

Carissimi,

salutiamo con grande favore, volentieri unendoci idealmente ai lavori della Commissione San Giorgio, l'impegno dell'Unione per la promozione di un nuovo codice di procedura penale "giusto" e garantista: riteniamo, infatti, che proprio un Codice di rito così strutturato - nel suo ruolo di indispensabile mediatore tra l'amministrazione della giustizia ed il sentire della collettività - possa e debba essere il nucleo normativo essenziale alla base di una più ampia azione a contrasto del crescente populismo penale.

La autorevolezza dei componenti della Commissione e, soprattutto, la nostra pochezza scientifica rispetto all'arduo compito di codificare ci inducono a mantenerci ben distanti dall'idea di fornire un contributo alla realizzazione dell'ambizioso progetto di scrivere una bozza di legge delega: a maggior ragione in tempi così stretti.

Vi trasmettiamo perciò, oltre al nostro cordiale sostegno, qualcosa di assai più modesto: una minima e puntuale riflessione (sul solo diritto delle prove) come segno di stima e di vicinanza tra la vostra azione riformatrice e noi, realtà territoriali; desideriamo la consideriate una sorta di "sostegno morale" all'altissimo mandato affidatovi dall'Unione: impegno che certamente onorerete al meglio con il plauso di noi penalisti italiani!

Principi.

Consideriamo premessa fondante l'intero assetto del diritto delle prove l'adozione stretta dei canoni del *contraddittorio* e dei principi di *oralità*, *immediatezza* e *concentrazione*, in sé del metodo accusatorio in materia di prova: essi sono, al contempo, baluardo dell'esercizio di difesa nel processo e garanzia di qualità epistemologica.

Riteniamo irrinunciabile l'adozione del *principio di legalità della prova*, con identificazione di prove tipiche specificamente indicate e regolate dalla legge, secondo un itinerario di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione strettamente normato. Crediamo ammissibili anche prove diverse da quelle disciplinate dalla legge ma solo se idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti e la libertà morale del dichiarante e solamente previo contraddittorio delle parti in punto di ammissibilità e di modalità di assunzione.

Riteniamo che il principio di legalità della prova debba essere assistito da un *corpus* di regole di esclusione della prova. A qualsiasi acquisizione probatoria in violazione di legge dovrà conseguire la sanzione della inutilizzabilità, diretta e derivata: *l'inutilizzabilità* dovrà essere normata come insanabile e rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento.

La acquisizione, a richiesta di parte, la formazione e la valutazione della prova devono svolgersi irrinunciabilmente in *contraddittorio*.

Salvo tassative, oggettive, puntuali e giustificate ipotesi di non rinviabilità, specificamente normate, la sede naturale ed imprescindibile di formazione della prova è il *dibattimento* innanzi il Giudice chiamato alla sua valutazione ed alla decisione.

Il principio del *contraddittorio*, personale e tecnico, per la prova e sulla prova, presuppone quali corollari inderogabili il diritto dell'accusato a conoscere tempestivamente, oltre alle accuse, le fonti ed i mezzi di prova a proprio carico, a confrontarsi con ogni accusatore, ad interrogare e a far interrogare davanti al giudice della decisione le persone che rendono dichiarazioni a suo carico con conseguente divieto di utilizzo *contra reum* di ogni dichiarazione di chi si è volontariamente sottratto all'esame dibattimentale. Dovrà prevedersi il categorico divieto di testimonianza della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni ricevute dagli indagati e dai soggetti informati e, parimenti, quello di acquisizione e utilizzo di documenti anonimi. L'assistenza di un difensore, l'ausilio tecnico e la comprensione linguistica sono calati indispensabili a rendere effettivo il diritto dell'accusato al contraddittorio.

A nostro avviso, il *diritto dell'accusato alla prova* è essenza della difesa e fondamento del giusto processo: l'esercizio di tale diritto in ogni momento del farsi probatorio deve svolgersi in condizioni di libertà e parità sostanziale con l'accusa, con previsione di relative garanzie difensive inderogabili: qualsiasi violazione dovrà essere processualmente sanzionata. Esso presuppone, tra l'altro, il diritto dell'accusato a svolgere investigazioni difensive, quello di ottenere la convocazione e l'esame davanti al giudice della decisione di persone a sua difesa, quello di ottenere l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore nonché quello di controprova. Il diritto di difendersi provando deve essere garantito rispetto ad ogni prova non vietata dalla legge, salvi i casi manifesti di inanità gnoseologica, superfluità ed irrilevanza; deve essere affermato il diritto dell'accusato a disporre del tempo e delle condizioni necessari a predisporre e rendere effettive le proprie attività difensive anche in punto di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova.

L'audizione dibattimentale dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori dovrà essere attuata nelle *forme dell'esame incrociato*, con garanzie idonee ad assicurare la lealtà dell'esame, la genuinità delle risposte, la pertinenza al giudizio e il rispetto della persona.

Deve essere vietata, a prescindere da qualsiasi consenso delle persone interessate, ogni attività probatoria pregiudicante l'integrità fisica, la salute della persona, la libertà morale, la dignità, il pudore; sempre a prescindere dal consenso degli interessati, dovrà essere vietata l'adozione di metodi, procedure, mezzi o tecniche idonei ad influire sulla consapevolezza della persona, sulla libertà di autodeterminazione e sulla

capacità di ricordare e di valutare i fatti. Andrà tutelato in ogni sede il *diritto di non rispondere* dell'accusato che non potrà in nessun modo avere effetti, diretti od indiretti, *contra reum*. Dovrà essere rigidamente e specificamente delimitata e garantita qualsiasi attività di prelievo biologico, escludendo espressamente ogni prelievo coattivo diverso da saliva o capelli.

Nella valutazione della prova, il principio del *libero convincimento* - avente ad oggetto le sole prove legittimamente ammesse, validamente acquisite ed utilizzabili - potrà esplicitarsi solo se connesso all'*obbligo di motivazione* che dovrà essere normativamente esteso anche agli specifici criteri di valutazione della prova adottati nella decisione.

Ogni decisione di merito dovrà attenersi al principio del *Oltre ogni ragionevole dubbio*.

Le nostre attenzioni.

- A) Si chiede di prestare particolare cura nella redazione delle disposizioni regolanti la prova atipica, pure patrimonio insostituibile del diritto di *difendersi provando*. Si dovrà, in particolare:
- Provocare il preventivo contraddittorio non solo sulla ammissibilità ma anche sulle *modalità di acquisizione*: entrambi tali profili dovranno essere preventivamente regolati in seno all'ordinanza ammissiva.
 - Specificare che non può mai essere considerata prova atipica la prova tipica acquisita con modalità diverse da quelle prescritte dal procedimento probatorio tipico; così stigmatizzando le attuali diverse tendenze giurisprudenziali: si pensi, ad esempio, al riconoscimento dell'imputato effettuato dal testimone nel corso dell'esame (C., Sez. II, 10.1.2006, Izzo, in CP, 2006, 1527; C., Sez. II, 6.4.2004, Kerkoti Perparim, in CED Cassazione, 228777) o in videoconferenza (C., Sez. V, 13.1.2010, 18057, in CP, 2011, 2694) o mediante l'esibizione di una fotografia; all'acquisizione della copia documentale fuori dalle condizioni previste dall'art. 234 c.p.p. che consentono l'acquisizione della copia solo quando l'originale non è recuperabile; all'acquisizione dei contenuti delle chat presenti sul telefono dell'accusato tramite *screenshot* degli operanti senza un provvedimento di sequestro dell'Autorità giudiziaria.
 - Disporre che, in nessun caso, la prova ammessa come tipica ed impropriamente acquisita od assunta possa essere dichiarata *ex post* utilizzabile come prova atipica.
 - Prevedere in caso di violazione di quanto sopra lo stigma dell'inutilizzabilità.
- B) Prendendo le parti dal principio 25 enunciato nel Manifesto del Diritto Penale Liberale e del Giusto Processo e dal suo contenuto che eleva il diritto di difesa della persona indagata o imputata fino al raggiungimento

della sua massima estensione, collocando il Giudice in una posizione di totale imparzialità, si propone a questa Ecc.ma Commissione, la revisione dell'art. 506 CPP, in particolare nel suo comma secondo.

Tale norma, unitamente agli art. 507 e 508 CPP, costituisce il nucleo delle iniziative probatorie riservate al Giudice nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

Siamo ben consci che la loro previsione ha come obiettivo quello di scongiurare l'inerzia di parte in sede di formazione della prova.

Come è stato, condivisibilmente, osservato in dottrina, "*l'accertamento dei fatti non può essere lasciato nella piena disponibilità di parte, perché altrimenti anche il diritto di libertà diverrebbe disponibile*" (Tonini, La prova penale, CEDAM, 2000).

Ciò si è tradotto nella volontà, da parte del Legislatore, di assicurare un giusto equilibrio tra le prospettive individuali di ciascuna Parte e la visione d'insieme del Giudice.

Tuttavia, tali disposizioni normative costituiscono, oltre che una deroga al generale principio stabilito dall'art. 190, co. 1 CPP in virtù del quale il diritto alla prova è prerogativa delle parti, un tratto marcatamente inquisitorio della funzione giurisdizionale, giustificato dall'idea di processo come strumento di "ricerca della verità", principio ribadito dalla stessa Corte Costituzionale con sentenza n. 255 del 1992, che ha respinto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 507, c.p.p. sollevate in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., affermando come i poteri officiosi del giudice siano a sostegno del principio della ricerca della verità come fine "primario ed ineludibile del processo".

Superfluo evidenziare come minori sarebbero i profili critici di tale disposizione, se fosse stata accompagnata, già all'epoca, dalla previsione di carriere separate.

Nelle more, non solo dell'attuazione del progetto di legge, ma soprattutto, nell'attesa di un cambio di mentalità da parte dell'intero corpus della magistratura, apertamente in contrasto con l'iniziativa, il rischio è che la previsione di tale facoltà conduca a una costante interferenza nella attività ricostruttiva del fatto.

Due sono i profili di criticità che si chiede di attenzionare.

Il primo: la *scansione temporale* della proposizione, da parte del Giudice, di domande e precisazioni in sede di istruttoria.

In altri termini, si pone all'attenzione di questa ecc.ma Commissione il tema relativo all'ingerenza dell'organo giudicante durante lo svolgimento dell'esame dei testi, verosimilmente orientato alla ricerca della totale, per quanto umanamente possibile, completezza conoscitiva.

Eppure tale compiutezza potrebbe essere, forse, più adeguatamente raggiunta al termine del riesame, sempre preservando il diritto, per chi ha introdotto il teste, di porre le domande conclusive.

Di fatto, l'intrusione del giudice, spesso, rischia di produrre un'irreparabile interferenza rispetto alle logiche ricostruttive del fatto operate dalle parti

che, a differenza di chi è chiamato a decidere, conoscono il contenuto del fascicolo investigativo.

Tale evidenziata criticità, invero, si pose fin dall'approvazione del testo originario (*"Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle parti private già esaminate. Resta salvo il diritto delle parti di concludere l'esame, secondo l'ordine indicato negli articoli 498, co. 1 e 2, e 503, co. 2"*), finendo per rendere necessario l'intervento correttivo del Legislatore, intervento che avvenne con la c.d. Legge Carotti, L. 479/1999, confluita nell'attuale formulazione dell'art. 506 CPP.

Riteniamo di aderire all'opinione dottrinale che non si trattò di una modifica di particolare incisività.

Eppure, l'art. 44 del d.d.l. C/411 (ed altri), nel testo unificato della Commissione Giustizia della Camera, proponeva di sostituire l'art. 506, co. 2, c.p.p. con la seguente disposizione: *"Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, non può, a pena di inutilizzabilità, rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle parti già esaminate, se non dopo la conclusione dell'esame e del controesame"*.

Una formulazione del testo di legge che potrebbe, oggi, venire validamente adottata, pur con le modifiche del caso.

Di fatto, proprio l'assenza di qualsivoglia sanzione processuale ha, sostanzialmente, posto nel nulla la previsione normativa.

Il tema dell'inutilizzabilità della testimonianza in ragione del mancato rispetto della regola processuale enunciata è stato più volte sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione.

Il Supremo Collegio ha, però, ribadito il concetto in base al quale *"l'intervento del giudice, prima della conclusione dell'esame e del controesame ad opera delle parti, non configura un'ipotesi di inutilizzabilità della testimonianza, verificandosi questa solo laddove la prova venga assunta in presenza di un divieto e non anche quando la stessa sia effettuata in violazione delle regole per l'assunzione"* (Cass. Pen. Sez. III, 20.05.2008, mass. Uff. 240262, così come Cass. Pen. Sez. IV, 18.11.1999, mass. Uff. 216626).

Con la modifica che si sottopone all'attenzione di questa Ecc.ma Commissione, modifica che richiama il testo proposto dalla Commissione Giustizia della Camera alla vigilia della riforma del codice di rito attuata nel 1999, l'effetto che ci si auspica di realizzare è quello di garantire il rigoroso rispetto della regola processuale in essa contenuta.

L'attuazione di tale previsione normativa potrebbe, secondo la nostra opinione, contribuire alla piena attuazione del principio di formazione della prova nel contraddittorio delle parti, rinnovando la posizione di terzietà e imparzialità del giudice.

Viene poi in essere un secondo tema: l'opportunità che il *Giudice* possa rivolgere ai testi *domande suggestive*.

Anche in questo caso, le preoccupazioni sollevate, a più riprese, dall'Avvocatura sono state tacitate dall'indicazione ermeneutica secondo

la quale il giudice, ove intenda rivolgere domande alle parti già esaminate, avvalendosi del disposto dell'art. 506, co 2 CPP, non sarebbe tenuto a rispettare il veto di suggestione.

Secondo il Supremo Collegio: *"Il divieto infatti opera nei confronti dell'esaminante e non del controesaminante e sarebbe illogico precludere al giudice, che è tenuto ad accertare la verità, di verificare, con ogni mezzo, la sincerità delle risposte fornite dalla persona esaminata"* (C., Sez. III, 12.12.2007, Muselli, in CP, 2009, 1555. Nella giurisprudenza di merito, Ass. A. Catania 22.2.1997, Garozzo, in ANPP, 1998, 429; Ass. A. Catania 10.5.1995, Carbonaro, in RP, 1996, 75).

E ancora, più di recente: *"Nel corso dell'esame testimoniale, il divieto di porre domande suggestive non opera con riguardo al giudice, il quale può rivolgere al testimone qualsiasi domanda, con esclusione di quelle nocive, ritenuta utile a fornire un contributo per l'accertamento della verità"* (Cass. Pen., Sez. III, n. 27068, 20.05.2008).

Conclusioni, per altro, fatte proprie da una parte della dottrina, (Stefani, *L'accertamento della verità in dibattimento*, Milano, 1995).

Eppure, non sono mancate voci autorevoli che hanno affermato l'esatto contrario, persino in giurisprudenza.

Come osservato da Paolo Ferrua, il divieto di porre quesiti suggestivi al giudicante si spiegherebbe in ragione del fatto che, il ricorso a tale categoria di domande: *"(...) è lo strumento più efficace di cui può legittimamente disporre la parte nel controesame per scardinare o quanto meno porre in dubbio la credibilità del testimone a lei avverso. Ma altrettanto non può valere nell'esame condotto dal giudice che, proprio per la sua estraneità agli interessi di parte, non deve coltivare alcun rapporto di ostilità col teste; qui non ci è ragione per derogare al divieto di domande suggestive"* (Paolo Ferrua, *Domande nocive e domande suggestive tra equivoci del legislatore e contrasti giurisprudenziali*, in *Diritto processuale contemporaneo*, vol. 4/20).

A rafforzare l'idea che dovrebbe essere normativamente previsto tale tassativo divieto, si potrebbe porre un ulteriore argomento: la complessiva fallacia del processo che presiede alla formazione del ricordo.

La linea n. 13 delle *"Linee Guida Psicoforensi"*, individuate e formalizzate il 23 novembre 2013 da una commissione interdisciplinare di avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, neuropsichiatri infantili e criminologi, recita chiaramente che: *"Nella gestione delle udienze dibattimentali è opportuno che il Giudice non ponga domande induttive o suggestive"*.

Come annotato da Guglielmo Gulotta a commento della sentenza n. 15331/2020: *"Gli studi in ambito di persuasione hanno dimostrato che quanto più la fonte è autorevole, tanto più è credibile e tanto più è potente ed efficace il suo impatto persuasivo"* (Cody e MacLaughlin, 199013; Gass e Seiter, 200714; Hovland e Weiss, 195115. Perloff, 200816; Petty e Cacioppo, 198617), è ovvio ritenere che proprio per la percepita autorevolezza del magistrato (tutti gli avvocati hanno vissuto la sgradevole situazione in cui il testimone non vuole rispondere ad una loro domanda, mentre risponde alla stessa domanda se la fa il presidente), la possibilità di inquinamento dei ricordi può essere maggiore e la forza implicativa delle domande che il

*giudice propone può creare se non delle false memorie almeno un effetto di trascinarsi/accondiscendenza; pertanto, quello che è vietato alle parti vale a fortiori per il giudice. A maggior ragione poiché il giudice non è solo terzo, ma tale deve apparire, non deve utilizzare alcuno stratagemma interrogativo nella formulazione delle proprie domande” (Guglielmo Gulotta, *Sistema Penale, Divieto di Domande Suggestive anche per il Giudice*, Commento a Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2020 (dep. 19 maggio 2020, in data 1° luglio 2020).*

Il divieto fatto al Giudice di porre domande suggestive, fino a questo momento, non è stato normato. Alla luce, però, di una maggiore e matura conoscenza in tema di scienze cognitive, un tale intervento si rende ora, forse, opportuno e necessario.

Ove ciò servisse a rendere il nuovo codice di rito ancora più aderente ai principi di diritto costituzionali e a rispecchiare gli ideali di un giusto processo liberale, gli scriventi propongono a questa Ecc.ma Commissione di valutare l'opportunità, a corollario della rinnovata formulazione della norma in commento, di inserire anche una simile prescrizione normativa.

- C) Confidiamo, infine, in una particolare attenzione in materia di oralità ed immediatezza con riferimento alle norme regolanti l'assunzione della prova dichiarativa, a protezione dell'insostituibile necessità di *“fisicità” e prossimità* tra: (1) Dichiarante – Giudice; (2) Difensore – Dichiarante; (3) Difensore – Giudice; (4) Difensore - Accusato;

Perciò:

- Chiediamo stringente rigore nel preservare la giurisdizione penale dall'uso nocivo della *prova da remoto* (in ciascuno dei quattro sensi predetti). Facciamo nostro l'ammonimento secondo cui *“il processo da remoto rende remote le parole, (...) lontani i corpi di chi parla e di chi ascolta”* (da *L'insegnamento come il processo da remoto: la parola dell'Accademia*, 25 aprile 2020 in Giustiziaparole.com).
- Vorremmo non si dimenticasse il risalente insegnamento di un grande penalista statunitense: *“Bisognerebbe tener conto dello sguardo, del tono del voce, del contegno complessivo del testimone, della sua “maniera di deporre” o di tutte queste cose combinate insieme. (...)*
Un bravo cross examiner di rado distoglie lo sguardo da un teste importante (...). L'espressione del viso, specie della bocca, ogni minimo movimento delle mani, la sua maniera di esprimersi e l'insieme del suo contegno. Tutto giova ad una accurata valutazione.” (da F. L. Wellman, *L'arte della cross-examination*, Mc Millan Publishing Co. 1903, edizione italiana a cura di Giuseppe Frigo, Giuffrè 2009, pag. 20 e 23).
- Riteniamo, del pari, essenziale difendere il principio di immediatezza, anche nel suo calato processuale di *Immutabilità del giudice*, anzitutto, rispetto all'*identità* tra giudice che valuta la prova e giudice che l'ha ammessa ed acquisita: tale inderogabile corrispondenza *fisica* presuppone una regola processuale che non può più soggiacere alle attuali deroghe od a “doppi binari” di sorta.

D'altra parte, la - sempre più frequente - casistica di *mutamento del giudice* nel corso del giudizio dovrà essere rigidamente normata: (1) sia nel senso di una doverosità *tout court* della completa e piena rinnovazione della prova; (2) sia nel *quomodo* della rinnovazione preservandola da sterili formalismi alternativi; (3) sia, infine, nella sanzione delle violazioni, da rilevarsi con contemporanee inutilizzabilità della prova e nullità insanabile della sentenza, vizi da rilevarsi anche d'ufficio in ogni stato e grado di giudizio.

Vogliamo, da ultimo, doverosamente segnalarvi che **la ricerca, lo studio e la redazione del presente elaborato lo si deve all'impegno e alla passione di due bravi e preparati iscritti alla nostra camera penale, Avv. Simona Virginia CICORELLA e Avv. Carlo Antonio Maria BRENA, ai quali siamo molto grati.**

Nella speranza di avere reso un giusto servizio agli ideali di cui l'Avvocatura deve essere portatrice in ogni tempo e in ogni luogo in cui è chiamata, vi salutiamo con viva cordialità.

**Il Consiglio Direttivo
della Camera penale di Busto Arsizio**

