

QUESTIONI APERTE

Pubblico ministero/Esame incrociato

La decisione

Esame diretto - Pubblico ministero - Violazione dell'art. 149 disp. att. c.p.p. - Sussistenza - Inutilizzabilità delle risposte - Esclusione (Art. 149 disp. att. c.p.p.; artt. 191, 430 c.p.p.).

Il Collegio sull'eccezione di inutilizzabilità proposta dall'avv. XY, cui si sono associati i difensori di tutti gli imputati e sentito il Pubblico Ministero, rileva quanto segue: la circostanza pacifica dell'intervenuto incontro tra il teste di polizia giudiziaria e il Pubblico Ministero tra l'udienza del 16 giugno 2020, nella quale si era concluso l'esame diretto ed era iniziato il controesame delle difese, e l'udienza odierna, nella quale, terminato il controesame, il Pubblico Ministero ha chiesto di riesaminare il suo teste, costituisce violazione dell'articolo 149 disp. att. c.p.p.

Tuttavia, tale violazione non integra, ad avviso del Collegio, un'ipotesi di inutilizzabilità della prova con riguardo al riesame finora svoltosi, atteso che l'articolo 191 c.p.p. si riferisce alla violazione di divieti stabiliti dalla legge relativamente all'acquisizione della prova; tale non può ritenersi la violazione dell'articolo 149 disp. att. c.p.p., come più volte affermato e argomentato dalla Suprema Corte (cfr. Cass., sentenza n. 7399 del 1992 e successive conformi fino alla sentenza n. 8367 del 2013). Nel caso in esame, peraltro, sono stati esibiti alcuni appunti in possesso del teste, redatti personalmente dal Pubblico Ministero titolare, nei quali sono indicate alcune domande da porre al teste in esito al controesame delle difese; si tratta in effetti di domande coincidenti con quelle poste finora al teste di polizia giudiziaria; deve sottolinearsi, da un lato, come si tratti di domande prive di suggerimenti in ordine alle risposte e, dall'altro, che il teste esaminando è un ufficiale di polizia giudiziaria che ha svolto direttamente le indagini sulle quali è chiamato a deporre e che riferisce sempre su atti presenti nel fascicolo del pubblico ministero, formati all'esito di esame di documenti consultabili e valutabili da tutte le parti, anche per la verifica della bontà delle risposte vista la natura dei reati di cui si tratta, riciclaggio e reati fiscali; residua [certamente] in esito alla violazione dell'art. 149 su indicata, il profilo della attendibilità del teste quanto alla spontaneità e precisione delle risposte che sarà oggetto di valutazione da parte del Collegio. La [...] norma di cui all'art. 430 c.p.p. non pare attinente alla vicenda in esame, non essendo emersa l'esistenza di indagini suppletive su cui il teste debba riferire; quanto ai prospetti oggi prodotti dal pubblico ministero, documenti non presenti [nell] fascicolo, le parti non si sono opposte, concordando sulla loro acquisizione.

Per questi motivi, [il Collegio] rigetta la richiesta di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal teste in riesame e dispone procedersi oltre.

TRIB. PADOVA - SEZ. PENALE - ORDINANZA 30 GIUGNO 2020.

La “preparazione” del testimone da parte del pubblico ministero: spunti a margine d’un caso particolare

L’articolo prende le mosse dall’ordinanza di un giudice di merito, che si segnala per una particolare interpretazione dell’art. 149 disp. att. c.p.p., e si interroga sulla legittimità della preparazione dei testimoni da parte del pubblico ministero in vista dell’esame incrociato: un argomento – quest’ultimo – rimasto in ombra, nei dibattiti scientifici più recenti, e che merita di essere ripreso.

Witness preparation by public prosecutor: notes about a special case

Taking a cue from the peculiar interpretation of Article 149 disp. att. c.p.p. given by a trial court, the essay deals with the admissibility of witness preparation on the part of the Public Prosecutor in Italy: an issue that has stayed in the shadow within the latest scientific debates, but is worthy to be resumed.

SOMMARIO: 1. Una questione rimasta irrisolta. – 2. Le particolarità della vicenda. – 3. Una soluzione arrischiata e insoddisfacente. – 4. La tesi dell’ammissibilità degli incontri preparatori: qualche chiosa. – 5. (Segue) ...e qualche implicazione problematica. – 6. Possibili critiche. – 7. Un implicito divieto per il pubblico ministero. – 8. Digressione sul difensore. – 9. Conclusioni diverse per la testimonianza del funzionario di polizia? – 10. Note conclusive sul caso di specie. – 11. Una battuta finale.

1. *Una questione rimasta irrisolta.* La breve ordinanza del Tribunale di Padova merita di essere segnalata, perché le forti peculiarità del caso di specie offrono l’occasione per meditare sulla legittimità d’una pratica che, quand’anche seguita, ben difficilmente emerge nelle aule giudiziarie, dato il naturale riserbo che la circonda: quella di incontrare privatamente i “propri” testimoni per prepararli all’esame dibattimentale; *witness preparing*, per evocare l’etichetta in voga oltreoceano, dove questa tattica rientra pacificamente nell’alveo delle prerogative delle parti, sicché sarebbe addirittura professionalmente discutibile non farne tesoro¹.

Proprio questo inevitabile parallelo con le matrici accusatorie porta dritto al quesito che subito preme: fino a che punto può essere coltivata questa analogia? Che incidenza hanno – in proposito – le innegabili peculiarità del nostro ordinamento, specie con riguardo alla figura del pubblico ministero? E se anche la si ammette, esiste – e dove si colloca – quel limite oltre il quale la pratica *adversarial* rischierebbe di degenerare nella più grigia consuetudine inquisi-

¹ V., con riferimento al sistema statunitense, il classico studio di APPLGATE, *Witness Preparation*, in *Texas Law Review*, 1989, 277 ss.

toria, che sta nel preparare, non già il testimone, ma la stessa testimonianza, scavalcando le regole sulla formazione dibattimentale della prova e riversando nel dibattimento il risultato d'un colloquio segreto?

Si tratta di profili di fondo che paiono di forte rilievo e che - a ben vedere - non hanno avuto l'approfondimento che avrebbero meritato. Infatti, dopo un iniziale fervore, all'indomani della riforma del codice², il tema è andato scemando d'interesse, ritornando in quella cappa d'ambiguità che ancora lo contraddistingue. L'ordinanza che qui si annota rappresenta dunque un'occasione ghiotta per qualche spunto di riflessione.

2. *Le particolarità della vicenda.* Dicevamo d'un caso concreto dotato di forti peculiarità. Innanzi tutto, perché non si trattava di un testimone "qualunque", ma dello stesso ufficiale di polizia giudiziaria che aveva svolto le indagini (in materia economica e fiscale): dunque innegabilmente un testimone d'accusa, non solo nel senso "formale" di testimone citato dal pubblico ministero, ma anche nel senso d'un testimone in qualche modo "vicino", in senso sostanziale e funzionale, alle sue ragioni. Ciò da un lato rende più comprensibile (oltre che più agevole) l'incontro preparatorio; ma dall'altro ne alza il tasso di pericolosità e di potenziale minaccia per il contraddittorio dibattimentale, data la naturale inclinazione d'un testimone del genere ad assecondare i *desiderata* della parte pubblica.

Il secondo tratto caratteristico sta nel particolare momento in cui s'era collocato il colloquio preliminare. Non solo il dibattimento era già incominciato, ma addirittura s'era già svolto l'esame diretto ad opera del pubblico ministero e (almeno parzialmente) il controesame dei difensori. Infatti, l'udienza era stata rinviata proprio in quello snodo (dall'ordinanza non si evince per quale ragione). Anche questo è un dato notevole: infatti, si avverte istintivamente il maggior "peso" e la maggiore anomalia d'un intervento esterno che s'incuneo addirittura nelle scansioni dell'esame incrociato, alterandone, sia pure dietro alle quinte, la successione fisiologica; una anomalia resa ancora più grave dagli indirizzi giurisprudenziali che tendono a escludere, dopo il riesame, il diritto delle altre parti a rivolgere al testimone ulteriori domande³.

² Ci si riferisce alla linea di studi dedicati, negli anni immediatamente successivi alla riforma del codice, all'esame incrociato, nel cui ambito venne approfondito per l'appunto il tema della preparazione dei testimoni: v. in particolare CAROFIGLIO, SUSCA, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, seconda ed., Milano, 2005, spec. 35 ss., nonché, con particolare attenzione ai profili di psicologia forense, DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, seconda ed., Padova, 2008, 377 ss.; GULOTTA, *Le 200 regole della cross-examination*, Milano, 2011, spec. 137 ss.

³ In tal senso, Cass., Sez. IV, 27 marzo 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 6843. Per una recente critica, v.

Infine, la terza circostanza, specialissima. Il giorno della nuova udienza, terminato il contro-esame delle difese, il rappresentante dell'accusa aveva preso la parola. Mentre il testimone rispondeva, i difensori notavano nelle sue mani un foglietto di cui chiedevano l'esibizione: era un appunto su cui erano annotate, di pugno dello stesso pubblico ministero, le domande concordate nell'incontro preparatorio: non le risposte (a quanto pare), ma le domande sì, ordinate in una sorta di copione che i due stavano puntualmente seguendo. Insomma, non solo un riesame preparato in anticipo, grazie al rinvio dell'udienza, ma anche cristallizzato in un canovaccio scritto, affinché il testimone potesse rispettarne meglio le cadenze: un ulteriore tassello nel senso dell'erosione e dell'impoverimento del contraddittorio dibattimentale. Oltre che una prova schiacciante dell'abbozzamento extraprocessuale: notavamo all'inizio che strategie del genere, quand'anche praticate, di norma restano nell'ombra; in questo caso, non è stato così.

Di qui l'eccezione delle difese che reclamano l'inutilizzabilità delle risposte date nel corso del riesame, pilotate dalle domande concordate in anticipo. E di qui appunto il provvedimento che interviene sulla spinosa questione. La soluzione, tuttavia, è molto particolare e ha molto il sapore dell'*escamotage*. Il Tribunale non si mostra del tutto insensibile alle ragioni difensive e perciò ravvisa sì una violazione di legge, ma la riconduce all'art. 149 disp. att. c.p.p., cioè alla regola che impone il c.d. isolamento del testimone prima della sua escussione. Incanalata la materia su questo binario, l'esito esce scontato: giurisprudenza ormai granitica, non senza voci adesive in letteratura, considera quella norma meramente regolamentare, non già fonte di un divieto probatorio capace di assumere rilievo *ex art. 191 c.p.p.*⁴ Di conseguenza l'inutilizzabilità viene esclusa: il Tribunale si limita a puntualizzare che la particolare situazione potrà essere tenuta in conto nel momento della valutazione di attendibilità della testimonianza.

3. *Una soluzione arrischiata e insoddisfacente.* Francamente, l'aggancio all'art. 149 disp. att. c.p.p. non convince. L'interpretazione che ne dà l'ordinanza in commento è infatti frutto d'una palese forzatura della lettera della legge e conduce, per altro verso, a risultati deludenti e sistematicamente incongrui.

FERRUA, *Lacune e anomalie nelle regole dell'esame incrociato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 2.

⁴ Per la giurisprudenza v., da ultimo, Cass., Sez. V, 26 novembre 2013, Cali, in *Mass. Uff.*, n. 259036, in linea con una nutrita serie di precedenti. In dottrina, v. - fra altri - CESARI, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: riflessioni sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 689 ss.

Sul piano letterale, l'isolamento del testimone viene imposto «nel corso dell'udienza» e il termine indica l'attività giornaliera che si svolge davanti al giudice, non già l'intero arco di tempo in cui si dipana il dibattimento, in caso di rinvio⁵: si tratta d'un confine temporale di cui non risulta si sia mai dubitato, perché coerente con la *ratio* del tradizionale presidio, che consiste nell'evitare che il testimone possa essere influenzato da ciò che accade in aula, assistendovi o parlando con chi vi partecipa, prima di deporre⁶; il divieto di contatti con le parti assolve – qui – a questa precipua finalità. Si badi: non si vuol dire che – perciò – fuori dall'udienza qualsiasi contatto sia consentito. Semplicemente, il divieto non viene dalla norma d'attuazione.

Anche perché – se così fosse – si porrebbero seri problemi di coordinamento: nella sua assolutezza, il divieto di contatti con i testimoni che si dovrebbe ricavare dall'art. 149 disp. att. c.p.p. cozzerebbe frontalmente con quanto risulta *per tabulas* dagli artt. 430 e 430 *bis* c.p.p., che notoriamente consentono a entrambe le parti di svolgere attività d'indagine integrativa, anche a dibattimento già avviato, inclusa l'assunzione di informazioni dalle persone già citate, purché non si tratti dei testimoni dell'avversario (ossia quelli indicati nella lista *ex* art. 468 c.p.p., «presentata dalle altre parti processuali»: art. 430 *bis* c.p.p.). Infatti, lo stesso Tribunale s'avvede della svista e s'affretta a correggere il tiro, affermando che – nel caso di specie – quelle norme non venivano in considerazione, perché non era «emersa l'esistenza di indagini suppletive». Torneremo più avanti su questo profilo e sui possibili raccordi ulteriori con le disposizioni appena richiamate.

Ma anche delimitando la portata dell'ipotetico divieto agli incontri che non abbiano finalità investigativa e dunque assumano carattere informale e funzioni esclusivamente preparatorie rispetto alla testimonianza orale (il c.d. *witness preparing* appunto), il risultato sarebbe deludente: se la fonte di tale divieto viene individuata esclusivamente nella norma d'attuazione (come fa il Tribunale di Padova), quegli incontri si dovrebbero ritenere vietati solo dopo l'avvio della prima udienza dibattimentale e perciò consentiti fino a un istante prima; il che non convince: infatti, se si reputa troppo pericoloso per l'attendibilità della testimonianza e per l'efficacia del contraddittorio dibattimentale che le parti possano incontrarsi privatamente con i propri testimoni, ciò dovrebbe essere sempre vietato, non solo dopo che l'istruzione ha preso

⁵ NEGRI, *Il dibattimento*, in *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2020, 536.

⁶ CESARI, *op. cit.*, 693 e n. 6. Cfr. anche CASTELLANI, *Art. 149 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, I, Torino, 1992, 577; MAFFEO, *L'esame incrociato tra legge e prassi*, Padova, 2012, 52 s.

avvio; se è vero che i contatti informali a dibattimento in corso risultano inevitabilmente più delicati e sospetti, per via del rischio che si cerchi di “guidare” il testimone verso la linea più conveniente in rapporto a quanto è accaduto fino ad allora, è anche vero che i pericoli d’indebite condizionamenti incombono anche prima; d’altra parte, accogliendo la conclusione qui criticata si rischierebbero sperequazioni tra la parte che sia chiamata a esaminare i propri testimoni nella prima udienza e quella che debba farlo in udienze successive (ossia, normalmente, la difesa, dato l’ordine imposto dall’art. 496 c.p.p.): quest’ultima – in caso di istruttorie prolungate e complesse – dovrebbe affidare su di un incontro preparatorio avvenuto magari molto tempo prima. Nel complesso, occorre ammetterlo: l’art. 149 disp. att. c.p.p. non offre una soluzione soddisfacente. Il divieto che il Tribunale ricava da esso va ricercato altrove e impone sguardi sistematici più fondi, tali da coinvolgere appunto il nodo cui s’accennava all’inizio. Al di là della regola sull’isolamento dei testimoni, confinata al tempo e al luogo della udienza, è diagnosticabile un più generale divieto di preparare i testimoni all’esame dibattimentale o per lo meno di prepararli ad esso in un certo modo?

4. *La tesi dell’ammissibilità degli incontri preparatori: qualche chiosa.* L’idea che le parti possano discutere con i propri testimoni il modo in cui si svolgerà l’esame incrociato trova riscontro in una diffusa e già richiamata posizione, maturata con la svolta “accusatoria” del 1988-89: nel nuovo sistema – si scrisse – sarà del tutto naturale che, nell’esame condotto dalla parte che ha chiesto l’ammissione del testimone, «i dialoganti recitino, ripetendo domande e risposte su cui avevano eseguito delle prove, come a teatro»; infatti «lo stile accusatorio sviluppa una retorica del dialogo, commisurata a persone, situazioni, argomenti, in cerca dell’effetto massimo»⁷. Su questa stessa linea, si collocano altri autori, che la ribadirono e la precisarono proprio con riguardo al pubblico ministero e con speciale (ma non esclusiva) attenzione alla testimonianza dei funzionari di polizia: fermo che non si possa cercare di condizionarne il contenuto, resta consentito illustrare al testimone «come si articolerà la sequenza delle domande» e persino procedere ad una «simulazione dell’escussione dibattimentale»⁸.

Prima di soffermarci sulle possibili critiche, sembra utile evidenziare un profilo di particolare rilievo ai nostri fini. Se anche si voglia aderire a questa impostazione, essa non implica che le iniziative delle parti possano essere svincola-

⁷ CORDERO, *Procedura penale*, nona ed., Milano, 2012, 674.

⁸ CAROFIGLIO, SUSCA, *op. cit.*, 35 ss.

te da ogni limite. Oltre all'ovvia barriera rappresentata dalle varie figure di reato che potrebbero venire in considerazione (concorso in falsa testimonianza, favoreggiamento, abuso d'ufficio ecc.), fin da subito venne sottolineata l'esigenza di un confine più ampio e più generale in base al quale la parte debba astenersi dall'esercitare qualsiasi forma di influenza sui contenuti della deposizione⁹. E non casualmente: proprio sotto questo profilo risulta istruttivo il parallelo con il sistema statunitense, che notoriamente rappresentò una fonte d'ispirazione nella stesura del codice e la cui eco è visibile negli orientamenti che stiamo considerando; ogni approfondimento è qui impossibile, ma non occorre scendere troppo a fondo per cogliere un dato: in quel contesto, è certo pacifico, come si accennava all'inizio, che le parti possano incontrare privatamente i testimoni per prepararli (e per prepararsi) ad esaminarli in dibattimento¹⁰, ma è anche assodato che esista una linea al di là della quale la fisiologica e auspicabile preparazione degenera in una censurabile opera di "istruzione" del testimone (*witness coaching*)¹¹; non solo: per quanto sia ricorrente la denuncia di perduranti margini d'incertezza (che si collega a cospicue correnti d'opinione inclini a regolare meglio la tradizionale pratica¹²), si danno tendenze a includere nell'ambito delle condotte vietate non solo quelle intenzionalmente rivolte ad ottenere una falsa dichiarazione, ma anche ogni altra

⁹ Cfr., ancora, CAROFIGLIO, SUSCA, *op. cit.*, spec. 36, dove si sottolinea che la preparazione del testimone debba essere finalizzata esclusivamente ad aiutare «il proprio testimone a rendere un esame diretto esauriente e convincente ed a reggere al successivo esame incrociato» e non possa mai risolversi in una qualsiasi forma di «predisposizione del contenuto della deposizione». Analogamente, DE CATALDO NEUBURGER, *op. cit.*, 177. Noteremo fra poco che le conclusioni raggiunte per tal via scontarono però residue forti incertezze circa l'esatta consistenza di questo limite.

¹⁰ Tale essendo «any communication between a lawyer and a prospective witness [...] intended to improve the substance or presentation of testimony to be offered at a trial or other hearing»: si tratta d'una pratica che «enables lawyers to present witnesses who are thoroughly familiar with the subject matter of their testimony and who are prepared to say what they know in a clear, coherent manner», ed è «regularly used», tanto in ambito civile quanto penale, ed anzi «consider[ed] fundamental duty of representation and a basic element of effective advocacy»: per questa definizione, APPELATE, *op. cit.*, 277. Tra i saggi dedicati più direttamente al processo penale ad alla preparazione dei testimoni ad opera della pubblica accusa, si segnala GERSHMAN, *Witness Coaching by Prosecutors*, in *Cardozo L. Rev.* 23, 2002, 829 ss.

¹¹ Benché si diano terminologie non sempre coincidenti, l'espressione «*witness coaching*» viene per lo più impiegata per indicare «any conduct by a lawyer that alters a witness's story about the events» (WYDICK, *The ethics of witness coaching*, in *Cardozo L. Rev.*, 17, 1995, 1). Tra le formulazioni più risalenti e più note della distinzione viene indicata quella del giudice Francis Finch della New York Court of Appeals (*In re Eldridge*, 37 N.Y. 161, 171 (N.Y. 1880): nella preparazione dell'esame «a discrete and prudent attorney» has «[the] duty to extract the facts from the witness, not to pour them into him; to learn what the witness does know, not to teach him what he ought to know».

¹² V., ad es., FLOWERS, *Witness Preparation: Regulating the Profession's Dirty Little Secret*, in *Hastings Const. L.Q.*, 38, 2011, 1007 ss.

tecnica che possa far sì che il testimone “adatti” il suo racconto all’ipotesi ricostruttiva dei fatti di chi intende presentarlo¹³. Si tratta di correnti di pensiero che già s’erano delineate ai tempi della riforma italiana e che oggi paiono ancora più diffuse¹⁴. Va ripetuto: che quello tra un legittimo *witness preparing* e un deprecabile *coaching* sia un confine smussato e opaco, nessuno lo nega e anzi fervono da tempi immemori dibattiti accesi, che spaziano a trecentosessantasei gradi, al di là del campo strettamente giuridico, con memorabili eco pure nella cinematografia¹⁵; ma è altrettanto indiscusso che quel confine esista, come pure la crescente pretesa d’approcci più rigorosi.

Così come è indiscusso che – pur a fronte di ovvie, inevitabili difficoltà d’accertamento, connaturate al già segnalato carattere di segretezza e di riserbo delle pratiche preparatorie – esistano, per così dire, significativi campanelli d’allarme. Anche a questo riguardo, non può essere questa la sede per compiuti approfondimenti, ma pare notevole osservare che una sia pur superficiale escursione nella (pur non ricchissima) giurisprudenza nordamericana indica che tra queste “spie” si collocano anche quelle relative ai tempi dell’incontro privato e al modo in cui s’è svolto l’esame in aula: se la parte ha avvicinato il teste – ad esempio – durante le pause del dibattimento, occorrono antenne dritte¹⁶; ancor più se le risposte paiano mandate a memoria, o sembri che il dichiarante «*uses the attorney’s words rather than his own*»¹⁷. In questa stessa chiave si insiste sul ruolo fondamentale di una «*skillful cross-examination*», mirata a far emergere i segni di possibili manipolazioni, e si sottolinea anche quanto continuo gli interventi profilattici del giudice, affinché i dichiaranti sfilino senza pause e soprattutto che «*direct and cross-examination [...] will be completed without interruption*»¹⁸.

Si tratta di scorci eloquenti, che gettano una luce negativa sul caso da cui abbiamo preso le mosse, capace di coinvolgere peraltro anche la leggerezza con cui – in generale – le nostre corti tendono ad accordare sospensioni e rinvii, i quali – sia detto per inciso –, quando addirittura interrompano le cadenze dell’esame incrociato, dovrebbero essere davvero confinati ad ipotesi del tutto

¹³ V. ad es. WYDICK, *op. cit.*, 12 ss.

¹⁴ V., fra i contributi più recenti e con particolare riguardo ai testimoni d’accusa nel processo penale, B. COHEN, *Whose line is it anyway?: Reducing witness coaching by prosecutors*, in *NYU Journal of Legislation & Public Policy* 18, 2015, 985 ss.

¹⁵ Per una interessante discussione sui limiti etici della preparazione dei testimoni che trae spunto dal film “Il verdetto” (*The verdict*, Sidney Lumet, 1982), v. ZACHARIAS, MARTIN, *Coaching witnesses*, in *Kentucky Law Journal*, 87, 1999, 1001 ss.

¹⁶ *Geders v. United States*, 425 U.S. 80, 80 (1976)

¹⁷ *State v. McCormick*, 259 S.E.2d 880, 882-83 (N.C. 1979)

¹⁸ *Geders v. United States*, 425 U.S. 80, 80 (1976), cit.

eccezionali e inevitabili, a prescindere dall'ammissibilità degli incontri preparatori. Ad ogni modo, a parte quest'ultimo rilievo, va ribadito che persino volendo accogliere la corrente di pensiero che considera in linea di principio legittima, anche in Italia, la preparazione dei testimoni, la vicenda oggetto dell'ordinanza in commento offriva indici significativi d'un confine travalicato: la circostanza che il testimone non fosse stato "preparato" prima dell'esame diretto (come pure sarebbe stato possibile ed anzi doveroso, se si assume che ciò rientri nei compiti e nei poteri dell'accusatore) e che l'incontro fosse invece avvenuto solo dopo, in vista del riesame, suggerisce intenti specifici, mirati; dà l'idea d'un intervento volto a "raddrizzare" una *performance* deludente; e quindi a "orientarne" i contenuti forse più di quanto si dovrebbe; spicca poi – anche in questa angolatura – la minuta fornita al testimone, scritta addirittura di pugno dell'accusatore: quand'anche non contenesse nemmeno il più flebile segno sul *come* rispondere, rimarrebbe sintomo d'un interesse speciale per un copione prestabilito dal quale non ci si debba discostare e perciò capace di dimostrare qualcosa in più del semplice fatto che il teste avesse incontrato il pubblico ministero in Procura¹⁹.

5. (*Segue*) ... e qualche implicazione problematica. Detto questo, ecco però che i nodi tornano al pettine e non ci si tarda a rendere conto che il parallelo con le matrici "accusatorie" conduce su terreni incerti e scivolosi. La vicenda padovana qui discussa offriva tratti di particolare rilievo, ma come ragionare in altri casi, più sfumati? Dove collocare quel confine tra *preparing* e *coaching* che già suscita infinite difficoltà e polemiche nei sistemi avvezzi a misurarsi con esso? Qualche abbozzo non è mancato, anche da noi, ma con risultati malfermi: venne ritenuto ammissibile anticipare al testimone «l'oggetto» e «la sequenza delle domande», ma non «occuparsi delle risposte che si presume – o si desidera – vengano date»; consentito però simulare l'escussione dibattimentale, per «preparare il teste a riferire nel modo migliore le sue conoscenze»; addirittura – s'è visto – «simulare il controesame» per «individuare punti di forza e di debolezza»; consentito inoltre sincerarsi che il teste «abbia chiaro il risultato probatorio che si mira ad ottenere con la sua testimonianza»; consentito informarlo sullo «sviluppo strategico dell'esame», e istruirlo, non già sul contenuto, ma sul «modo di presentarsi e di rispondere», con riguardo al «tono», al «ritmo» e persino all'esigenza di evitare «leziosità verbali»

¹⁹ L'ipotesi che la consultazione della minuta potesse integrare, di per sé, violazione del divieto di domande suggestive verrà considerata più avanti, nel § 10.

o «espressioni di gergo»²⁰. Dunque - a quanto pare - risulterebbe possibile suggerire parole diverse, sia pure in casi particolari: ma come circoscriverli?

Quante incertezze. Francamente troppe.

E tutte rimaste. Come s'è anticipato le riflessioni non sono progredite rispetto a quegli anni ed è mancato - dopo l'iniziale entusiasmo - qualsiasi approfondimento, sia in sede scientifica, sia in sede deontologica. A quest'ultimo riguardo anzi il vuoto è davvero totale, soprattutto rispetto al pubblico ministero²¹. E non pare un caso: la sensazione è che le pratiche preparatorie da parte della pubblica accusa siano state avvertite come una sorta di corpo estraneo rispetto ad un ordinamento che, a pochi anni dalla riforma, patì le ben note torsioni inquisitorie, che fecero riprendere quota alla tradizionale visione del pubblico ministero come "organo di giustizia", chiamato ad acquisire prove direttamente utilizzabili; per non dire dei verbali dell'indagine poliziesca, che a loro volta recuperarono il rango di conoscenze spesso fruibili in dibattimento, rendendo persino inutili le tattiche volte ad esaltare la *performance* orale dell'operatore. Ma su ciò torneremo fra un attimo.

Per ora preme restare nell'angolatura in cui ci siamo adesso volutamente collocati, per cogliere un ulteriore dimensione problematica che emerge dal parallelo con il sistema nordamericano. Essa attiene al nevralgico profilo dei rimedi, delle sanzioni processuali per il caso di eccessi indebiti. Se non si prende abbaglio, infatti, di rado ci si spinge, oltreoceano, a diagnosticare una vera e propria inammissibilità della prova inquinata da improprie condotte manipolative, sottolineando che la loro diagnosi riguarda piuttosto il piano della valutazione di attendibilità della fonte²²: insomma, non è la corte a dover bloccare il testimone "istruito", perché la migliore e più efficace "sanzione" viene individuata nel discredito che egli susciterà agli occhi dei giurati, capace di riflettersi negativamente sull'intero impianto accusatorio e sulla sua solidità. È proprio nell'ambito di questa linea che si comprende perché si insista sul ruolo fondamentale d'un abile contro-esame, volto a evidenziare le tracce di possibili manipolazioni, oltre che sull'importanza che il giudice si guardi - s'è detto - dal concedere pause *in itinere*.

²⁰ Le citazioni sono tratte da CAROFIGLIO, SUSCA, *op. cit.*, 35 ss.

²¹ La disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati (d. lgs. 26 febbraio 2006, n. 109) si limita a richiami assai laconici, peraltro riferiti indistintamente a giudici e pubblici ministeri: l'art. 2 co. 1 lett. *d* si limita a sanzionare «i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori». Per qualche riferimento alle norme deontologiche relative alla professione forense ed alla relativa giurisprudenza, v. la successiva nota 46.

²² V. sul punto e per ulteriori richiami, COHEN, *op. cit.*, 1013 ss.

Ebbene, anche sotto questo profilo, la distanza non potrebbe essere più netta: anche da noi, ad ogni buon conto, la premessa che la preparazione del testimone sia consentita, implicherebbe far scivolare eventuali abusi su terreni diversi dall'inutilizzabilità²³; ma gli accennati elementi di compensazione, e i possibili freni sul piano valutativo, ben difficilmente avrebbero il necessario mordente. Quanto ci si potrebbe ragionevolmente attendere da una strategia "aggressiva", a questo riguardo, nel controesame? Una volta che si ammettesse che l'organo dell'accusa può legittimamente "preparare" il testimone di cui ha chiesto l'esame, non vi sarebbe il rischio che ogni tentativo d'approfondimento si areni contro segni d'insofferenza rispetto all'idea di mettere in dubbio che la funzione e il ruolo del pubblico ministero possano essere rivolti ad altro obiettivo se non quello d'una più fedele e veridica ricostruzione dei fatti? E anche si riuscisse a mettere in discussione la spontaneità del troppo condizionato testimone d'accusa, quanta fiducia si potrebbe nutrire a proposito di ulteriori "contraccolpi" sul piano valutativo, dato per l'appunto quel certo modo di concepire la funzione del pubblico ministero²⁴? In definitiva, quelli che, nel contesto d'origine rappresentano, almeno sulla carta²⁵, adeguati contrappesi, riversati sul fronte interno risulterebbero strumenti blandi e poco incisivi. Anzi, a ciò si aggiungerebbero rischi ulteriori: che maturino, da un lato, tendenze largheggianti rispetto alle attività del pubblico ministero, in nome appunto della sua qualità di parte pubblica e del suo (asseritamente) passionato impegno nella ricerca della verità, capaci di schivare ogni biasimo e lasciargli così di fatto carta bianca; e dall'altro, severità massime per la difesa, per la quale le pratiche preparatorie risulterebbero così un terreno talmente minato da costringerla comunque a rifugiarsi e tenersi stretta alla disciplina delle indagini difensive (colloquio non documentato, ma pur sempre preceduto dagli avvisi *ex art. 391-bis co. 1 c.p.p.*). Proprio quest'ultimo spunto suggerisce d'esaminare un'altra impostazione rispetto al problema di partenza.

6. *Possibili critiche.* A distanza di molti anni alcune acquisizioni paiono mature: all'indomani della riforma, comprensibili entusiasmi per la svolta accusa-

²³ Salvo lo spazio, verosimilmente esiguo, che conserverebbe l'art. 188 c.p.p., la cui violazione farebbe senz'altro scattare la più radicale conseguenza invalidante.

²⁴ Sulle tendenze a valutare come maggiormente attendibili i testimoni d'accusa e sulle loro ricadute giurisprudenziali, v. *infra*, note 48 e 55.

²⁵ Come si vedrà nel prossimo paragrafo, significative correnti della letteratura nordamericana mostrano crescente sfiducia sulla reale effettività della *cross-examination* come strumento capace di mettere al riparo dalle conseguenze indesiderate del *coaching*.

toria portarono ad enfatizzare il parallelo con le matrici anglo-americane, ma si tratta d'una operazione metodologicamente discutibile, se riversata in sede esegetica; d'altro canto, calate all'interno d'un ordinamento rimasto per molti versi legato a doppio filo con la tradizione europeo-continentale, le soluzioni ricavate per tal via rischiano di ritorcersi a mo' di boomerang sulla tutela dei diritti dell'imputato, accentuando posizioni di squilibrio a tutto vantaggio della pubblica accusa. Sono rilievi che vennero formulati fin da subito in termini generali²⁶, e che calzano in modo speciale per il tema che ci occupa.

Sotto il primo profilo, le astratte modellistiche – già di per sé incapaci di fornire all'interprete indicazioni sicure – si rivelano ancor più fragili e incerte, proprio con riguardo alla preparazione dei testimoni. Valgano due spunti. Il primo viene – ancora una volta – da una pur fugace occhiata alle tendenze che paiono tenere il campo nel sistema statunitense, cioè quello che per tradizione più risalente ammette le pratiche preparatorie. S'è detto di approcci (della dottrina nordamericana) fattisi via via più rigorosi, circa la necessità di circoscrivere i poteri delle parti: al tempo stesso resta ben ferma – lo si è voluto ripetere – la consapevolezza che i confini tra il legittimo preparare (*preparing*) e l'indebito "istruire" (*coaching*) sono destinati a rimanere inevitabilmente malfermi e incerti²⁷; di qui il diffuso riconoscimento che la preparazione dei testimoni rappresenta una minaccia sempre incombente per un corretto accertamento dei fatti e che persino in quel sistema le opportunità offerte dal contro-esame davanti ai giurati non sempre possono rivelarsi antidoto sufficiente²⁸. In un saggio tra i più citati sull'argomento, la preparazione dei testimoni viene perciò giudicata una zona d'ombra, un cuneo, un «*dark little secret*» della giustizia penale statunitense²⁹; qualcosa che si accetta, non già perché giovi alla dialettica dibattimentale, potenziandone l'efficacia euristica, ma perché discende e si lega piuttosto alle logiche competitive che contraddistinguono quel sistema³⁰. Sono raccordi che fanno riflettere, perché da noi

²⁶ Spicca al riguardo il pensiero di M. Nobili che fin da subito si mostrò critico nei confronti della riforma del 1988 e dell'idea di trasportare schemi accusatori senza un ripensamento complessivo del sistema, inclusi i profili istituzionali e la collocazione del pubblico ministero. Un bel saggio, da poco pubblicato postumo, dà uno spaccato di queste posizioni, poco prima delle riforme del 1999-2000: NOBILI, *L'impatto della cultura di common law sui rapporti fra diritto e processo penale*, in ID, *Scritti inediti*, a cura di Camon, Milano, 2021, 113 ss.

²⁷ APPLGATE, *op. cit.*, spec. 326 ss.

²⁸ Cfr. ancora APPLGATE, *op. cit.*, 307 ss.; v. anche SALMI, *Don't walk the line: Ethical considerations in preparing witnesses for deposition at trial*, in *Review of litigation*, 18, 1999, 136 ss.

²⁹ FLOWERS, *op. cit.*, 1007 e n. 1 per altri richiami ad analoghe etichette.

³⁰ Sulle quali, v. – con particolare riguardo alle tecniche dell'esame incrociato – FANCHIOTTI, voce *Cross examination*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1991, 3. In prospettive più ampie, v. DAMASKA, *Il diritto*

l'opzione per il contraddittorio nella formazione delle prove e per l'iniziativa delle parti nella loro introduzione (peraltro con non pochi temperamenti) si regge - ora anche a livello costituzionale - sulla convinzione che ciò faciliti e non già ostacoli un più compiuto accertamento dei fatti.

Secondo spunto. Gli studi comparatistici hanno evidenziato come l'equazione tra c.d. modello accusatorio e preparazione dei testimoni non sia affatto una costante: a parte il sistema statunitense (dove comunque tengono il campo anche i già richiamati orientamenti restrittivi), negli altri ordinamenti riconducibili al ceppo del *common law* si danno approcci più cauti e spicca - fra tutti - quello britannico, in cui la preparazione dei testimoni in vista dell'esame dibattimentale sembra essere una pratica tendenzialmente vietata³¹, con autorevoli avalli anche in sede giurisprudenziale³². Di qui una conclusione abbastanza comune tra i cultori del diritto comparato: lungi dal rappresentare un carattere immanente delle logiche *adversarial*, la larghezza con cui il sistema statunitense ammette le pratiche preparatorie rappresenta piuttosto una «anomalia» di tale sistema rispetto a quelli che ne condividono le matrici³³. Eloquentemente anche il corollario che un autore ha voluto trarre da questa premessa, in un particolare (ma significativo) ambito: nella procedura da seguire presso il Tribunale penale internazionale, in assenza d'una norma che le consenta in modo inequivoco, le pratiche preparatorie si debbono ritenere inammissibili, e non possono essere fatte discendere in via implicita dalla coloritura accusatoria di quell'assetto procedurale³⁴. Si tratta d'un approccio si-

delle prove alla deriva (1997), trad. it., Bologna, 2003, spec. 112 s.

³¹ Cfr., già, DAMASKA, *op. cit.*, 112, n. 5, e 143, n. 48, il quale notava che «in alcuni ordinamenti di *common law*, come ad esempio nel Regno Unito, preparare i futuri testimoni è considerato un comportamento riprovevole (fatta eccezione per le parti e per gli esperti)»; solo i *solicitors* possono avere contatti con i testimoni nella fase anteriore al dibattimento, mentre i *barristers* «non sono autorizzati a farlo». V. più di recente, con ampi richiami alle fonti normative e giurisprudenziali, VASILIEV, *From liberal extremity to safe mainstream? The comparative controversies of witness preparation in the United States*, in *International Commentary on Evidence*, 9(2), 2011, 29 ss.

³² Ci si riferisce ad una sentenza della *Court of Appeal of England and Wales*, diffusamente citata negli studi sull'argomento (*R. v. Momodou and R. v. Limani*, [2005] 2 All ER 571, EWCA Crim 177, §§ 61 and 62), che molto insiste su una netta cesura tra l'informare il testimone sulle procedure che verranno seguite per raccogliere le sue dichiarazioni (*witness familiarization*) e ogni altro abbozzamento informale che scenda nel merito dei fatti oggetto del procedimento, inclusa dunque la vera e propria preparazione all'esame (*witness proofing*), considerata comunque uno strumento illegittimo a prescindere da ogni ulteriore distinzione tra *preparing* e *coaching* e dalla sue innegabili difficoltà. Riprende la stessa impostazione, con riguardo alle regole di procedura e prova del Tribunale penale internazionale, AMBOS, «*Witness proofing*» before the ICC: Neither legally admissible nor necessary, in Stahn, Sluiter (ed.), *The emerging practice of International Criminal Court*, Boston, 2009, 605 ss.

³³ VASILIEV, *op. cit.*, 47 ss.

³⁴ AMBOS, *op. cit.*, 602 s.: l'autore esclude che l'ammissibilità degli incontri preparatori possa essere

gnificativo, che – al netto delle innegabili “distanze” e delle forti particolarità del terreno entro cui è maturato – può fornire un’utile bussola anche rispetto agli interrogativi che si pongono nel nostro ordinamento

Infine, le implicazioni. S’è accennato poco fa come l’idea originaria del codice, cioè che l’attività conoscitiva del pubblico ministero dovesse avere solo una funzione preparatoria rispetto a prove da raccogliere nel dibattimento, già all’inizio realizzata con non poche concessioni alla tradizione anteriore, venne battuta in breccia dagli sconvolgimenti del 1992. Con le riforme di fine millennio la separazione fra le fasi è stata ripristinata, ma sappiamo tutti con quante deroghe e con quanta riluttanza della prassi verso interpretazioni rigorose dei divieti pur dettati dalla legge³⁵. Così come è ben noto che la disciplina delle indagini difensive abbia attuato un riequilibrio destinato a rivelarsi fragile, per lo meno nella pratica quotidiana. In un contesto del genere concludere che il pubblico ministero – che appunto già può disporre di verbali investigativi destinati a pesare molto nel dibattimento, pure attraverso i dilatati canali delle contestazioni e della consultazione “in aiuto alla memoria”³⁶ – possa per giunta convocare privatamente i propri testi per prepararli al dibattimento significa rischiare di accentuare endemiche disparità e squilibri, anziché contribuire ad attenuarli.

Nel complesso, pare plausibile che le posizioni esaminate nei paragrafi precedenti non corrispondano (o non corrispondano più) alle linee enucleabili dal sistema, dal quale invece sembra possibile desumere un radicale divieto di qualsiasi pratica preparatoria degli esami testimoniali, specie con riguardo alla pubblica accusa. Ma vediamo meglio e con qualche precisazione ulteriore.

7. Un implicito divieto per il pubblico ministero. Una volta sgombrato il campo dal principale argomento sui cui si regge l’idea che la preparazione dei testimoni sia consentita anche in Italia, e cioè quello basato su un supposto (ma in realtà inesistente) rapporto di implicazione necessaria rispetto alla iniziativa istruttoria delle parti ed al metodo dell’esame incrociato, e avviata la

desunta dall’attribuzione alle parti, e in particolare al pubblico ministero, dei poteri di indagine e d’iniziativa probatoria e del diritto di interrogare direttamente i testimoni (su tali caratteri della procedura davanti alla Corte penale internazionale, v., per una sintesi, FANCHIOTTI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale*, in *Modelli differenziati di accertamento*, tomo I, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*, VII, 48 ss.).

³⁵ Su quest’ultimo profilo v. per un’ampia panoramica, *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri e Orlandi, Torino, 2017.

³⁶ In argomento, volendo, Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, in *questa Rivista*, 2019, 253 ss.

ricerca sul più consono terreno del diritto positivo, l'interprete non tarda a scorgere significativi segnali normativi che orientano nel senso opposto, cioè quello d'un divieto di incontri preparatori, soprattutto ad opera della parte pubblica. Il principale sta nel modo in cui è disciplinata l'attività di indagine del pubblico ministero. In coerenza con un ruolo istituzionale che la riforma del 1988 non seppe (o non volle) cancellare, egli è gravato - si sa - da precisi doveri: non può trascurare elementi a favore della persona sottoposta alle indagini (artt. 326 e 358 c.p.p.); deve documentare ogni informazione che raccolga, per quanto contraria alla prospettiva accusatoria; deve inserire il relativo verbale nel fascicolo, destinandolo così ad una integrale *discovery* a beneficio della difesa oltre che a un possibile impiego probatorio. Si tratta di una disciplina chiaramente incompatibile con lo svolgimento di qualsiasi attività preparatoria: soprattutto l'obbligo di documentazione e di *discovery* stanno concettualmente agli antipodi rispetto a pratiche del genere.

Chi coltivi l'idea che il pubblico ministero possa poi cimentarsi, una volta terminate la fase preliminare e disposto il dibattimento, nella preparazione dei testimoni che ha scelto di presentare a sostegno dell'accusa, è costretto ad assumere che il rinvio a giudizio e ancor più la formulazione delle richieste di prova faccia mutare completamente il ruolo della parte pubblica. Da soggetto ancora concepito come neutrale detentore del potere di raccogliere le loro dichiarazioni, ne diverrebbe una sorta di alleato, se non un vero e proprio allenatore, in vista delle dichiarazioni da rendere al giudice. Ma si tratta di una trasformazione ben difficile pure sul piano psicologico³⁷; e ciò non solo per il rappresentante dell'accusa ma anche per la persona chiamata a rendere testimonianza.

Ma c'è di più. Sono proprio le norme a precludere una simile innaturale metamorfosi. Il riferimento corre agli artt. 430 e 430 *bis* c.p.p., che prevedono - lo si è rammentato - le c.d. indagini integrative, dalle quali si desume che il pubblico ministero, anche dopo il rinvio a giudizio e l'avvio del dibattimento,

³⁷ I tratti d'ambiguità con cui è stato disegnato il ruolo dell'accusa nella fase preliminare furono posti alla base d'una notissima sentenza della Corte di cassazione che, nei primi anni Novanta, enunciò la c.d. teoria della canalizzazione delle istanze investigative della difesa verso gli uffici della Procura (Cass., Sez. feriale, 18 agosto 1992, Burrafato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1169): l'innaturale soluzione, che deprimeva il diritto di difesa nella fase anteriore al dibattimento, affidandolo sostanzialmente alla controparte, fu una delle scintille che fece scattare la riforma delle indagini difensive. L'idea che, disposto il dibattimento, il pubblico ministero possa preparare i propri testimoni all'esame rappresenterebbe una forzatura eguale e contraria, destinata a sua volta a ritorcersi a svantaggio della difesa: la preparazione dei testimoni, pur formalmente consentita a entrambe le parti, rischierebbe d'essere percepita solo per l'accusa come funzionale all'accertamento della verità, con le implicazioni già segnalate nelle pagine che precedono.

conserva il suo ruolo di “inquirente” e perciò quello di acquisire, documentandole integralmente in un verbale, dichiarazioni di persone informate: la funzione di queste indagini è notoriamente diversa (servono solo per le «richieste al giudice del dibattimento»: art. 430 c.p.p.) e il loro regime d’uso più limitato (vengono inserite nel fascicolo *ex art.* 433 c.p.p. solo quando siano appunto impiegate come base per richieste istruttorie)³⁸; ma si tratta pur sempre di dichiarazioni che possono assumere valore probatorio, pure nello stesso dibattimento, e perciò documentate e comunque soggette all’obbligo della c.d. *discovery* (art. 430 co. 2 c.p.p.). Orbene, a seguito delle modifiche introdotte a fine millennio attraverso l’aggiunta dell’art. 430 *bis* c.p.p.³⁹, è ora indubitabile che questo potere e questo ruolo permanga anche dopo la presentazione delle richieste di prova e anche nei confronti dei soggetti che siano già stati indicati come testimoni: l’unico limite, infatti, è che non si tratti di persone inserite nelle liste presentate dalle altre parti. Si tratta d’una soluzione discutibile, che anzi suscitò perplessità, perché in tal modo si consentì – e si consente – al pubblico ministero, sia pure ai soli fini di ulteriori iniziative istruttorie, di condurre una attività conoscitiva parallela a quella che si svolge nel dibattimento (peraltro con verbali – s’è detto – destinati a un possibile impiego probatorio, tramite contestazioni e letture)⁴⁰: eppure chiaramente accolta dalla legge, che s’è appunto limitata a bandire la più specifica (e più deplorevole) prassi della c.d. appropriazione di testimoni “altrui”⁴¹. Ad ogni modo, resta un dato: queste norme prevedono che il pubblico ministero conservi nei confronti del proprio testimone (e sia pure ai soli fini di ulteriori richieste istruttorie) anche il ruolo che aveva nel corso delle indagini; un ruolo vistosamente incompatibile con quello che consisterebbe nel prepararlo all’esame, non solo per il carattere marcatamente partigiano di quest’ultima

³⁸ Su entrambi questi profili v. l’ampia disamina di VARRASO, *Le indagini «suppletive» e «integrative» delle parti*, Padova, 2004, spec. 135 ss.

³⁹ Art. 25, legge 16 dicembre 1999, n. 479; su tale aggiunta, v. GARUTI, *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 414 ss.

⁴⁰ Nel senso che, prima della riforma, le indagini integrative fossero soggette al limite temporale delle richieste di prova di cui agli artt. 493 e 495 c.p.p., v. CARNEVALE, *Sulla lettura degli atti di indagine integrativa a norma dell’art. 513 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3329; LOZZI, *I principi dell’oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 687 s.

⁴¹ Ossia quella consistente nel «convocare ed esaminare in qualità di persone informate sui fatti (art. 362 c.p.p.) i testimoni a discarico dei quali [fosse] già stato richiesto dal difensore o ammesso dal giudice l’esame dibattimentale: espediente al quale la parte pubblica ricorre[va] con intenti strategici di varia natura, che [andavano] dalla semplice verifica delle effettive conoscenze del teste alla precostituzione di materiali probatori in chiave contestativa» (così CAPRIOLI, *Il processo penale dopo la legge Carotti. Commento agli artt. 25 e 26 della legge 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 231)

funzione, ma anche per gli obblighi di documentazione implicati nella prima. Si potrebbe obiettare che le due funzioni potrebbero convivere. Il pubblico ministero dovrebbe rispettare le regole relative alla attività di indagine (quanto a forme, documentazione, deposito) *solo* quando raccoglie informazioni ulteriori, cioè elementi diversi da quelli già emersi durante l'indagine: perciò niente escluderebbe che possa incontrare informalmente i propri testimoni per prepararli al dibattimento, visto che ciò non implica nuove acquisizioni. Così sembra concludere l'ordinanza in commento, quando esclude che «la norma di cui all'art. 430 c.p.p.» sia «attinente alla vicenda in esame, non essendo emersa l'esistenza di indagini suppletive» e ricava il divieto di contatti coi testimoni da altra fonte (l'art. 149 disp. att. c.p.p.).

In realtà, il ragionamento può essere rovesciato: proprio perché la preparazione del testimone risulta strutturalmente incompatibile con il perdurare della funzione investigativa e dei poteri e dei doveri che il nostro ordinamento ne fa derivare, per il pubblico ministero, dalla perdurante vigenza di questi ultimi pare potersi ricavare un implicito divieto della prima. Insomma, proprio dagli artt. 430 e 430 *bis* c.p.p. a rigore si può desumere che il rappresentante dell'accusa possa incontrare i propri testimoni *solo* per finalità investigative, e dunque solo per raccogliere elementi ulteriori e comunque nel rispetto delle norme che disciplinano tale attività (incluso l'obbligo di documentazione e *discovery* previsti dall'art. 430 c.p.p.).

Prima di trarre qualche conclusione da questa possibile linea (con particolare riferimento alla vicenda da cui siamo partiti ed alla testimonianza del funzionario di polizia) occorre qualche precisazione ulteriore, soprattutto con riguardo alla posizione del difensore che - proprio dal punto di vista ora coltivato - risulta sensibilmente diversa.

8. *Digressione sul difensore.* Mentre il pubblico ministero, nell'esercizio della funzione investigativa, ha poteri e doveri particolari che la rendono incompatibile con il ruolo di "preparatore" dei testimoni d'accusa, sicché permanendo l'una occorre ammettere che sia vietato assumere l'altro, un discorso diverso deve riguardare il difensore della persona sottoposta alle indagini. Infatti, il potere investigativo del difensore, finalizzato in via esclusiva all'esercizio del diritto di difesa, include - quale indispensabile premessa - il potere di "sondare" informalmente le conoscenze di cui il testimone è depositario. Si allude ovviamente alla disciplina del c.d. colloquio non documentato (art. 391 *bis* co. 1 c.p.p.), in cui il difensore assume un ruolo e una posizione ben diversa da quella che caratterizza il corrispondente atto investigativo del pubblico mi-

nistero: dialoga, ascolta, valuta quanto gli giovi una eventuale deposizione in sede processuale; insomma, fa una prova, con la mente rivolta a quel che avverrebbe in seguito, nel processo, davanti al giudice. Una prova che per sua stessa natura esclude ogni documentazione: occorresse lasciarne traccia, sarebbe un'altra cosa. Proprio come la pratica del *witness preparing*, rispetto alla quale l'art. 391 *bis* co. 1 c.p.p. può rappresentare la base normativa capace di lasciare al difensore maggiore libertà d'azione.

Si badi: non si vuole qui affermare che l'art. 391 *bis* co. 1 c.p.p. consenta al difensore una attività di preparazione dei testimoni, assimilabile in tutto e per tutto a quella praticata nel sistema nordamericano; le regole che la norma codicistica pur sempre impone di osservare imbrigliano l'attività preparatoria in lacci ignoti alle pratiche del *common law*. Reali libertà – limitate esclusivamente dai precetti deontologici (ed eventualmente penali) – si delineano solo rispetto alla preparazione dell'esame dell'imputato, proprio cliente (a parte quanto diremo a proposito del consulente tecnico). Tuttavia, la disciplina della attività di indagine (che resta anche per il difensore l'unico canale normativo che lo legittima a contattare persone informate o testimoni per i fini del procedimento, come meglio vedremo fra un attimo) risulta, per il legale della parte privata, compatibile con una attività che si avvicina a quella propriamente preparatoria. Anche a questo riguardo rilevano gli artt. 430 e 430 *bis* c.p.p. che, emendati a tal fine dalla legge n. 397 del 2000, consentono anche al difensore di svolgere investigazioni dopo il provvedimento che dispone il giudizio e persino dopo la presentazione delle richieste istruttorie ex art. 493 c.p.p. (lo si desume dall'art. 430 *bis* c.p.p. che gli vieta solo di assumere informazioni da persone già indicate nella lista presentata dalle altre parti processuali): ebbene, per il difensore, lo svolgere investigazioni comprende anche intrattenere con i testimoni colloqui non documentati, che dunque devono ritenersi consentiti anche nell'indagine integrativa⁴²; si tratta di una attività in senso lato preparatoria, ossia di abboccamenti riservati volti a saggiare quel che il teste sappia, che possono legittimamente e coerentemente estendersi anche alla verifica di ciò che lo stesso testimone direbbe, se gli venisse fatta quella certa domanda, per evitare di pregiudicare con quesiti maldestri gli interessi del

⁴² Nonostante l'ambiguità testuale, dovuta a difettosi coordinamenti, pare indubitabile che il riferimento all'attività di indagine del difensore, per l'appunto aggiunto nell'art. 430 dalla legge n. 397 del 2000, includa anche le modalità indicate dall'art. 391 *bis* co. 1 c.p.p. (colloquio non documentato). Semmai s'è discusso se l'eventuale documentazione che il difensore scelga di effettuare debba essere obbligatoriamente depositata e i più lo negano: coerenza vuole che, anche nella fase del giudizio, non si tratti di un obbligo, ma di un onere, funzionale all'utilizzo dei risultati delle investigazioni compiute (in tal senso, VARRASO, *op. cit.*, 67).

proprio assistito. Fermo restando, ovviamente, il divieto d'esercitare qualsiasi pressione o condizionamento (*witness coaching*, per riprendere ancora la consueta "etichetta").

Ci si può chiedere se valga pure per il difensore la regola secondo cui le indagini integrative possono essere compiute solo in vista delle richieste da rivolgere al giudice, cosa che potrebbe far dubitare che gli sia consentito intrattenere colloqui riservati con un testimone di cui abbia già richiesto l'esame, ai soli fini di valutare meglio quali domande fargli e come (dato che le domande non sono oggetto di alcuna richiesta al giudice). Al riguardo, benché il testo normativo risulti innegabilmente ambiguo, riferito com'è a entrambe le parti, l'interpretazione sistematica viene in soccorso⁴³. Bisogna infatti considerare che le indagini integrative del pubblico ministero si collocano a valle d'una attività investigativa – della stessa pubblica accusa – che il sistema vuole completa e proprio per questa ragione sono concepite come eccezionali, destinate a colmare lacune che siano state rivelate dagli sviluppi della dialettica dibattimentale⁴⁴. Tutt'al contrario, le indagini integrative del difensore servono a garantire reale effettività a quel "diritto a difendersi investigando" che, nelle fasi anteriori, patisce di fatto innegabili limitazioni, soprattutto per via delle (discutibili) scelte compiute dal legislatore sul piano dei tempi avanzati in cui si realizza una indefettibile e completa conoscenza del procedimento, specie quando si proceda con un rito che non contempla l'udienza preliminare. Per questo motivo, pare ragionevole ritenere che il difensore ben possa intervistare il testimone (pure nelle forme non documentate) anche dopo averlo citato, al solo fine di prepararsi a esaminarlo in dibattimento, soprattutto se si tratta d'un testimone che egli non abbia già ascoltato in precedenza⁴⁵.

Va poi aggiunto che questa conclusione (e cioè che il difensore possa intrattenere colloqui non documentati con i testimoni che abbia già citato) trova conferma pure a livello di regole disciplinari: l'art. 55 del Codice Deontologico Forense prescrive all'avvocato di «evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto dei procedimenti con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti»; dunque, *a contrario*, restano leciti quei

⁴³ Va peraltro ricordato che il riferimento al difensore venne inserito dalla legge n. 397 del 2000 in una norma pensata e scritta per le sole indagini del pubblico ministero, senza troppo curarsi dei necessari adattamenti.

⁴⁴ VARRASO, *op. cit.*, spec. 145 ss.

⁴⁵ Bisogna anche considerare che le parti possono rinunciare ai propri testimoni, sia pure dietro consenso dell'avversario: il colloquio riservato potrebbe servire a una valutazione del genere, finalizzata, essa sì, alle richieste da rivolgere al giudice del dibattimento, visto che la revoca dev'essere pur sempre disposta con ordinanza del giudice.

contatti privati con chi abbia già assunto il ruolo di testimone che il termine “intrattenersi” immediatamente evoca, anche con riguardo all’oggetto del procedimento, purché condotti appunto senza forzare o spingere verso una deposizione compiacente.

Piuttosto, occorre sciogliere un altro interrogativo. A ben vedere infatti, la pregnanza semantica del verbo impiegato dalla norma deontologica (appunto, «intrattenersi») parrebbe evocare – legittimandoli – anche contatti che intercorrano senza l’applicazione della disciplina dettata per il colloquio non documentato nell’ambito delle indagini difensive, con l’unico confine segnato dal divieto di esercitare qualsiasi forma di pressione. È così? In realtà la risposta negativa pare più plausibile; infatti, la conclusione diversa sarebbe eccessiva e persino controproducente, almeno per l’ambito penale⁴⁶. La totale *deregulation* di questa ipotetica attività informativa e preparatoria da un lato lascerebbe al difensore troppi margini, con troppe incertezze circa i confini dei suoi poteri, dall’altro, e proprio per questa ragione, l’averla compiuta genererebbe inevitabili ombre e sospetti di inquinamento, finendo di fatto per frustrare le prerogative della difesa. In tal senso – lo si è già accennato – il rispetto delle regole che pur sempre circondano il colloquio difensivo, quand’anche non documentato (obbligo di fornire comunque i vari avvisi, le informative sui diritti ecc.), accorda al difensore uno “scudo protettivo” capace di assicurare reale effettività al suo operato. Fermo restando, ovviamente, che eventuali eccessi non potranno che assumere rilievo in sede disciplinare o addirittura penale, occorreranno specifiche emergenze ed elementi concreti per mettere in dubbio la buona condotta dell’avvocato che abbia rispettato le regole dell’art. 391 *bis* c.p.p. e che, all’occorrenza, possa dimostrarlo, producendo l’attestazione d’aver compiuto gli adempimenti imposti dalla legge. Un dato può essere significativo a questo particolare riguardo: l’idea della ammissibilità del *witness preparing*, negli anni successivi alla riforma del codice, venne sviluppata e coltivata con particolare impegno soprattutto con riferimento al pubblico ministero e da parte di esponenti della magistratura, men-

⁴⁶ In materia civile, peraltro, la giurisprudenza disciplinare s’è spesso mostrata particolarmente rigorosa: una recente pronuncia del Consiglio Nazionale Forense ha ad esempio riconosciuto una violazione dell’art. 55 del Codice deontologico forense (*recte*: dell’art. 52, norma corrispondente del vecchio codice deontologico, anteriore alla riforma del 2014) nell’essersi il difensore intrattenuto con i testimoni mostrando loro il ricorso e i “contorni” della deposizione da rendere (CNF, sentenza 29 dicembre 2014, n. 323). Dal canto suo, e per tornare all’ambito penale, il Consiglio distrettuale di disciplina di Bologna, nella decisione n. 43 del 17 maggio 2019, in www.cnl.it, ha statuito che viola l’art. 6 del Codice Deontologico previgente (dovere di correttezza) l’avvocato che, prima di un’udienza nell’ambito del procedimento penale, esibisca a due testimoni il verbale delle sommarie informazioni dagli stessi rilasciate durante le indagini.

tre tra gli avvocati questa stessa idea venne considerata con circospezione e (dopo la riforma delle indagini difensive) con fermi inviti a cautelarsi attraverso una puntuale applicazione delle forme previste dall'art. 391 *bis* c.p.p. (avvisi inclusi)⁴⁷.

Va dunque ribadita quella che sembra essere la conclusione più plausibile. Per il pubblico ministero pare diagnosticabile un radicale divieto d'incontrare privatamente e senza redigere un verbale i propri testimoni, ciò che esclude l'ammissibilità di qualsiasi pratica preparatoria; al contrario, il difensore ha questa facoltà, esercitabile nel rispetto delle regole che disciplinano l'indagine difensiva: entro questi limiti, gli è dunque consentito intrattenersi col testimone in vista del suo esame dibattimentale. Ciò non significa – lo si vuol ripetere – totale libertà, perché quella sorta di presunzione di correttezza che circonda il colloquio non documentato che si sia mantenuto nella cornice formale imposta dalla legge non è ovviamente assoluta; resta però la differenza di fondo: per il pubblico ministero, si tratta di un divieto netto e insuperabile, la cui violazione è insita nel solo fatto d'aver incontrato il testimone senza documentarlo e senza depositare il verbale a beneficio della difesa.

Nel complesso, pare tuttavia di poter dire che la conclusione ora abbozzata, lungi dal tradursi in una ingiustificata disparità di trattamento fra le parti, risulta coerente con i diversi ruoli e i diversi poteri che caratterizzano il pubblico ministero rispetto all'imputato ed alla sua difesa. Anzi, si può ribadire che, proprio per via di tale diversità di ruoli e di poteri, sarebbe la linea diversa (ossia riconoscere ad entrambi la facoltà di condurre informali incontri preparatori con i propri testimoni) a determinare, al di là dell'apparente equilibrio, una lesione sostanziale della *equality of arms*. Al di là dei vischiosi retaggi culturali che spesso portano con sé una pregiudiziale maggior fiducia nei confronti dei testimoni d'accusa, sol perché giudicati attendibili dal magistrato che ha esercitato l'azione penale sulla base delle loro precedenti dichiarazioni⁴⁸, proprio il fatto d'averli già ascoltati in precedenza, rischierebbe di imprimere all'attività preparatoria condotta dal pubblico ministero un potenziale effetto "condizionante" ben maggiore di quello esercitabile dal difensore, il

⁴⁷ RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, seconda ed., Milano, 2012, 52.

⁴⁸ Cfr. già AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, introduzione a STONE, *La cross-examination: strategie e tecniche*, Milano, 1990, 24, cogliendo anche a questo riguardo profonde distanze culturali dal processo angloamericano: «Mentre i giurati simpatizzano istintivamente per il teste, che immaginano avviluppato nei lacci del tecnicismo degli avvocati, i nostri magistrati muovono da una preconstituita diffidenza verso il testimone, soprattutto verso quello introdotto dalla difesa, [...] perché ritengono assistite da maggior valore di verità le ragioni dell'accusa rappresentata dallo Stato».

quale – lo si ripete – non sempre dispone d'un proprio verbale anteriore.

9. *Conclusioni diverse per la testimonianza del funzionario di polizia?* Prima di tornare, con qualche spunto finale, alla vicenda su cui è intervenuta l'ordinanza che s'annota, è necessario aggiungere qualche rapida riflessione, relativa alla particolare qualità del testimone di cui trattava: era il funzionario di polizia che aveva svolto le indagini e tali indagini – val la pena sottolinearlo – riguardavano reati economici e fiscali, cosicché si può ipotizzare che si trattasse d'un funzionario dotato di specifiche competenze (probabilmente un militare della Guardia di Finanza).

L'ordinanza sottolinea questi aspetti, quasi a giustificare o comunque a voler dare una attenuante alla condotta del pubblico ministero. Si tratta però di elementi che non paiono assumere alcun peso. Non il primo: infatti, come tutti sappiamo, nel nostro ordinamento l'operatore di polizia giudiziaria che sia intervenuto nell'indagine assume, nel dibattimento, la qualità e la funzione di testimone, cosicché non si vedono ragioni che possano giustificare conclusioni diverse a proposito della preparazione all'esame dibattimentale; se è consentita per ogni altro testimone, ciò vale anche per lui; se non lo è (come è parso ragionevole concludere), pure la sua preparazione resta illegittima, a nulla rilevando la particolare "vicinanza" al pubblico ministero e la verosimile ampia disponibilità a collaborare con l'organo dell'accusa, che anzi rappresentano un ulteriore motivo di diffidenza.

Sappiamo poi quanto poco conti l'argomento incidentalmente speso dai giudici padovani, e cioè che non fossero emersi ulteriori elementi investigativi perché, nel riesame condotto dal pubblico ministero dopo l'incontro extraprocessuale egli aveva riferito «su atti presenti nel fascicolo del pubblico ministero» e su «documenti consultabili da entrambe le parti»: lungi dal mostrare la legittimità del suo operato, proprio l'assenza di nuove esigenze d'indagine avrebbe impedito al rappresentante dell'accusa di conferire in privato con l'investigatore sulle circostanze oggetto del procedimento, dato che ogni attività conoscitiva del pubblico ministero successiva al rinvio a giudizio è consentita, per l'appunto, solo in presenza di nuove esigenze investigative e nel rispetto delle regole che disciplinano l'attività di indagine (dicevamo che lo si desume dall'art. 430 c.p.p.)⁴⁹.

⁴⁹ Va peraltro ricordato che una opinione diffusa esclude la legittimazione della polizia giudiziaria rispetto all'indagine integrativa, salvo che si tratti di atti compiuti in esecuzione di una delega del pubblico ministero, perché la polizia non è legittimata a formulare richieste istruttorie al giudice del dibattimento (VARRASO, *op. cit.*, 72 s.; v. per ulteriori riferimenti, TERRANOVA, *Art. 430 c.p.p.*, in *Commentario*

Resta da dire della specifica competenza. Qui la riflessione potrebbe trarre stimolo dalla circostanza che se c'è un campo nel quale le pratiche preparatorie paiono davvero ammesse, senza eccezioni e riserve, in ogni sistema appartenente al ceppo accusatorio del *common law*, esso è proprio quello dei c.d. *expert witnesses*, categoria che ricomprende anche i funzionari specializzati della polizia⁵⁰. Eppure, anche a questo riguardo, il parallelo risulta fuorviante, per la semplice ragione che il nostro ordinamento tiene invece ben distinta la testimonianza dell'ufficiale o dell'agente di polizia giudiziaria, quale che sia la sua competenza specifica, dalla consulenza tecnica e dall'esame del consulente. La prima integra per l'appunto una testimonianza come tutte le altre, mentre solo la seconda, incarna un diverso mezzo di prova, dai caratteri più marcatamente argomentativi e partigiani. Che poi la prassi tenda a smussare questa distinzione, consentendo di fatto al pubblico ministero di impiegare il contributo dei funzionari specializzati di polizia anche per acquisire pure e semplici valutazioni tecnico-scientifiche, e quindi come succedaneo rispetto al più corretto (ma più oneroso) ricorso alla consulenza tecnica, è un altro discorso che - ai nostri fini - non rileva⁵¹.

L'ovvia ma importante notazione ora formulata (e cioè che la testimonianza del poliziotto, per quanto esperto, resti un mezzo di prova diverso dall'esame del consulente di parte) esime dall'approfondire in questa sede il tema della ammissibilità della preparazione del consulente in vista dell'esame, che si collega a quello - assai spinoso - relativo alla natura della consulenza tecnica e del ruolo di chi è chiamato a renderla⁵². Al riguardo, ci si può perciò limitare ad evocare le oscillazioni che si registrano sul punto, radicate in un dato normativo innegabilmente ambiguo. È risaputo infatti che, da una parte, la dottrina tende per lo più a valorizzare la funzione per l'appunto argomentativa e interessata del consulente, assimilandolo ad un ausiliario della parte che l'ha nominato: questa premessa potrebbe perciò avvalorare l'idea che siano consentiti contatti informali, finalizzati alla preparazione all'esame *ex art. 501 c.p.p.*, anche da parte del pubblico ministero, come avviene negli ambienti accusatori; dal canto suo, però, la giurisprudenza ha spesso ragionato diversamente, accentuando le somiglianze rispetto al testimone. Il riferimento cor-

breve al codice di procedura penale, a cura di Conso, Illuminati, seconda ed., Padova, 2015, 1944.

⁵⁰ Cfr. ad es. ELLISON, *Witness preparation and the prosecution of rape*, in *Legal studies*, 27(2), 2007, 172.

⁵¹ Per qualche accenno a questa prassi (ed alle sue implicazioni) nella materia penale tributaria: Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie nel processo penale*, in www.legislazionepenale.eu, 28 marzo 2020.

⁵² In argomento, KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, *passim*.

re non solo al profilo relativo agli obblighi di giuramento e di verità⁵³, ma anche a quello della partecipazione al dibattimento, perché una sentenza ha addirittura ritenuto che il consulente, citato per l'esame, soggiaccia, prima d'aver deposto, alla regola dell'isolamento *ex art. 149 disp. att. c.p.p.*⁵⁴, dalla quale proprio l'ordinanza che qui si chiosa ha fatto discendere il divieto di qualsiasi contatto preventivo fino all'escussione. Sappiamo che si tratta di una conclusione eccessiva, perché l'art. 149 disp. att. c.p.p. più verosimilmente vieta i soli contatti che avvengano in udienza, ma applicare quest'ultimo divieto anche ai consulenti tecnici significa accentuarne in modo talmente marcato l'assimilazione ai testimoni ed alla neutralità che caratterizza quest'ultima funzione da rendere difficilmente sostenibile un trattamento differenziato con riguardo alle attività preparatorie extraprocessuali. D'altro canto, si deve pure tener conto di una recente pronuncia della Corte di cassazione, tanto nota quanto criticata, che s'è spinta a ritenere pregiudizialmente più attendibile il responso del consulente del pubblico ministero rispetto a quello del consulente della difesa⁵⁵. A prescindere da ogni obiezione⁵⁶, queste deprecabili tendenze rappresentano un evidente ostacolo rispetto all'idea di ammettere incontri preparatori in vista dell'esame da parte del pubblico ministero, perché essi si risolverebbero in una ulteriore accentuazione di striscianti disparità fra le parti, a tutto scapito della difesa.

Ma ora preme ripetere che non è questo il punto: si deve infatti ribadire che particolari caratteristiche e particolari esigenze riguardano semmai e per l'appunto *solo* il consulente tecnico di parte, non già i funzionari specializzati di polizia, che invece vanno trattati alla stregua di testimoni comuni, pure ai fini della loro preparazione al dibattimento.

10. *Note conclusive sul caso di specie.* Tornando alla vicenda da cui abbiamo preso le mosse, l'impostazione seguita fin qui avrebbe dovuto condurre a esiti diversi. Il divieto che il Tribunale di Padova ammette sia stato violato non sta

⁵³ Secondo la ricostruzione più diffusa in giurisprudenza, l'art. 497 co. 2 c.p.p. trova applicazione anche nell'esame del consulente tecnico (Ass. Rovigo, 28 dicembre 1992, Pregolato e altri, in *Giust. pen.*, 1993, III, p. 290; Trib. Torino, 20 marzo 1991, Vanni, in *Giur. it.*, 1994, II, 77). *Contra*, KOSTORIS, *op. cit.*, 335 ss.; RANDAZZO, *op. cit.*, 78 s.

⁵⁴ Cass., 16 gennaio 2014, in *Mass. Uff.*, n. 261495. In senso contrario, Cass., 9 giugno 2009, Raso, in *Cass. pen.*, 2020, 4242 e, in dottrina, BAZZANI, *Il consulente estromesso: tra obblighi di verità e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1285; RANDAZZO, *op. cit.*, 78 s.

⁵⁵ Cass., sez. III, 18 febbraio 2020, n. 16458, in *www.sistemapenale.it*, 28 settembre 2020.

⁵⁶ Per le quali si rimanda alla comprensibilmente accorata chiosa di KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del consulente tecnico dell'accusa*, in *www.sistemapenale.it*, 28 settembre 2020.

nell'art. 149 disp. att. c.p.p.: è un divieto più ampio e più fondo, dotato d'un calibro ben diverso da quello contenuto nella disposizione d'attuazione. Per le ragioni via via indicate, non pare lo si possa ricavare dalla tradizione "accusatoria", evocando la distinzione tra *witness preparing* e *witness coaching*, che aveva avuto qualche seguito anche da noi, all'indomani della riforma del 1988: qualcosa del genere vale per il difensore, che risulta legittimato a condurre incontri *lato sensu* preparatori, nel rispetto della disciplina dell'art. 391 *bis* co. 1 c.p.p., fermo restando il divieto di «forzature o suggestioni» (art. 55 del Codice Deontologico), foriere di conseguenze disciplinari, ma non idonee a incidere sull'utilizzabilità della prova, bensì soltanto sulla sua valutazione. Non così per il pubblico ministero, per il quale è parso corretto desumere dal sistema un radicale divieto; un divieto di incontrarsi privatamente con il testimone per prepararlo all'esame, che opera in modo indistinto, a prescindere dalle modalità più o meno "invasive" rispetto alla genuinità della testimonianza ed alla libertà morale del testimone; un divieto, potremmo dire, riprendendo il parallelo con la tradizione angloamericana, di *witness preparing*, non già di semplice *witness coaching*. Un divieto la cui violazione è attestata dal solo fatto che pubblico ministero e testimone si siano incontrati per discutere sull'oggetto del procedimento senza il rispetto delle regole, dei confini e delle finalità previsti per gli atti di indagine. È questo il divieto a cui il Tribunale di Padova avrebbe dovuto fare riferimento.

Un divieto che, sia per struttura sia per substrato valoriale, si candida a far parte del novero di quelli la cui violazione determina una inutilizzabilità, secondo l'art. 191 c.p.p. Sotto il primo profilo, il carattere per l'appunto radicale e assoluto del divieto che incombe sul pubblico ministero evoca inevitabilmente - sia pure "di riflesso", dal pubblico ministero al giudice - quel difetto di potere istruttorio che anche le impostazioni più selettive riconducono all'ambito dell'art. 191 c.p.p.³⁷.

Sul versante dei valori, sappiamo quali distanze ci separino dagli sfondi deontici dell'art. 149 disp. att. c.p.p.: anche questa norma ha a che fare con le modalità di acquisizione delle testimonianze nella fase del dibattimento, ma essa mira a prevenire condizionamenti, (anche) ad opera delle parti, dotati - si diceva - di una potenzialità lesiva tutto sommato modesta, non in grado di alterare la sostanza del contraddittorio nella formazione della prova: si vuole soprattutto evitare che i testimoni siano influenzati da quel che accade in aula; il "nostro" divieto invece serve a prevenire quello che sarebbe un totale sov-

³⁷ CORDERO, *op. cit.*, 70 ss.

vertimento del metodo probatorio dibattimentale. Esso punta ad evitare che l'attività extraprocessuale del pubblico ministero possa sovrapporsi e perciò stesso distorcere le cadenze e le regole relative all'esame incrociato ed alla istruzione dibattimentale: le domande devono essere fatte appunto nel dibattimento, cosicché se ne possa - tra l'altro - controllare la legittimità (ad esempio con riguardo al divieto di domande suggestive ed ancor più al corretto uso delle dichiarazioni rilasciate in precedenza), e non "anticipate" in privato, con quanto ne segue in ordine a possibili influenze destinate a pesare quando il testimone risponda, in aula, a una domanda pur correttamente formulata o ad una contestazione eseguita nel rispetto della legge; idem per eventuali deposizioni simulate, destinate a privare la *performance* dibattimentale di quel carattere di naturalezza e spontaneità che ne fanno - per così dire - un'esperienza unica e irripetibile, in cui l'ordinamento identifica la prova, quella "vera", quella che si forma nel contraddittorio, slegata il più possibile dal peso dei verbali anteriori che invece incomberebbe nell'incontro *tetè-à-tetè* tra il testimone e il pubblico ministero. In effetti, non è solo questione di attendibilità della testimonianza e non vi è soltanto (alla base del divieto che stiamo supponendo desumibile dal sistema) l'esigenza di evitare condizionamenti: c'è anche quella - preponderante - di garantire effettività, reale forza al contraddittorio "poietico", perché la pur fisiologica lotta fra gli opposti (le due versioni dei fatti che rispettivamente l'esame diretto e il controesame mirano ad asseverare) non si alteri e venga falsata in modo eccessivo da un intervento esterno del pubblico ministero, destinato altrimenti a partire da una posizione di vantaggio capace di depotenziare lo scontro dialettico, pure nella sua portata euristica, specie quando si tratta di un testimone come il poliziotto che ha svolto le indagini. S'è visto che di questi possibili squilibri si danno eloquenti consapevolezze pure nei dibattiti oltreoceano: l'idea che il controesame possa risalire chine del genere è spesso giudicata una petizione di principio, persino in un ambito in cui le tecniche della *cross examination* godono d'un tasso di effettività ben diverso da quello nostro interno e ben diverso è il modo di concepire l'indagine preliminare dell'accusatore.

Ma di ciò già s'è detto. Quel che preme ora sottolineare è che il divieto che stiamo considerando ha a che fare in modo così intimo e stretto con le regole che il codice detta per l'esame e il controesame dei testimoni da rendere appunto plausibile la conclusione secondo cui la sua violazione determini l'inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte dal testimone previamente "prepa-

rato”⁵⁸. Anche a non condividere l’idea più sopra accennata, e cioè che si tratti propriamente di una testimonianza (divenuta) inammissibile, dando luogo a una carenza di potere istruttorio propagatasi dal pubblico ministero al giudice, andrà pure ricordato che una linea molto diffusa, spesso seguita pure dalla giurisprudenza, è incline a estendere l’area coperta dall’art. 191 c.p.p. anche alle violazioni del *modus procedendi* che presentino intensità tale da rendere la prova sostanzialmente “diversa” da quella preveduta dalla legge e, come tale, assimilabile ad una prova inammissibile⁵⁹.

Un analogo ordine di idee è stato talvolta seguito a proposito del divieto di domande suggestive⁶⁰. Si sa che la giurisprudenza è ormai del tutto unanime nell’escludere l’inutilizzabilità delle risposte date a domande del genere, nonostante le molte voci orientate diversamente in letteratura⁶¹. C’è però un notevole precedente della Corte di cassazione che – benché talvolta venga mi-

⁵⁸ Laddove ci si avveda di anteriori contatti preparatori nel corso dell’esame, il giudice dovrebbe intervenire, inibendo immediatamente ulteriori domande: è in gioco, fra l’altro, la «lealtà dell’esame», che l’art. 499 co. 6 c.p.p. impone al presidente di far osservare, a mo’ di «norma di chiusura, che presuppone il rispetto formale delle regole e dei divieti, ma reprime gli abusi diretti ad aggirarli» (così, appunto con riferimento ai poteri del presidente di controllo sulla «lealtà dell’esame», ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, quarta ed., Torino, 2010, 120).

⁵⁹ Si orientò in questa direzione, ad es., Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.* 1996, 3268, che assimilò ai divieti d’ammissione le ipotesi in cui il «procedimento acquisitivo» si sia svolto con illecitità talmente «manifest[e]», da collocarlo «completamente al di fuori del sistema processuale».

⁶⁰ Talvolta il divieto di domande suggestive viene considerato una spia della legittimità degli incontri preparatori, probabilmente coltivando – anche qui – avventati paralleli con le matrici di *common law* in cui le pratiche preparatorie convivono con il divieto di *leading questions* nella *direct-examination*. In tal senso, v. ad es. GIANZI, *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999: «Il richiedente l’esame può avere avuto contatti con la persona indicata come teste, può dunque – anche questo rientra nella normalità e nella legittimità dei rapporti tra le parti ed i futuri testimoni – avere portato quest’ultimo a conoscenza di quanto intende chiedergli, dell’oggetto della testimonianza»: proprio per questa ragione sono vietate le domande che, suggerendo le risposte, favorirebbero «l’acquisizione al processo non già di un risultato oggettivamente indiscutibile, ma di una verità parziale». In realtà, il divieto di domande suggestive risulta perfettamente coerente con un radicale divieto di preparare i testimoni all’esame, perché il rapporto di “simpatia” e di vicinanza tra il testimone e la parte su cui esso si fonda può ben essere individuato nella pura e semplice circostanza che la parte stessa lo abbia citato, in ragione del contenuto delle sue precedenti dichiarazioni, a lei favorevoli. Va peraltro rammentata la tesi, autorevolmente sostenuta, secondo cui il divieto non si radica in un rapporto di vicinanza tra il testimone e la parte che l’ha citato, ma nell’intento di tutelare la genuinità dell’esame (FERRUÀ, *Lacune e anomalie*, cit., 7): su queste basi, si conclude per l’estensione di tale divieto anche all’esame condotto dal giudice (in senso analogo, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 18 gennaio 2012, in *Giust. pen.*, 1012, III, c. 321).

⁶¹ Come esempio dell’orientamento giurisprudenziale permissivo, v. Cass., sez. I, 14 luglio 2005, in *Riv. pen.*, 2006, 1247. Propendono per l’inutilizzabilità, fra altri, ILLUMINATI, *op. cit.*, 122; VARRASO, *La violazione del divieto di domande suggestive: il ruolo delle parti ed i poteri del giudice*, in *Cass. pen.*, 2006, 2868.

nimizzato, quale sintomo di iniziali oscillazioni poi cancellate dagli indirizzi divenuti dominanti – pare invece da valorizzare in virtù delle spiccate peculiarità del caso di specie. Si tratta di una vicenda in cui la Suprema Corte ritenne suggestive le domande formulate «tramite il capitolato di prova» perché ciò rende «agevole e unilaterale la risposta» e concluse che si delineasse una inutilizzabilità, perché l'esame si era ridotto ad una «mera ripetizione di una testimonianza predisposta nel suo complesso»⁶².

Da quel caso si possono desumere due principi. Innanzi tutto, se ne ricava che il divieto di domande suggestive possa essere violato non solo tramite domande “vere e proprie”, ossia formulate oralmente, nel corso dell'esame, ma anche attraverso tecniche più indirette, incluso un documento scritto (si trattava delle liste testimoniali stilate, appunto, come un capitolato di prova, dunque verosimilmente con la consueta formula del “vero che...”). E già questo assunto non sembra privo di rilevanza rispetto alla vicenda padovana qui discussa: benché il promemoria redatto dal pubblico ministero pare non contenesse domande di per sé suggestive, è innegabile che una domanda di per sé neutra possa assumere significati diversi a seconda del contesto⁶³. Sia detto per inciso: benché la questione di fondo vertesse – in effetti – sull'ammissibilità e sui contenuti dell'incontro extraprocessuale, le particolarità del caso di specie avrebbero permesso di diagnosticare una violazione di legge, quand'anche si fosse voluto ritenere non vietato l'incontro preparatorio; non si allude solo al divieto di domande suggestive, ma pure alla disciplina relativa all'uso di documenti «in aiuto alla memoria» (art. 499 co. 5 c.p.p.): il fatto che il testimone avesse consultato l'appunto nel corso dell'esame rappresentava anche una trasgressione di tale disciplina, se va condivisa l'opinione di chi esclude che la loro consultazione possa essere autorizzata, quando si tratta di documenti compilati troppo tempo dopo la memorizzazione del dato annotato o addirittura «specificamente in vista dell'esame»⁶⁴. Stiamo evocando norme – si ripete – che segnano comunque confini invalicabili, quand'anche si ritengano legittimi gli incontri preparatori: tanto che – a

⁶² Cass., 21 gennaio 1992, Daniele, in *Cass. pen.* 1993, 1796, con nota di COLAMUSSI, *In tema di domande “suggestive” nell'esame testimoniale*.

⁶³ Immaginiamo che la domanda formulata oralmente dal pubblico ministero non corrispondesse perfettamente a quella indicata nel canovaccio scritto: in tal caso aver sott'occhi la minuta avrebbe potuto indirizzare o comunque guidare il testimone verso una risposta più aderente alla domanda scritta, esercitando così quella forza suggestiva che la norma intende proscrivere.

⁶⁴ Così TONINI, *Manuale di procedura penale*, ventesima ed., Milano, 2019, 745. In senso analogo, CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 153. Oltretutto, nel caso deciso dal tribunale padovano, il documento era stato formato non dallo stesso testimone, ma dalla parte che lo esaminava.

parti invertite – anche il difensore avrebbe dovuto rispettarle. Norme che dunque avrebbero potuto (e dovuto) essere applicate anche nel caso di specie. Norme “deboli”, però, data appunto la tendenza a ritenerle sguarnite di conseguenze invalidanti.

E qui si colloca l’altro aspetto, l’altro principio desumibile dalla sentenza di cassazione richiamata poco fa, che poi è quello che più preme ai fini del discorso qui svolto. In sostanza, la Suprema Corte diagnosticò in quel caso una inutilizzabilità, perché la violazione del divieto di domande suggestive era stata tanto smaccata e radicale da fare assumere alla prova un volto diverso: non già una singola domanda suggestiva, ma – potremmo dire – un esame suggestivo nel suo complesso, per via dei contenuti già preannunziati in anticipo nel capitolato, creando così «una traccia, una sorta di percorso guidato della testimonianza», che aveva privato «l’esame dibattimentale delle sue caratteristiche peculiari, rappresentate da quella dose di improvvisazione e spontaneità che esaltano la funzione maieutica del contraddittorio»⁶⁵.

Si tratta di un ragionamento che potremmo tentare di generalizzare: quando la violazione delle regole sull’esame incrociato assuma un carattere tanto marcato da neutralizzare o comunque offuscare totalmente il metodo dialettico che ne rappresenta la base ispiratrice e il filo conduttore, dalla “mera irregolarità” è giocoforza ci si sposti verso più robuste soluzioni sanzionatorie. Ed allora – se questo ragionamento pare plausibile – a maggior ragione esso potrà valere quando si tratti, non già (o non solo) della violazione del divieto di domande suggestive, ma d’un divieto che ha a che fare in modo così intimo con l’opzione sistematica per una prova che si formi davvero nel contraddittorio dibattimentale, da rappresentare quasi un presupposto implicito, una tacita premessa di questa opzione. Tale è parso essere il divieto di *witness preparing* per il pubblico ministero, ossia per la parte che, nonostante le linee accusatorie del nuovo ordine processuale, ha mantenuto legami fortissimi con la tradizione dell’organo “inquirente” e con quella più generale d’una fase preliminare concepita come portatrice di un prodotto conoscitivo già in sé compiuto, che tutti sappiamo quante fatiche sia costato e costi tener fuori dal dibattimento, e che perciò non si può accettare che vi penetri surrettiziamente attraverso pratiche preparatorie affermatasi in sistemi ben diversi dal nostro (e pure lì soggette ai già accennati ripensamenti). D’altra parte, va anche ricordato che, nel caso di specie, la violazione di questo divieto aveva assunto, a sua volta, caratteri specialmente marcati, in ragione del momento in cui essa s’era

⁶⁵ In tal senso, chiudendo la sentenza, PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, Torino, 2002, 74.

collocata, cioè tra contro-esame e riesame (anzi, a quanto pare, quando ancora non tutti i difensori avevano contro-esaminato il testimone): queste dinamiche innegabilmente accentuano il senso d'un ordine probatorio totalmente trasfigurato e di una lesione addirittura marchiana delle prerogative della difesa.

Nell'insieme pare dunque possibile ribadire che nella vicenda da cui abbiamo preso le mosse si fosse verificata non già la violazione di singoli, isolati precetti, relativi alle modalità di svolgimento dell'esame incrociato, ma – per così dire – quel complessivo scavalcamento del modello legale *ex artt.* 498 e 499 c.p.p. che consente di ricavare *per tal via* la conclusione dell'inutilizzabilità, secondo l'art. 191 c.p.p.

9. *Una battuta finale.* L'ordinanza qui commentata ha suscitato a tambur battente critiche durissime da parte dell'avvocatura: la conclusione in termini di mera irregolarità e di blandi richiami alla prudenza valutativa è stata bollata come ribellione dalla legge, che «i magistrati devono rispettare [...] e non inventare», e come aperta violazione dei principi del contraddittorio nella formazione della prova e della parità delle parti e delle «più basilari norme in tema di giusto processo»⁶⁶. Si tratta di toni eccessivamente caustici. In effetti, il sistema positivo sconta oscurità e tratti d'ambiguità. È una materia non facile – s'è visto –, non a sufficienza dissodata nei trent'anni che ci separano dalla riforma del codice: perciò, incertezze restano comprensibili così come è comprensibile la tentazione di rifugiarsi in una norma “scodellata” (l'art. 149 disp. att. c.p.p.) e in un *trend* giurisprudenziale che ormai ha preso piede su molti altri fronti (appunto quello della mera irregolarità per le violazioni delle regole sulla *cross-examination*). Al tempo stesso, però, quella critica va nella sostanza condivisa. Non siamo davanti all'ennesima sciatteria della prassi applicativa. Aprire spazi – per un verso o per l'altro – al *witness preparing* ad opera del pubblico ministero nel nostro sistema significherebbe infliggergli, nel nome dell'accusatorio, l'ultima spallata verso una sempre più netta degenerazione inquisitoria. Proprio per questa ragione l'atteggiamento dei giudici veneti avrebbe davvero dovuto assumere contorni meno indulgenti nei confronti del rappresentante della pubblica accusa.

MARCELLO Busetto

⁶⁶ PARROTTA, *Testimoni pre-istrutti dal pm, sentenze scritte prima dell'udienza: avvocati, diciamo basta!* in *Il dubbio*, 26 luglio 2020.

