli subordinativi dell'accoglimento della richiesta di prova (*der Beweisantrag*) definiti dal § 244 StPO, cfr. BEULKE, *Der Beweisantrag*, in *Juristische Schulung*, 2006, 7, 597-602].

Tale «dovere di chiarezza» (*der Aufklärungspflicht*) [per un'approfondimento giurisprudenziale sul concetto di *Aufklärungspflicht*, cfr. PFEIFFER, *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, 5. Aufl., München, 2005, 624-626; parimenti, cfr. MEYER-GOßNER – il quale, in modo più preciso, parla di *Amtsauflösungspflicht* –, *Strafprozeßordnung*, 48. Aufl., München,

2005, 855-857; riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sull'*Amtsauflösungsgrundsatz* derivante dal § 244, co. II, StPO quale «zentrales Ziel» («obiettivo centrale») della procedura penale sono forniti anche da JAHN, M., *Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung. Zur Rekonstruktion des Amtsermittlungsgrundsatzes in § 244 Abs. 2 StPO unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzesentwürfe zur Verständigung im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2006, Heft 2, 437-438] incombente sul giudice e nascente dalla disposizione succitata è certamente il logico corollario di un'impostazione metodologica improntata alla ricerca giudiziaria della verità [cfr. DELMAS-MARTY (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2001, 197; HERMANN, *The Federal Republic of Germany*, in COLEFRANKOWSKI-GERTZ (a cura di), *Major Criminal Justice Systems*, Newbury Park, 1989, 124], secondo i dettami del § 238, co. I, StPO: «Die Leitung der Verhandlung, die Vernehmung des Angeklagten und die Aufnahme des Beweises erfolgt durch den Vorsitzenden» («La conduzione del dibattimento, l'interrogatorio dell'accusato e l'assunzione della prova vengono fatte dal presidente»); in dottrina si è evidenziato come sia proprio da tale posizione di predominio del giudice nel dibattimento che emerge «die formelle Seite des Inquisitionsprinzips» («il lato formale del principio inquisitorio») [SCHÜNEMANN, *Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1978, 162; in senso conforme si esprime anche ROXIN, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl., München, 1986, 167: «für den deutschen Strafprozeß ergibt sich aus der Inquisitionsmaxime zwangsläufig die Verfahrensherrschaft des Gerichts und die Verhandlungsleitung durch den Vorsitzenden» («dalla massima inquisitoria si delinea obbligatoriamente per il processo penale tedesco che il controllo della corte e la conduzione del procedimento vengono fatti dal presidente»)].

Quest'ultima norma procedurale rende cristallino, una volta di più, l'evidente retaggio di matrice inquisitoria ancora ben presente

nel *Deutsche Strafprozessordnung*, il quale, come icasticamente osservato in dottrina, porta il giudice, pur non essendo egli un inquisitore, a procedere secondo un modo inquisitorio [VOLK, *Grundkurs StPO*, 178]; sul punto, RÜPING, [*Das Strafverfahren*, 2. Aufl., München, 1983, 127] precisa come la struttura del diritto processuale penale tedesco vincola anche il tribunale alla ricerca della verità materiale, nonostante la presenza del pubblico ministero: «*das deutsche Recht kennt nur eine Anklageform im Strafverfahren und verpflichtet daher ungeachtet der Beteiligung der Staatsanwaltschaft auch das Gericht zur Erforschung der materiellen Wahrheit*» («il diritto tedesco conosce soltanto la forma accusatoria nella procedura penale e nonostante ciò obbliga anche la corte a partecipare assieme alla procura della repubblica alla ricerca della verità materiale»). In senso conforme, TIEDEMANN [in ROXIN-ARZT-TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 135] sottolinea l'assenza di terzietà del giudice proprio a cagione del suo dovere di ricerca della verità materiale: «*Der Richter ist im deutschen Strafverfahren also nicht ein neutralen Schiedsrichter, sondern betreibt selbst, wie bereits eingangs erwähnt, aktiv die "Erforschung der Wahrheit von Amts wegen", wie es die wichtige Vorschrift des § 244, Abs. 2, StPO formuliert (Inquisitionsprozess!)*» («nella procedura penale tedesca il giudice dunque non è un arbitro neutrale ma egli stesso esercita, come già menzionato all'inizio, attivamente la 'ricerca della verità d'ufficio', come formula l'importante disposizione del §244 (processo inquisitorio!)). Talché, risulta di tutta evidenza che da una siffatta impostazione operativa del Giudice all'interno del processo deriva, immediatamente, una significativa ricaduta negativa per quanto concerne i diritti della difesa: a tal proposito, quanto mai appropriata è risultata la provocatoria critica di J. WELP [*Die Rechtsstellung des Strafverteidigers*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1978, 807], il quale, dinnanzi alla struttura del processo penale tedesco, ha affermato che «*die Verteidigung im deutschen*

*Strafprozess ist daher stets eine Verteidigung auch gegen das Gericht*» («la difesa nel processo penale tedesco è sempre una *difesa anche contro il tribunale*»); del resto, l'azione concreta del *Richter* all'interno del dibattimento pare concretizzare l'osservazione di ROXIN [*Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 89], relativamente alla forma strutturale del processo penale tedesco, che egli intende come ispirata alla logica di un «*Anklageverfahren mit Ermittlungsgrundsatz*» (ossia, sostanzialmente, un modello «*accusatorio su base inquisitoria*»).

3. *L'esame incrociato nello StPO: limiti intrinseci ed estrinseci alla sua operatività.* – A. La disciplina dell'assunzione della prova testimoniale è l'ambito in cui maggiormente si rilevano (giacché si *rivelano*) i caratteri propri di un sistema processuale [cfr. STURLA, *Prova testimoniale*, in *Digesto/pen.*, X, Torino, 1995, 406]; dunque, esaminando la corrispondente disciplina dello StPO per ciò che attiene all'esame incrociato, è possibile cogliere come gli schemi procedurali «dal sapore inquisitorio» che si sono sopra accennati si rivelino nella loro pratica attuazione, il cui risultato non finisce che per «annacquare» – volendo usare un bonario eufemismo – la natura stessa dell'istituto, il quale, pur presente nel processo penale tedesco, riveste in esso, come si vedrà, un ruolo quasi simbolico.

B. A dire il vero, per capire quanto il ruolo dell'esame incrociato venga svilito all'interno del *Deutscher Strafprozess* sarebbe sufficiente ricordare che esso è lontano dall'essere una ferrea e stabile regola procedurale, in quanto altro non è che una semplice *eventualità* processuale, consentita dal presidente solo dietro richiesta concorde delle parti (§ 239, co. I, StPO).

La regola generale in materia d'assunzione della prova testimoniale è presente al § 69 StPO, il quale prescrive (al co. I) che si induca il testimone a dichiarare in modo coerente ciò che gli è noto dell'oggetto dell'interrogatorio; il comma II del § 69 precisa inoltre che in caso di necessità si potranno porre al testimone ulteriori domande, al fine

di chiarire e completare la sua dichiarazione e altresì per ricercare il motivo su cui poggia la sua conoscenza dei fatti [cfr. PFEIFFER, *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, 123-124]. Successivamente, ai sensi del § 240 StPO, il presidente, dietro richiesta, dovrà permettere agli altri membri del collegio giudicante, ai giurati (*die Schöffen*), al Pubblico Ministero, al difensore e all'accusato (*der Angeklagte*) di porre domande ai testimoni, ai periti e all'accusato medesimo [a tal proposito è da ricordarsi che il § 240, co. II, secondo periodo StPO, considera inammissibile l'interrogazione diretta dell'accusato da parte di un coimputato].

C. Espressamente qualificata come un'eccezione (“*eine Ausnahme*”) [PFEIFFER, 611] alla succitata regola generale di cui al § 238 StPO, l'istituto dell'esame incrociato viene menzionato al § 239 StPO, per l'appunto rubricato «*Kreuzverhör*» (letteralmente, «interrogatorio incrociato»).

Come anticipato, il § 239, co. I, StPO prevede la possibilità da parte del presidente, dietro domanda concorde delle parti, di affidare al Pubblico Ministero e al difensore l'interrogatorio dei testimoni [fatta eccezione per i testimoni sotto i sedici anni, l'esame dei quali, *ex* § 241a StPO, è eseguito solo dal presidente. Secondo il combinato disposto degli §§ 240 e 241a, co. II, StPO, gli altri membri del collegio giudicante, le parti processuali e i giurati possono porre ulteriori domande ai testimoni infra-sedicenni solo attraverso il presidente] e dei periti, con diritto per le parti (*ex* § 239, co. I, secondo periodo StPO) di interrogare, rispettivamente per prime, i testimoni e i periti da essi nominati. Terminato l'interrogatorio incrociato, qualora al presidente necessitino ulteriori chiarimenti sulla questione in oggetto, egli può porre ulteriori domande ai testimoni e ai periti (*ex* § 239, co. II, StPO). Inoltre, il § 241, co. I, StPO riserva al presidente la facoltà di interrompere l'interrogatorio in capo alla parte che faccia un abuso dello stesso («*Vernehmung mißbraucht*») – quando per “abuso” si intende la violazione, tramite la forma

o il contenuto dell'interrogatorio, della sfera degli interessi meritevoli di tutela ovvero la situazione in cui, attraverso l'esame, si inseguano scopi inappropriati, senza che vi sia l'effettiva promozione del chiarimento materiale (*der Sachaufklärung*) [cfr. PFEIFFER, 613-614] – , mentre il co. II del § 241 StPO prescrive che il presidente, sia durante il *Kreuzverhör* che nella proposizione di domande delle parti processuali e dei giurati ai testimoni e ai periti ai sensi del già visto § 240, co. II, StPO, possa rifiutare domande inadatte o non pertinenti con i fatti [per considerazioni sull'aspetto delle “*Suggestivfragen*” (“domande suggestive”) nella prassi dibattimentale tedesca, cfr. HERRMANN, *Beweisaufnahme durch die Parteien und Kreuzverhör im anglo-amerikanischen Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1968, 804; cfr. anche KREKELER, *Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, Heft 4. 152].

D. Da quanto visto è possibile stigmatizzare un primo, manifesto limite *intrinseco* della disciplina del *Kreuzverhör*: esso, al di là del fatto di essere “*eine Ausnahme*” alle regole generali d'assunzione della prova testimoniale, trova un'ulteriore compressione del proprio raggio operativo nel vincolo che subordina la sua esplicazione alla richiesta concorde (*übereinstimmenden Antrag*) di accusa e difesa [la domanda dovrà essere formulata prima dell'inizio dell'esame da parte del presidente, giacché lo stesso non gli può essere tolto in corso di svolgimento; cfr. MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung*, 839-840].

Guardando poi alla esplicazione sostanziale del *Kreuzverhör* appare evidente che esso, così come strutturato dalla propria “scarna” enunciazione normativa, mostri il fianco alla *ratio* della critica per cui il mero rubricare l'espressione “interrogatorio incrociato” non comporta automaticamente un allineamento alla *Weltanschauung* dell'effettiva tecnica dell'esame incrociato anglo-americano, né per quanto attiene alla concreta esplicazione della fase d'esame, né men che meno per l'effettiva influenza “di sistema” che l'e-

same incrociato dovrebbe esercitare sull'intero piano dello svolgimento processuale [in dottrina, FRIGO ha sottolineato l'errore di ritenere sostanzialmente simili e omologhe le locuzioni 'esame incrociato' e 'cross-examination' per il semplice fatto che entrambe consterebbero de "l'insieme delle domande che, rivolte dalle parti o dai difensori al teste, prima da una parte poi dall'altra... così si incrociano. Questa, in realtà, non solo non è la descrizione della cross-examination, ma non è neppure la descrizione del metodo complessivo di escussione testimoniale in cui quella si colloca" (cfr. FRIGO, Art. 498, in CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino, 1991, 226)].

Permettendoci una breve digressione dall'oggetto stretto del presente contributo, è possibile trovare un pertinente esempio di quanto considerato osservando la riforma della procedura penale francese del 2000: con la l. n. 516/2000 del 15.6.2000, rubricata «renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes», la procedura penale francese ha accolto al proprio interno un ampliamento del diritto delle parti processuali all'intervento nel dibattimento. Con l'inserimento, all'inizio del codice di procedura penale francese, di un articolo preliminare il cui primo comma recita «La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties» («La procedura penale deve essere equa e contraddittoria e preservare l'equilibrio dei diritti delle parti»), la novella del 2000 ha indicato una delle linee-guida che avrebbero ispirato la propria opera di rinnovamento, talché, relativamente ai procedimenti d'innanzi alla *Cour d'Assises*, all'art. 36 della legge si può trovare la modifica dell'art. 312 del c.p.p. francese nel seguente:

«Art. 312. - *Sous réserve des dispositions de l'article 309, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toutes les personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président*» («Sotto riserva delle disposizioni dell'art. 309 il pubblico ministero e gli avvocati delle parti pos-

sono porre direttamente delle domande all'accusato, alla parte civile, ai testimoni e a tutte le persone chiamate alla sbarra chiedendo la parola al presidente»). *L'accusé et la partie civile peuvent également poser des questions par l'intermédiaire du président* («L'accusato e la parte civile possono a loro volta porre domande attraverso l'intermediazione del presidente»).

Inoltre, relativamente al procedimento innanzi al *Tribunal correctionnel* (competente a giudicare per i delitti), l'art. 39 della l. n. 516/2000 ha inserito un nuovo articolo di procedura penale (il 442-1), il quale recita: «Art. 442-1. - *Sous réserve des dispositions de l'article 401, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président*» («sotto riserva delle disposizioni dell'articolo 401, il pubblico ministero e gli avvocati delle parti possono porre direttamente delle domande all'accusato, alla parte civile, ai testimoni e a tutte le persone chiamate alla sbarra, chiedendo la parola al presidente»).

«*Le prévenu et la partie civile peuvent également poser des questions par l'intermédiaire du président*» («l'accusato e la parte civile possono ugualmente porre delle domande tramite l'intermediazione del presidente»)). Contestualmente, sempre l'art. 39 della novella, ha modificato il 1° co. dell'art. 454 c.p.p. fr. nel seguente:

«*Après chaque déposition, le président et, dans les conditions prévues à l'article 442-1, le ministère public et les parties posent au témoin les questions qu'ils jugent nécessaires*», «Dopo ogni deposizione, il presidente e, nelle condizioni previste dall'articolo 442-1, il pubblico ministero e le parti pongono al testimone le domande che giudicano necessarie» [cfr. PRADEL, *Manuel de Procédure pénale*, Paris, 2002, 711, 769; sulla rinnovazione del carattere «*contradictoire*» della procedura penale francese dopo la novella del 2000, cfr. anche COUVRAT-GIUDICELLI-DELAGE, *Une nouvelle procédure pénale? Etude de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de*

*la présomption d'innocence et les droits des victimes: Rapport de synthèse*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2001, 1, 142-143].

Ora, l'esempio francese risulta idoneo a concretizzare quanto *supra* illustrato in ordine ai rapporti tra le locuzioni 'esame incrociato' e 'cross-examination': per quanto la riforma processuale penale francese del 2000 abbia permesso di ritagliare uno spazio di manovra anche alle parti processuali, segnatamente per quanto concerne il diritto a porre domande ai testi «*et à toutes les personnes appelées à la barre*», tale schema procedimentale rappresenta proprio quanto stigmatizzato, ossia che la mera possibilità d'un susseguirsi di domande, ora dell'accusa, ora della difesa, che "così si incrociano", resta pur sempre ben distante dal modello anglosassone della *cross-examination*, dal punto di vista sia dell'operatività formale che sostanziale. Difatti, sempre riferendoci all'esempio francese, a fronte del diritto delle parti a porre domande residua comunque in capo al presidente del collegio giudicante «*la police de l'audience et la direction des débats*», «l'ordine dell'udienza e la direzione dei dibattimenti» (art. 401 c.p.p. fr.), un principio che si traduce nella realtà per la quale, anche dopo la novella del 2000, nel processo penale francese permane ancora la figura del presidente quale *dominus* del dibattimento, "ce qui traduit le rejet de la conception anglo-saxonne d'un juge neutre et simple arbitre", "ciò che traduce il rigetto della concezione anglosassone d'un giudice neutrale e mero arbitro" [PRADEL, 710] e che, per ciò, fa sempre sì che "le président est seul maître des interpellations à adresser aux témoins", "il presidente è il solo padrone delle interpellanze da indirizzare ai testimoni" [MERLE-VITU., *Traité de Droit Criminel. Procédure pénale*, Paris, 2001, 231]. Un ulteriore elemento, quest'ultimo, che rimarca ancor di più la differenza tra la struttura processuale anglo-americana e quella francese e specialmente il fatto che un semplice "diritto a porre domande" ai testi ad opera delle parti è ben lontano dai caratteri propri della *cross-examination*.

3.1. (segue) *Il rapporto del Kreuzverhör con la cross-examination anglo-americana.* – A. All'interno di un sistema normativo procedurale è gioco forza che ogni istituto subisca l'influenza del modello processuale di riferimento del sistema stesso, traendo da esso i propri caratteri specifici, sia formali che sostanziali, nonché il senso della propria operatività nel relativo schema processuale globale.

Da questo punto di vista, se i principi processuali, discendenti dal terreno culturale di riferimento, sono la chiave per la comprensione dei diversi aspetti e fasi del processo, l'istituto dell'esame incrociato risulta paradigmatico, specialmente se raffrontato nelle diverse applicazioni ch'esso trova nel processo penale tedesco e in quello anglo-americano.

B. Acutamente si è sostenuto che «il senso vero della *cross-examination* si coglie solo riguardandola come parte di un tutto complesso» [FRIGO, 226], modellato secondo schemi discendenti dai principi-guida e dagli elementi valevoli come minimi comuni denominatori per la comparazione tra le diverse "macchine processuali"; da questo punto di vista, un ruolo centrale viene assunto dall'idea di "verità" che si debba ricercare nel processo e il ruolo del giudice all'interno dello stesso, entrambi correlati alla natura del rapporto sussistente tra il processo e le parti processuali.

Il "Grundpfiler" (pilastro basilare) del procedimento penale anglo-americano, da cui discendono i connotati peculiari del rito, è il suo essere un processo "di parti" [cfr. TRÜG, 25], pertanto, nella concezione dell'*adversarial culture* – imperniata sul principio della "sporting theory of justice", comportante l'idea di scontro tra parti avverse, in capo alle quali grava l'onere di ricercare, selezionare e presentare nel giudizio le prove delle rispettive tesi, secondo l'impostazione del sistema processuale anglo-americano, poggiante sulla considerazione, chiaramente espressa da HAZARD JR. [Il sistema «adversary», in DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, 44], per cui «la presentazione delle prove ad opera

delle parti rappresenta la soluzione migliore, in quanto ogni parte è spinta ad uno sforzo massimo di investigazione» e questa è da considerarsi la migliore garanzia avverso i rischi connessi a un'impostazione metodologica ispirata a canoni inquisitori, giacché «la prova ottenuta mediante mezzi istruttori necessita della formazione di ipotesi; l'ipotesi richiede una preliminare disposizione mentale; se è un giudice-investigatore attivo a svolgere la prova, la sua preliminare disposizione mentale può con troppa facilità divenire la sua decisione finale; perciò, è meglio avere ipotesi preliminari contrapposte e, in loro sostegno, delle prove prodotte dalle parti, in modo tale che la mente del giudice rimanga ricettiva fino a che tutte le prove non siano a disposizione» – lo scopo del processo è giungere alla verità, non intesa quale “material truth”, ma quale verità processuale [KAYE, *Che cos'è il Bayesianesimo?*, in TILLERS-GREEN (a cura di), *Probability and Inference in the Law of Evidence. The uses and Limits of Bayesianism*, Kluwer Academic Publishers 1988, Milano, 2003, 2 precisa che «nei sistemi legali anglo-americani, i processi sono controversie nelle quali ognuna delle parti fornisce una versione dei fatti mediante il racconto dei testimoni e altre prove [...] in questo quadro i dibattimenti vanno visti come esercizi di conferma e confutazione di teorie storiche», giacché pare corretta l'osservazione per cui il processo, nell'ottica dell'*adversary system*, «va visto come uno strumento atto a consentire al giudice di raggiungere, grazie all'acquisizione delle prove e alla loro discussione critica nella dialettica delle parti, un convincimento che, pur dovendo rinunciare al raggiungimento della certezza piena, possa tuttavia contare almeno su un'elevata probabilità» [MURA, *Introduzione per un Bayesianesimo critico*, in TILLERS-GREEN (a cura di), *Probability and Inference in the Law of Evidence*, IX], emergente come risultato dello scontro tra le parti processuali in posizione di parità [cfr. JÖRG-FIELD-BRANTS, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in FENNELL-HARDING-JÖRG-SWART, *Criminal Justice in Europe. A Comparative study*, Oxford, 1995, 42; la *theory of*

*truth-seeking* nel processo tipica dei sistemi *adversary* è andata tradizionalmente strutturandosi sul presupposto che «*that truth would somehow emerge when no one was in charge of seeking it*», «quella verità in qualche modo emergerebbe qualora nessuno sia stato incaricato di cercarla» (LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York, 2003, 333)]. Anzi, è proprio l'*equality of arms* tra le parti la garanzia affinché «*truth emerges and the possibility that a more direct approach to truth-finding will be adopted*», «la verità emerga e possa essere adottato un approccio più diretto per l'individuazione della verità» [JÖRG-FIELD-BRANTS, 54].

Rispetto allo scontro tra accusa e difesa, il giudice del processo anglo-americano resta arbitro esterno [cfr. MAYERS, *The American legal system*, New York, 1964, trad. it. Milano, 1967, 119] – ancorché pur sempre titolare di taluni poteri discrezionali in ordine all'escussione probatoria e alla possibile introduzione di mezzi di prova ulteriori [appare opportuno precisare che, pur restando nel potere del giudice anglo-americano la possibilità di adottare comportamenti ‘attivi’ all'interno del processo – come l'esclusione delle prove inammissibili, rivolgere domande di chiarimento ai testi ed, eccezionalmente, “*in the interest of Justice*”, introdurre la testimonianza di un teste non citato dalle parti [nelle *Federal Rules of Evidence*, la Rule 614, rubricata «*Calling and Interrogation of Witnesses by Court*», sancisce chiaramente che (a) «*the court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called*» e inoltre (b) «*the court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party*», «Chiamata e interrogatorio dei testimoni da parte della corte.... La corte può, su sua propria istanza o su suggerimento di una delle parti, chiamare dei testimoni e tutte le parti in causa hanno il diritto di fare un esame incrociato dei testimoni così chiamati.... La corte può interrogare testimoni chiamati da essa stessa o da una delle parti»; cfr. CROSS, *Evidence*, 5<sup>th</sup>. Lon-

don, 1979, 225; PATTENDEN, *The Judge, Discretion and the Criminal Trial*, Oxford, 1982, 110 ss.] – , questo non vale a escludere la caratteristica peculiare ed essenziale, ossia quella di rimanere, in ogni caso, un “neutral factor in the interplay of adversary forces” (“fattore neutrale nell’interazione di forze avversarie”) [ABA Standards: *The Function of the Trial Judge*, 1972, 3; su tale ultimo punto, concorde fu anche l’opinione di NEWMAN, *Das english-amerikanische Beweisrecht*, Heidelberg, 1949, 31], deputato al controllo del rispetto delle “rules of the game” [cfr. WHITECROSS PATON, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3<sup>th</sup>. Oxford, 1964, 546; analogamente, ALLEN, *Grundsätze und Methoden der Beweiserhebung im englischen Strafprozeß*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1960, 653, ha scritto: «Die Stellung des Richters im englischen Strafprozeß läßt sich wohl am besten mit der eines Schiedsrichters in einem Fußballkampf oder eines Ringrichters in einem Boxkampf vergleichen» («La posizione del giudice nel processo penale inglese può essere paragonata nel migliore dei casi a quella dell’arbitro in un campo di calcio o sul ring»)], non prendendo dunque parte all’attività di accertamento della verità [sul punto, COHN, *Das Reich des Anwalt: Anwaltsberuf und Anwaltsstand in England*, Heidelberg, 1949, 22, sottolineava come «der Strafrichter des anglo-amerikanischen Strafprozesses hat nicht die Aufgabe, die Wahrheit zu erforschen» («il giudice penale del processo penale anglo-americano non ha il compito di ricercare la verità»)], che si intende, come detto, quale risultato ‘naturale’ frutto della sintesi delle opposte tesi esposte nel dibattimento.

C. In questo, quadro logico, s’inserisce l’istituto della *cross-examination*, appropriatamente definito “Schwerpunkt” (punto chiave) [ALLEN, 664] del processo anglo-americano, in quanto opera quale strumento volto a concretizzare lo scontro tra l’accusa e la difesa nella formazione della prova – tramite l’indebolimento e la confutazione delle prove dall’avversario e la correlata dimostrazione del fondamento della propria tesi attraverso

i testimoni della controparte [cfr. PHIPSON-BURROWS, *The Law of Evidence*, 8<sup>th</sup>. London, 1942, 467] – inserendosi al contempo nel maggior alveo della *ratio* sistemica dell’*adversary trial*, ossia il perseguimento della verità processuale in un confronto fra parti avverse innanzi a un giudice terzo e imparziale.

Appare dunque chiaro che l’intendimento della *cross-examination* quale strumento favorente la ricerca della giustizia, in forza della propria effettiva finalità strumentale all’attribuzione alle parti processuali d’un diritto di parità di posizione nell’azione di sostegno delle loro rispettive tesi nel processo, è la ragione per cui essa costituisce, come detto, il perno, la parte integrante dell’intero meccanismo dibattimentale del modello processuale *adversary* [cfr., STONE, *Cross-Examination in Criminal Trials*, London, 1988, trad. it., Milano, 1990, XXXIII], incontrando altresì la più profonda stima all’interno di quel sistema [WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1940, 29 definì la *cross-examination* come «the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth» («il più grande strumento legale mai inventato per la scoperta della verità»)] : è un dato di fatto che, per la cultura processuale anglo-americana, pur tenendo in doverosa considerazione le critiche spesso rivolte ai rischi connessi all’abuso dell’istituto della *cross-examination* [compendio di varie sfaccettature delle critiche rivolte all’istituto della *cross-examination* è uno scritto di TARUFFO, *La ricerca della verità nell’«adversary system» angloamericano*, in RDP, 1977, 620, in cui l’A. stigmatizza taluni cinici utilizzi della *cross-examination* nella prassi forense statunitense, ove l’idea dell’istituto quale strumento volto alla scoperta della verità «non corrisponde né alla realtà né alla deontologia o al costume dell’avvocato nel trial, dominate invece da esigenze di mera strategia difensiva». Tuttavia, va da sé che le pur fondate critiche raccolte ed esposte da Taruffo in merito a usi più spregiudicati dell’istituto della *cross-examination* devono leggersi sia alla luce delle peculiarità della cultura

nord-americana (come per altro evidenziato dallo stesso A.), sia sulla scorta della consapevolezza che eventuali storture della prassi non possono validamente e razionalmente inficiare la validità e la portata del modello generale dell'istituto], risulta certamente innegabile la bontà dell'osservazione secondo la quale «*as yet no substitute has ever been found for cross-examination as a means of separating truth from falsehood, and of reducing exaggerated statements to their true dimensions*», «fino ad ora non è stato trovato un sostituto per l'esame incrociato quale strumento atto a separare la verità dal falso e per ridurre le esagerazioni alla loro vera dimensione» [WELLMAN, *The Art of Cross-Examination*, New York-London, 1962, 27; similmente, anche BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence. Specially Applied to English Practice*, London, 1827, 212, aveva sottolineato che «*against erroneous or mendacious testimony, the grand security is cross-examination*» («l'esame incrociato è una grande sicurezza contro la testimonianza errata o mendace»)].

D. I brevi profili accennati in merito alle caratteristiche della metodologia processuale degli *adversary systems* risultano sufficienti per evidenziare come il sistema processuale anglo-americano e quello tedesco abbiano, nei confronti dell'istituto dell'esame incrociato, un grado di valorizzazione ampiamente discordante: pur derivando dall'impostazione del modello anglosassone della *cross-examination* quale sua "proiezione" teorica nell'alveo del dibattimento tedesco [cfr. HERRMANN, 775-776], il *Kreuzverhör* risulta essere l'ombra dell'effettiva tecnica dell'esame incrociato del modello *adversary*, e ciò emerge con veemenza dall'estrema scarsità strutturale connotante la disciplina del *Kreuzverhör*: per quanto risulti abbastanza chiaro l'operare dello schema-base per cui a un primo esame diretto da parte di chi abbia introdotto il testimone, consegua logicamente la possibilità di un controesame dell'altra parte, la disciplina dello StPO tace sulla possibilità del riesame (*re-examination*) da parte di chi abbia introdotto il teste, mo-

strandosi al contempo molto sbrigativa per quanto concernente l'aspetto delle "domande tendenziose" (*leading questions*) mentre, contrariamente, tali due fasi sono considerate come indefettibili – e dunque opportunamente disciplinate – all'interno della struttura procedimentale della *cross-examination* anglo-americana [per una esaustiva delucidazione delle fasi caratterizzanti l'istituto della *cross-examination*, nonché approfonditi riferimenti dottrinali, cfr. FRIGO, 227 ss.; una diffusa schematizzazione è fornita anche da CORDERO, *La testimonianza nel diritto inglese*, in RIDPP, 1985, 208-211; cfr. anche FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, 137-141].

In aggiunta, non può sottovalutarsi la "scollatura" concettuale che il *Kreuzverhör*, ispirato alla suo omologo dei sistemi accusatori, manifesta in rapporto alla strutturazione sistemica del processo penale tedesco: l'istituto dell'esame incrociato all'interno del dibattimento tedesco, pur essendo risultato compreso nella propria struttura rispetto alla *cross-examination*, resta sempre guardato con sospetto; in breve, esso opera in un "clima ostile", difatti comunemente la dottrina tedesca ha sempre mostrato diffidenza e financo un'aperta critica nei confronti della *cross-examination*, in quanto considerata uno strumento tramite il quale le parti processuali «*bei der Beweisaufnahme nicht die Ermittlung der Wahrheit, sondern allein die Interessen ihrer Partei im Auge hätten*» («nell'assunzione delle prove terrebbero d'occhio soltanto l'interesse della propria parte e non già l'accertamento della verità») [HERRMANN, 805] e certamente tale approccio negativo ha finito inevitabilmente per estendersi anche al *Kreuzverhör*, che trova nella *cross-examination* la propria matrice storica. Del resto, la contrapposizione concettuale fra *Kreuzverhör* e il principio della verità materiale era già stata evidenziata da DAHM [*Die Grenzen des Parteiprozesses*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1932, 598-600], il quale sottolineava come l'esame incrociato, comportando l'esonero del giudice dalla propria attività nel dibattimento, finisse

per essere criticato sotto il profilo della propria opportunità metodologica, giacché sempre, tendenzialmente inteso come una fonte di confusione del dibattimento e conseguente «*Unvollständigkeit der Beweisaufnahme*» («incompletezza dell'assunzione delle prove»), causa anche una presunta scarsità di capacità delle parti processuali all'esecuzione dell'esame stesso, finendo quindi per risultare uno strumento comportante in sé il rischio di rendere meno chiaro l'accertamento della verità («*Zum mindesten scheint die Ermittlung der Wahrheit verhältnismäßig mehr durch das Kreuzverhör in Frage gestellt*», «Per lo meno sembra che l'accertamento della verità sia messo relativamente più in discussione dall'interrogatorio incrociato»), anche se appare evidente, come sottolineato dall'A., che l'idea di pericolosità dell'esame incrociato, sotto tale ultimo profilo, appare certamente esagerata («*deren Gefährlichkeit wohl im ganzen überschätzt wird*», «la pericolosità del quale viene nel complesso sopravvalutata»). E, difatti, conclamata sintomaticità della scarsa considerazione che lo *Strafprozeßordnung* nutre per la natura e il 'fine' dell'esame incrociato è la quasi insussistenza del suo utilizzo nella prassi [cfr. ROXIN-ARZT-TIEDEMANN, 170-171]: tra le osservazioni più incisive sulla questione che nella prassi del dibattimento penale tedesco non si ha quasi mai un esame incrociato 'ben fatto' (in una logica di rapporto con la *cross-examination* anglo-americana), brilla quella di ROXIN [*Strafprozessrecht*, 169], il quale afferma *apertis verbis* come «*in der Praxis... daß ein Kreuzverhör so gut wie niemals vorkommt; § 239 steht also nur auf dem Papier*» («in pratica... l'esame incrociato non si verifica quasi mai, il §239 rimane solo sulla carta»). E ciò certamente discende dal fatto che l'interrogatorio incrociato quale modalità d'assunzione della prova orale si scontra con un modello processuale imperniato sulla figura del giudice ricercatore della verità materiale il quale, attraverso l'esame incrociato ad opera delle parti, si vede privato della sua funzione di guida del dibattimento [come sottolinea ROXIN, 169, «*Im deutschen Strafprozeß dage-*

*gen ist das Kreuzverhör ein Fremdkörper, weil es dem Vorsitzenden die Verhandlungsleitung entzieht*» («nel processo penale tedesco invece l'esame incrociato è un corpo estraneo, poiché nega al presidente la conduzione del dibattimento»)]; così è fin troppo evidente che l'inadeguatezza strutturale del *Kreuzverhör*, unita alla sua 'fisiologica' appartenenza a un modello processuale imperniato sul contraddittorio [cfr. VOLK, 215], non fa altro che ammantare l'istituto dell'esame incrociato di un'aurea di diversità, quasi fosse un corpo estraneo all'interno del *Deutscher Strafprozeß* [cfr. MEYER-GOßNER, 839].

4. *Ipotetici profili di riforma della Kreuzverhör in "chiave europea"*. – A. È stato rilevato come i limiti intrinseci del *Kreuzverhör*, così come il suo scarso utilizzo nella prassi processuale tedesca, derivino da una presunta incompatibilità di vedute tra la finalità "sostanziale" di un esame incrociato a opera di parti contrapposte – le quali, come è logico che sia, tramite l'esame mireranno a ricercare, evidenziare e avvalorare elementi favorevoli alla loro tesi e sfavorevoli a quella dell'avversario – e il fine della ricerca della *materielle Wahrheit* a opera dell'organo giudiziale.

Non v'è quindi speranza per l'esame incrociato all'interno del *Deutscher Strafprozeß*? Non è detto.

B. Una richiesta d'ampliamento dell'effettiva portata pratica del *Kreuzverhör* all'interno del dibattimento tedesco potrebbe trovare il proprio fondamento nella valorizzazione interpretativa di taluni profili della disciplina del «processo equo» di matrice europea, particolarmente nel combinato disposto del 1° e 3° §, lett. d), dell'art. 6 C.e.d.u.: in particolare, un'interpretazione della locuzione «tribunale imparziale» (art. 6, 1° §, C.e.d.u.) finalizzata a estendere la portata della sua *ratio* logica all'aspetto della *neutralità metodologica* del giudice nella ricostruzione del fatto [nella dottrina italiana, la questione è stata affrontata in un contributo di UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *RIDPP*, 2007, 18 ss.] – nell'accezione, per

il nostro discorso, di “terzietà” dell’organo giudicante rispetto al “fine” dell’indagine processuale – comporterebbe il correlato, maggior riflesso pratico ascrivibile al significato del diritto dell’accusato a «interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’interrogazione dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico» [art. 6, 3° §, lett. d), C.e.d.u.]. Diritto il quale, secondo l’assunto che la tecnica attraverso la quale esso si esplicherebbe risulta intrinsecamente affine al modello *adversary* dell’esame testimoniale – in quanto la struttura dell’esame incrociato propria di quel modello processuale, risulterebbe “più idonea, di regola, a esaltare quel contraddittorio nel cui segno la garanzia si iscrive” [CHIAVARIO, *Commento all’art. 6*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 239]; del resto la struttura dell’art. 6 C.e.d.u. appare intrinsecamente affine al modello processuale *adversary* [cfr. JÖRG-FIELD-BRANTS, 56]; segnatamente, per quanto concerne l’art. 6, 3° §, JACKSON [*The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?*, in *The Modern Law Review* 2005, 5, 749], evidenzia come: «*the emphasis in Article 6(3) on the rights of the defence and in particular the concern to buttress the role of the parties in presenting and challenging evidence appears to give the Convention a decidedly adversarial mould*» («l’enfasi dell’articolo 6(3) sui diritti della difesa e in particolare l’interesse a sostenere il ruolo delle parti nel presentare e contestare le prove, sembra assegnare alla Convenzione una impronta decisamente accusatoria») [in senso conforme, un approfondimento analitico dei tratti ‘accusatori’ dell’art. 6.3(d) C.e.d.u. è fornito da AMBOS, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, 607 ss.] –, potrebbe pretendere d’ottenere il proprio concreto riconoscimento nel diritto processuale tedesco tramite una

riforma delle regole d’assunzione della prova testimoniale, la quale preveda la fase del *Kreuzverhör* come regola metodologica “ordinaria”. O quantomeno, in un tentativo di conciliare l’impegno alla “verità processuale” con l’altra, fondamentale istanza che si manifesta nel processo, ossia l’inviolabile diritto di difesa [FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 196], *de jure condendo* si potrebbe aspirare a un superamento della previsione del § 239, co. I, StPO inerente alla ‘domanda concorde’ delle parti quale vincolo subordinativo all’instaurazione dell’esame incrociato, così che la difesa non debba avere nella figura dello *Staatsanwaltschaft* un ulteriore organo limitativo delle proprie ragionevoli prerogative.

C. Ovviamente, non v’è dubbio che una siffatta riforma della fase dibattimentale del processo penale tedesco – cui riflesso implicito sarebbe un esonero o, per lo meno, una attenuazione dalle funzioni del Giudice quale “ricercatore della verità materiale” – comporterebbe il necessario spostamento della *Weltanschauung* processuale tedesca dal principio della *materielle Wahrheit* (e di tutti i suoi corollari procedurali) all’accettazione dell’idea che il processo non può fornire che verità “relative”, probabili solo secondo un grado quanto più possibile elevato, ossia una verità che “offre la maggior resistenza alla prova della sua falsificazione a mezzo del confronto con le contraddizioni” [CARPONI SCHITTAR, *Modi dell’esame e del controesame*, Milano, 2001, 217] rappresentanti le peculiarità intrinseche del metodo dialettico insito nel contraddittorio, dal quale scaturisce una “fondamentale istanza di conoscenza critica che trova il suo punto di massima espressione nel momento e nella funzione del controesame” [CAROFIGLIO, *L’arte del dubbio*, Palermo, 2007, 221].

Va da sé che il superamento dell’idealismo processuale, così profondamente radicato nel *Geist* del processo penale tedesco, non sarà cosa facile, né realisticamente prospettabile in tempi brevi. Anche se, nell’ot-

tica di un'ipotetica, futura effettiva europeizzazione del processo penale – a tutt'oggi non sussiste alcun progetto effettivo per una reale procedura penale comune agli stati dell'Unione Europea, poiché l'aspetto del diritto penale (sostanziale e processuale) rappresenta da sempre il 'bastione' della sovranità nazionale dei singoli stati; inoltre occorre rilevare le differenze oggettive sussistenti tra i vari stati europei per quanto concerne le rispettive tradizioni relative allo stato di diritto e le correlate tipologie processuali. L'europeizzazione della procedura penale, per ora, si limita ad agire nella logica del principio dell'unione nella diversità tramite l'azione d'influenza del diritto comunitario all'interno delle singole procedure penali nazionali: in modo particolare deve apprezzarsi l'influsso della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, la quale opera quale nucleo di un 'europäischer Pro-

zeßrechtsstandard' ('standard del diritto processuale europeo') da cui partire per una progressiva, necessaria armonizzazione delle differenti procedure penali europee [cfr. NELLES, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, 729-730, 747-749; altresì, cfr. NESTLER, *Europäisches Strafprozessrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 332 ss.] –, le questioni relative alle lacune della disciplina del *Kreuzverhör* – e in modo particolare l'aspetto della deficitaria operatività pratica dell'esame incrociato all'interno del dibattimento – saranno certamente destinate a riproporsi con forza e ineludibilità anche all'interno della struttura dello *Strafprozeßordnung* tedesco, contribuendo al contempo a fungere da idonea leva d'inesco per agevolarne opportuni interventi di riforma.