

Il sistema normativo vigente

di Giorgio Spangher

1. Quando si parla della *cross-examination*, dell'esame incrociato, tutti sottolineano che si tratta di un elemento fondante della riforma: la centralità del nuovo processo, il cardine del contraddittorio, l'elemento essenziale del giusto processo, etc. In effetti, a ben guardare, certamente sarà pure così, ma leggendo la sostanza ed il contenuto dell'esame incrociato, si scopre innanzitutto che le previsioni normative sono poche, son pochissime: sono solo due, l'art. 498 e l'art. 499, mentre, invece, di fatto, le variabili sul piano operativo sono moltissime. Cioè, attorno al tema, si intrecciano due aspetti: l'aspetto normativo e l'aspetto sostanziale che mette in campo il ruolo delle parti, per cui non esistono situazioni consolidate, ma esistono, invece, tantissime variabili. Io sono molto grato al libro di Randazzo; è un libro che ho letto con attenzione, nel quale obiettivamente sono messi in luce tutti gli aspetti che si intrecciano nel tema dell'esame incrociato. Non c'è solo questo. In qualche modo posso già anticipare le cose sulle quali mi soffermerò, per cui anticipo anche il punto di approdo della mia riflessione. Ci sono due visioni della *cross-examination*, dell'esame incrociato: uno ne sottolinea la decisività, cioè, alcuni ritengono che si tratti di un elemento decisivo o che tale dovrebbe esserla; altri, invece, lo vedono come un elemento di una strategia più complessa che collega naturalmente la *cross-examination* alla discussione finale, secondo uno sviluppo in qualche modo armonico e quindi non come un elemento isolato. C'è un altro profilo del tema da considerare. Noi parliamo, sempre, di *cross-examination*; sarebbe Più giusto parlare di esame incrociato, non soltanto per un fatto nazionalistico o linguistico: noi abbiamo un processo che non ha la giuria e anche questo elemento, cioè la presenza o l'assenza della giuria, altera i contorni dell'istituto. Noi abbiamo presenti i film americani nei quali la scenografia, la scenicità è finalizzata a influenzare la giuria. E' difficile che le parti si trovino di fronte un giudice tecnico e questo è un altro aspetto significativo del nostro tema. Del resto, lo dico agli studenti e lo dico sempre, il potere all'interno del processo non è infinito: se ce l'ha un soggetto non ce l'ha un altro e quindi la presenza della giuria finisce per ridimensionare gli spazi del giudice e parimenti l'assenza della giuria finisce inevitabile per espanderli. Anche la *cross-examination* è un profilo nel quale, come peraltro per

tutto il processo, avremmo bisogno di legalità, massima legalità, rispetto delle regole e quindi deontologia e professionalità. Il tema tocca anche altri aspetti. Gli avvocati sono governati anche da un codice deontologico nel quale alcuni problemi, sempre in quella visione diciamo pratico-operativa, trovano una risposta; ci sono anche regole deontologiche per quanto attiene ai magistrati. Vengo al punto. A mio parere, nella *cross-examination* si scontrano o possono scontrarsi due visioni del processo, due visioni del processo e naturalmente due logiche, non in senso assoluto, ma seppur in senso relativo, fondamentali. Una, è la vecchia logica, diciamo di un processo onnivoro, che vuole conoscere, conoscere per decidere meglio. Non si può negare che questa sia una visione legittima di processo: sappiamo tutti le implicazioni che questa idea di processo ha avuto intorno agli anni 1992 - 1993 e successivi. Tra parentesi, lo si capisce molto bene leggendo la giurisprudenza; ne parlerà penso Renato Bricchetti. L'altra, invece, è la nuova logica del processo, quella delle parti. E' chiaro che a seconda di come noi concepiamo la visione del nostro processo, l'idea della *cross-examination*, che sta nel cuore del dibattimento, al centro della formazione della prova nel dibattimento, finisce per essere significativamente influenzata. E' probabile che chi ha scritto il Codice non abbia fatto una scelta di fondo; è probabile che, come sempre, sia prevalsa una scrittura normativa compromissoria. La norma emblematica, non è una guerra di religione, ma certamente costituisce un passaggio decisivo nella lettura del processo, è l'art. 507 c.p.p.. Cercherò di spiegarvi anche perché. L'aver deciso di non scegliere oppure l'aver circondato di ambiguità la riferita alternativa, quindi, aver prodotto un compromesso è frutto delle spinte e poi delle contropinte che si agitano intorno al nodo sotteso a quella previsione. Sono dell'avviso che le formulazioni aperte a più soluzioni non sono state determinate dal fatto che si voleva lasciare alla giurisprudenza la scelta di fondo. Ho sempre detto, posso sbagliare ovviamente, che il Codice del 1988 ha i suoi punti di forza nelle parti in cui va a confrontarsi con il Codice del 1930 e lo vuole rinnovare, sulla base della casistica, della dottrina, dell'elaborazione giurisprudenziale. Basta pensare alla rimessione, quando si sostituisce l'invalidità con l'inefficacia, tenendo conto di quanto affermato da Cordero; quando si considerano i diritti dell'imputato che devono essere conservati davanti al nuovo giudice, facendo riferimento ai diritti linguistici. Così via. Cioè, in questo caso, gli istituti sono molto riccamente costruiti ed articolati. Quando, invece, si elaborano i nuovi istituti processuali – pensate al patteggiamento, quattro o cinque articoli; all'abbreviato, quattro

o cinque articoli; la *cross-examination*, due articoli – ci si ferma a pochi tratti. Ora, detto questo, ed arrivo – come detto – alla conclusione alla quale penso di poter approdare, ci sono due modi di leggere la *cross-examination*: o si parte dall'art. 468 c.p.p. e si procede con coerenza, cogliendo il senso delle parole che sono scritte; oppure si parte, ovvero si pensa di voler partire, dall'art. 507 c.p.p. e si rilegge a ritroso il dibattimento. Non è poi così difficile; potrà essere riduttivo il discorso, chiedo scusa di questo, cioè della povertà e riduttività del mio ragionamento, ma a me sembra che questo sia il nodo da sciogliere.

2. Cercherò di schematizzare il discorso, in qualche modo, senza leggere le norme. Tutti richiamano l'art. 6 terzo comma lettera d) della CEDU; tutti citano l'art. 14 comma 3 lettera c) del Patto internazionale dei diritti civili e politici; tutti si rifanno all'art. 111 Cost. Si tratta di norme che, come ho detto, rientrano in quel bagaglio di riferimenti che siamo soliti fare, quelle parole che spargiamo a piene mani quando parliamo di questo istituto: il contraddittorio in senso oggettivo; il contraddittorio un diritto soggettivo (tra parentesi, anche i pubblici ministeri hanno scoperto l'esistenza del contraddittorio in senso soggettivo, come si è visto nelle questioni recentemente affrontate dalla sentenza della Corte costituzionale a proposito delle indagini difensive e del giudizio abbreviato). Centralità. Ma è proprio vero che la *cross-examination* è centrale? Certo, sì, ma, a ben considerare, questa centralità è stata ed è erosa; è stata progressivamente erosa e derogata perché esiste un procedimento, cosiddetto abbreviato, ovvero un rito di patteggiamento, un rito monocratico nel quale il contraddittorio, la *cross-examination*, si svolge in modo diverso; abbiamo il procedimento davanti al giudice di pace, abbiamo il procedimento con imputati minorenni, abbiamo la formazione delle prove, o comunque abbiamo delle prove che si formano nell'udienza preliminare ai sensi del 422 c.p.p., dove c'è una netta divaricazione con gli artt. 498 e 499 c.p.p. perché vengono richiamate le due previsioni solo quando è l'imputato a chiedere che la prova si svolga in quel determinato modo. L'esame incrociato è altresì ridimensionato, con riferimento ai minori, per ovvie ragioni, e può essere compreso anche in riferimento agli infermi di mente. Ma c'è un altro elemento che ne circoscrive l'operatività. Il tema della *cross-examination*, infatti, è in qualche modo legato a un'altra tematica, sulla quale la guerra di religione non c'è ma è alle porte. Gianni Canzio ricorderà il dibattito che abbiamo

fatto in sede di Commissione di riforma presieduta da Riccio. A mio parere, *cross-examination* e oralità sono strettamente legate con il canone dell'immediatezza e purtroppo, non essendo stato il canone dell'immediatezza inserito in Costituzione – per quanti sforzi si possa fare la garanzia costituzionale riposa solo nel contraddittorio – questa è ritenuta legittimamente escluso da una prova formata in incidente probatorio, da una prova di cui all'art. 190 *bis* c.p.p., dalle prove di cui all'art. 238 e seg. c.p.p. che se non erodono direttamente il contraddittorio, certamente incrinano quell'ulteriore aspetto del contraddittorio che si lega all'immediatezza. Vedete, se noi leggiamo le norme del Codice di procedura penale vediamo che fra l'art. 524 c.p.p. che disciplina la chiusura del dibattimento, l'art. 525 c.p.p. che regola la deliberazione materiale e l'art. 526 c.p.p. che parla di dispositivo e motivazione, c'è l'idea di un *continuum* che collega la pronuncia al fatto che il giudice sia riuscito ad ascoltare la prova e che gli stessi giudici che hanno ascoltato la prova siano quelli che sostanzialmente decideranno. Io dico una cosa e l'ho detta da sempre: fino a quando le Sezioni Unite non modificheranno quanto deciso dalle stesse Sezioni Unite (Iannasso) ancora qualche minimo spazio per conservare centralità alla formazione della prova nel contraddittorio e nell'immediatezza ci sarà. Credo, tuttavia, che la prossima "aggressione", come del resto Gianni Canzio sa, verrà portata proprio al canone della immediatezza, a vantaggio soltanto della logica del contraddittorio. Il processo è un meccanismo dove tutti gli elementi si tengono in un insieme organico. Proprio quando si va alla sostituzione del Collegio, lì si cominciano a vedere gli ulteriori problemi in ordine al contraddittorio sulle prove che sono state assunte, in precedenza.

3. Io credo che si debba partire dall'art. 187 c.p.p., cioè, da dove il Codice usa alcune parole chiave: le parole "fatto, circostanza, temi, domande". Allora la sollecitazione che propongo: queste parole sono casuali? Io credo di no, credo che queste parole, queste espressioni, stiano in un unico contesto. L'art. 187 c.p.p. parla di fatti che si riferiscono all'imputazione e alla punibilità; l'art. 468 c.p.p. afferma che le parti devono indicare le circostanze; l'art. 493 c.p.p. (anche se è stata abrogata la esposizione introduttiva che ricompare nell'art. 494 c.p.p. come elemento tralattico) parla di nuovo di fatti che si intendono provare e richiama l'art. 468 c.p.p. legato alle circostanze. L'art. 498 c.p.p. parla di domande, altre domande, nuove domande; l'art. 499 c.p.p. e l'art. 194 c.p.p.

fanno riferimento a domande su fatti specifici. Nel caso della controprova, anzi, l'oggetto della prova o della prova contraria, sono i fatti. Nell'art. 494 c.p.p. oggetto delle dichiarazioni spontanee oggetto dell'imputazione, sono i fatti che si riferiscono all'imputazione. Ripeto la domanda: queste parole sono usate con casualità? No, credo di no. Cioè, esiste un ragionamento che parte dall'oggetto della prova, che individua i fatti, in relazione a questi fatti le circostanze, in relazione a queste circostanze le domande, nel mezzo, si colloca l'art. 506 c.p.p., i temi nuovi come frammento della circostanza, perché, sta scritto, "per il completamento dell'esame", cioè, per completare, per andare oltre. E' chiaro che tutto questo implica, a mio sommo avviso ovviamente, un discorso coerente e implica anche i limiti dell'attività che poi sarà svolta. Non si tratta soltanto di questo: il legislatore traccia anche una linea ulteriore, logica, pure nella sommarietà delle norme. L'art 496 c.p.p. fissa l'ordine; l'art. 493 c.p.p. ribadisce questo ordine anche anticipatamente. Cioè, le prove sono sempre richieste secondo un determinato ordine e l'espletamento dell'esame rispetta quest'ordine. Gli artt. 496 , 493 secondo comma e 503 c.p.p. sono norme che stanno insieme perché rispettano un ordine e quest'ordine non è un ordine casuale. L'ha già chiesto l'avvocato Conti: si può alterare questo ordine? Ne parleremo. Terzo argomento, terzo blocco di norme, per capire il sistema: temi, domande e prove per il giudice. A parte la collocazione, - ribadisco di non voler fare una guerra di religione – nell'art. 506 primo comma c.p.p. il giudice, anche su richiesta di un altro componente del Collegio, indica alle parti temi nuovi, temi per il completamento. Si tratta di un elemento sempre finalizzato a quell'oggetto, non temi estranei, ma temi presenti da completare. Nell'art. 506 c.p.p. si parla di domande, si torna a un concetto leggermente più riduttivo; per poi passare all'art. 507 c.p.p., ulteriormente residuale. Una sorta di progressione della necessità: l'art. 507 c.p.p. parla di assolutamente necessario, di nuove prove.

Incominciamo brevemente. Il primo problema, cercherò di sintetizzare, nasce già dal rapporto fra l'art. 468 c.p.p. e l'art. 493 c.p.p. E' vero che dovrei parlare della cross-examination ma la cross-examination ha i suoi antecedenti; non si arriva improvvisamente all'assunzione delle prove e si fa la cross-examination. E' chiaro che prima ci sono delle richieste che saranno anche finalizzate alla funzionalità del dibattimento, cioè, la citazione dei soggetti. E' vero che ci sono due soggetti diversi, il Presidente, da un lato, e, dall'altra parte, per l'ammissione delle prove, il Collegio. Però, "è ammessa l'acquisizione delle prove non comprese nella lista dell'art. 468". Cioè, ci

sono due norme, pur nella loro diversa finalità: una, chiamiamola tecnico-operativa, tesa a favorire la citazione, l'altra, maggiormente finalizzata alla richiesta delle prove. Ma queste due norme sono collegate, come parimenti sono collegati il diritto a prova contraria dell'art. 468 c.p.p. con l'art. 495 comma 2 c.p.p.; come, parimenti, è collegato l'art. 495 al comma 4 *bis* che prevede la rinuncia solo sulle prove ammesse, alle prove ammesse e non alle prove chieste ai sensi dell'art. 468 c.p.p. e che verosimilmente possono non essere state richieste nell'ambito dell'art. 493 c.p.p. Quindi, si tratta di un sistema abbastanza armonico, un sistema, direi, lineare. Altro elemento, sempre formale e lessicale: eccezioni e opposizioni. Le eccezioni sono una cosa, le opposizioni sono un'altra. Le eccezioni, sono quelle che attengono alla capacità del testimone; le opposizioni attengono allo sviluppo della prova.

Quindi, il legislatore è stato abbastanza attento nella formulazione dell'ordito normativo sulla formazione della prova in dibattimento. E che cosa abbiamo invece di fronte a noi? Incominciamo a trovarci una giurisprudenza, lo dico con molta serenità, naturalmente si tratta di una logica che qualche volta può essere anche di favore, la quale permette di derogare ai termini dell'art. 468 c.p.p., cioè, consente sostanzialmente che questo materiale, queste richieste, queste iniziative sul piano probatorio possano essere compiute, per finalità sicuramente buone, e positive, come nel caso del rinvio dell'udienza. Naturalmente, tutto ciò comincia a deformare la natura coerente dell'istituto. Qual è l'elemento che, il più delle volte, giustifica questa operazione? Nella mia impostazione, gli artt. 468 e 493 c.p.p. stanno insieme e implicano coerentemente un onere a carico delle parti che non è solo legato alla tempistica, è anche legato all'oggetto, alle indicazioni che le parti hanno l'onere di fare, alle circostanze, alle circostanze inerente al fatto. Perché si riesce a derogare a questa impostazione? Lo troverete scritto in alcuni passaggi della giurisprudenza: perché esiste l'art. 507 c.p.p. Ma se ad un certo punto del processo, alla fine, posso recuperare ciò che serve per decidere, perché non posso recuperarlo prima senza dover aspettare? Vedete come spostando se non il baricentro, certo l'attenzione, sulla fine del processo, invece che sul suo *incipit*, si finisce per alterare il sistema. Tra parentesi, giustamente afferma Randazzo, l'art. 507 c.p.p. ha anche un ulteriore difetto; se si tratta di prove del pubblico ministero, si altera anche l'ordine, l'ordine che è scritto nel codice, l'ordine con il quale si assumono le prove. L'ordine, sì, perché se il P.M. non ha prodotto materiale probatorio e il giudice lo recupera all'esito del giudizio, intanto sono state

assunte le prove della difesa e poi si darà corso a quelle dell'accusa. Ma c'è un altro elemento: le circostanze. E' chiaro che se a fronte di una logica nella quale si vuole che nel corso del dibattimento il discorso, il confronto delle parti, avvenga in termini serrati – questa è la premessa, perché se cominciamo a lasciare campo libero alle parti ed al giudice, torniamo a fare il processo vecchio stile, cioè, se non quello che si faceva prima della riforma, certamente una cosa diversa da quella prefigurata – si incomincia a dire: “ma le circostanze vanno specificate solo se si discostano dal fatto descritto nel capo d'imputazione”, allora è inutile avviare una discussione. Il capo d'imputazione è conosciuto, allora non c'è bisogno della specificazione. Si afferma, allora, che la *ratio* della previsione è quella di evitare l'introduzione di prove a sorpresa. Non è questa la finalità. In una certa logica, l'art. 468 c.p.p. è rilevante per l'esame, nel controesame e nel riesame. Sono fissati così limiti certi; indubbiamente, poi si potrà allargare il raggio dell'intervento, ma mantenendo sempre il collegamento con ciò che si è chiesto; altrimenti, il processo è qualcosa che “scappa” in continuazione dalle mani di tutti, a seconda delle spinte e delle contropinte, delle esigenze e delle situazioni. Ed è ciò che succede. Ecco, già questi primi due elementi, che sono sostanzialmente avallati evidenziazione che al fondo prevale sempre l'idea non solo della logica conoscitiva del processo, ma anche della sua vocazione onnivora. E' inutile fissare regole che vogliono circoscrivere i temi se poi si ammettono riferimenti standardizzati quanto all'imputazione, alle cose già dette. Tra parentesi, si inseriscono in questo modo elementi spuri: attenzione, vedete, anche questi sono tutti piccoli segnali. Lo so, non sarà fondamentale, me ne rendo conto, però sono tutti piccoli segnali di erosione del sistema che determinano la patologia e la deformazione del modello. Ecco il perché del “funerale” del processo del 1988; c'è poco da stare a discutere. E' conseguentemente chiaro che attraverso l'art. 507 c.p.p. si consente di recuperare tutto, anche quello che era inammissibile o tardivo. E' questa la *ratio* del sistema. E' probabile che il legislatore non ne abbia avuto consapevolezza; tuttavia, probabilmente, un atteggiamento più rigoroso sul punto parrebbe necessario. C'è quindi, ripeto, un'esigenza di controllo del giudice sulla tempistica, sulle circostanze, tesa, soprattutto, ad impedire l'illegittimità, l'illegittimo ingresso di atti. Bisognerebbe qui affrontare un problema che, per ovvie ragioni di tempo, non affronterò e sul quale invece Randazzo giustamente si sofferma: il discorso, tuttavia, riguarda i profili pratici e non i profili normativi ed è la tematica della presentazione delle liste, cioè, un discorso estremamente importante, perché dobbiamo

concepire o riuscire a percepire che il legislatore ha voluto – c'è voluto tanto tempo a farlo capire – un processo che non sarà assolutamente di parti ma certamente è dialettico tra le parti. Non forziamo la mano per andar dove probabilmente la nostra cultura giuridica oggi non lo permette, e neppure la nostra storia e la nostra tradizione. Tuttavia, certamente c'è qualcosa di più di ciò che noi oggi vediamo o pensiamo di poter fare. C'è qualcosa di più che si può sicuramente fare.

4. Il giudice prima dell'esame del testimone dà due avvertimenti e due inviti; sono sostanzialmente le uniche cose che espressamente sono sanzionate con la nullità. Solo questi profili sono sanzionati. Cioè, la responsabilità: il giudice avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità e della responsabilità che assume; gli inviti: alle dichiarazioni di impegno ed a declinare le generalità. Questi dati sono sanzionati con la nullità relativa. Sul resto, non è prevista alcuna sanzione. Non c'è sanzione: questo crea non pochi problemi. La mancanza di sanzione è un forte limite al rispetto delle regole perché quando non c'è sanzione – non c'è l'inutilizzabilità perché non è un divieto probatorio; non c'è la nullità, perché c'è la tassatività - alla fine è facile la deroga (forse ne parlerà Renato Bricchetti). C'è poco e c'è anche qualcosa che non può non fare discutere, qualcosa che è contro i dati normativi regolati dall'art. 496 c.p.p.; l'ordine di assunzione delle prove. L'ho già detto: è lo stesso dell'art. 493 c.p.p. per le richieste. Inizia il P.M., logico; inizia il P.M. perché ha l'onere della prova. E' agevole comprenderlo: avendo l'onere, alla luce dell'art. 27 Cost., a questo elemento è collegato l'art. 530 comma 2 c.p.p., in relazione alla prova insufficiente e contraddittoria e l'art. 533 c.p.p. per la condanna. Le regole decisorie sono collegate alle modalità con le quali si svolge il processo. Naturalmente, sulle scelte- diciamo astratte del legislatore - finiscono per incidere fortemente sulle disfunzioni del sistema giustizia; un testimone è in ritardo, un altro non c'è; c'è, invece, uno che non doveva arrivare. Indubbiamente, bisogna confrontarsi, ci si deve confrontare, anche con questa realtà. Il giudice preme e chiede di sentire prima i testi presenti della difesa: “Vabbè, ma senta avvocato”. (anche se tutto questo snatura la logica che il legislatore aveva prefigurato: inizia il pubblico ministero, segue la parte civile: art. 150 disposizioni di attuazione). Ecco, si tratta di una disposizione chiara nella formulazione e nella finalità. Eppure, ci si domanda: “e se viene alterato questo ordine?”. Chiaramente, di fronte ad una richiesta del Presidente, il

difensore si trova in difficoltà, temendo se non una reazione, certo il giudizio negativo del giudice. Lo stesso discorso vale per i periti ed i consulenti; nonché per le prove reali e le letture. Si può concordare un ordine diverso? Certo che sì. Per la prova tecnica è obiettivamente più razionale che questa si sviluppi in un contesto unitario, cioè, periti e consulenti in sequenza. E' una scelta di razionalità. La vera domanda è: che cosa succede se quest'ordine viene violato senza il consenso delle parti? Come ha detto l'avvocato Conti, esistono delle precise strategie con le quali si imposta una linea di azione: non c'è solo l'ordine delle parti, ma c'è anche l'ordine interno agli esami. Ci sono, cioè, due tipi di ordine che bisogna rispettare: anche l'ordine logico scelto della parte che ha chiesto l'assunzione delle prove in relazione ai fatti che intende dimostrare e alle circostanze che ha indicato nell'art. 468 c.p.p. e ha ribadito negli artt. 493 e 495 c.p.p. Quindi, un discorso di coerenza. Abbandono questo profilo, perché non voglio togliere spazio agli altri relatori, che sono molti. C'è l'ulteriore problema della richiesta di una prova effettuata da più parti: la regola dovrebbe essere sempre quella dell'art. 496 c.p.p.; anche se l'esame è chiesto l'esame di una parte non si applica l'art. 503 c.p.p. Il discorso, come vedete, torna alle prassi, alla deontologia, alla professionalità. C'è un'altra norma che viene violata, certo, per disfunzione del sistema: l'art. 149 delle disposizioni di attuazione. Ai sensi dell'art. 149 delle disposizioni di attuazione, i testimoni non devono parlarsi. Invece, si parlano e si vedono. Non ci sono solo i testimoni, ci sono anche gli ufficiali di p.g. che vanno a vedere il fascicolo del pubblico ministero. Anche queste norme dovrebbero essere rispettate. Regole dell'esame testimoniale: l'art. 194 c.p.p. prevede, "domande su fatti specifici". Ha ragione Cordero. La frase non è elegante: sono domande specifiche su fatti determinati. Dovrebbero essere domande brevi, non domande lunghe che inducono alla narrazione. Forse si tratta di aspetti collaterali, ma significativi delle prassi ormai invalse nei nostri tribunali. Questo elemento introduce al tema di fondo della *cross-examination*, la professionalità e la cultura dell'atto: bisogna saperlo fare. La *cross-examination*, qualcuno lo dice, è un'arte. Naturalmente, si possono fare anche domande aperte. Bisogna però evitare la narrazione; bisogna evitare, diciamo così, la testimonianza indiretta, cioè, il richiamo all'art. 195 c.p.p., "mi hanno detto, mi ha detto, ho saputo"; le voci correnti (art. 194 comma 3 c.p.p.), le opinioni, i giudizi e gli apprezzamenti e, chi da una parte e chi dall'altra, le domande nocive, cioè, le domande che traggono in inganno il dichiarante fornendogli notizie errate e tali da minare la sincerità delle

risposte. L'avvocato Randazzo fa anche un esempio, quello del comizio in piazza (l'ho letto, abbastanza interessante). C'è il problema delle cosiddette domande trabocchetto, quelle che presuppongono un fatto che chi esamina sa falso: credo, sulla scia di ciò che dice Ferrua, che il discorso possa essere ancorato a questo dato: se il falso può essere facilmente scoperto, la domanda è ammissibile. Vanno evitate le domande ambigue, vanno evitate le domande equivoche. Sempre in relazione alle domande, torneremo sul punto, affrontando il tema dell'esame, del controesame e del riesame, ci sono le cosiddette domande suggestive, quelle che tendono a suggerire la risposta. Non sono ammesse nell'esame, sì nel controesame, no nel riesame, no nell'esame della parte che ha interesse comune. Ci si domanda se le possa fare il Presidente del Collegio *ex art.* 506 c.p.p. e si conclude per l'ammissibilità, sostenendo che il giudice non ha interesse avendo una posizione di terzietà, di neutralità. Peraltro, non mancano i sostenitori della tesi contraria. Ci sono, come sempre, varie scuole di pensiero. Invero, su ognuno di questi argomenti ci sono posizioni contrastanti, con ricadute sul piano sanzionatorio: tutto ciò può considerarsi legittimo? L'orientamento giurisprudenziale anche in questo caso è ambiguo, ritenendosi che sia necessario verificare quale sia stata la ricaduta sulla sentenza. Si tende, cioè, ad effettuare una valutazione *ex post*, invece di esaminare la situazione nel momento in cui si è determinata la violazione. Dicevo, che il cuore del problema, al di là di questo discorso generalissimo sulle domande, è il disposto dell'art. 498 c.p.p. e dell'art. 499 c.p.p. In effetti si tratta delle norme centrali e fondamentali. Poiché mi sono stati assegnati i profili normativi, ricordo a me stesso, come si usa dire, solo per completezza, che l'art. 498 c.p.p. e l'art. 499 c.p.p. sono richiamati nell'art. 209 c.p.p., relativo all'esame delle parti; sono richiamati nell'art. 503 c.p.p., nell'esame delle parti in dibattimento, nell'art. 210 comma 5 c.p.p., nell'art. 501 c.p.p. indirettamente per i periti e i consulenti, per l'esame del testimone assistito, nei casi già ricordati dell'art. 422 c.p.p., quando l'imputato chiede di essere interrogato con le forme della *cross-examination*, così da consentire il recupero delle dichiarazioni con le letture, ai sensi dell'art. 514 c.p.p.. In altri termini, i ragionamenti intorno agli artt. 498 e 499 c.p.p., hanno delle ricadute su un piano molto ampio; ad eccezione dei minori, e degli infermi di mente, questi ultimi da valutare caso per caso. Parlando di questo tema, mi sovviene di un'altra norma. Spesso, quando faccio lezione, spiego agli studenti l'importanza di quella norma particolare che sembrerebbe strana, ma che strana non è. E' quella del codice di procedura penale che descrive l'aula di udienza. C'è una norma di attuazione

la quale descrive come dev'essere l'aula di udienza: in particolare, con riferimento al testimone, questo dev'essere visibile agevolmente dal giudice e dalle parti. Ecco perché il vetro-specchio è uno strumento eccezionale e derogatorio. Ci sono eccezioni giustificate; però, il legislatore ha avuto addirittura la premura di spiegarci come deve essere l'aula, quali sono le posizioni delle parti. Secondo me, non è un dato insignificante, ma emblematico. Indubbiamente, non è una norma processuale ma è molto sintomatico che una norma non processuale finisca all'interno di un codice di procedura penale.

5. Anche se è usata l'espressione "direttamente", superando una prima decisione cagliaritano risalente, ciò non significa che l'imputato possa porre le domande al teste. Sta scritto "interrogare, fare interrogare": interrogare e fare interrogare non stanno a significare la stessa cosa. Interrogare, è l'attività svolta per il tramite del difensore; fare interrogare significa fare le domande al giudice perché interroghi. Ripeto, io devo illustrare i dati normativi. Esame diretto, quindi, lo fa chi l'ha chiesto. E' una fase necessaria perché se ci fosse la rinuncia al testo ammesso, non al teste richiesto, allora, in questo caso, l'avvio spetterebbe all'altra parte. E qui devo dire c'è una sentenza, credo che Renato Bricchetti la segnalerà, abbastanza strana. E' noto che questa norma è stata oggetto di una modifica normativa proprio per risolvere il problema della rinuncia ad un teste inizialmente indicato nelle liste. Ebbene, con una sentenza discutibile si è detto che di fronte alla rinuncia da parte del p.m. non esiste il diritto dell'altra parte di interrogarlo, se questa parte non ha compiuto sostanzialmente gli adempimenti relativi alle richieste di prova: si tratta di decisione contraria non solo alla *ratio* della norma ma anche al dato normativo. Pur nella marginalità del caso e dell'orientamento – non ho trovato seguito a questa pronuncia – resta un dato significativo. In quale ambito si esercita l'esame? L'oggetto sono le circostanze in relazione ai fatti che si intendono provare. Torna il discorso della coerenza del sistema. Ci può essere un rifiuto del soggetto da esaminare: la materia, sono cose note, è regolata sostanzialmente dall'art. 500 c.p.p.. Bisognerà tener conto di quanto disposto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 526 comma 1 *bis* c.p.p. ai fini d'una sua utilizzazione che non dovrebbe essere consentita. Se c'è il rifiuto dell'esame non si può procedere al controesame, che è assolutamente necessario sia preceduto dall'esame; si discute sull'eventuale rifiuto del riesame; si afferma al riguardo, peraltro, che se un testimone si sottrae all'esame è molto facile che

si sottragga anche al riesame. Un altro profilo problematico riguarda il rifiuto di rispondere a singole domande: per l'utilizzabilità è richiesto il consenso delle parti. E' controverso se sia necessario anche il consenso del pubblico ministero. Si ritiene che un testimone possa rispondere ad alcune parti e non ad altre: questo dato è, però, significativo perché altera il materiale conoscitivo. La funzione del processo è in questo caso erosa perché una parte del materiale che in qualche modo è conosciuto non può essere posto a fondamento di una decisione. Il punto è importante: personalmente, ritengo sempre che una delle norme più significative del codice di procedura penale sia l'art. 526 c.p.p. che sottende la formazione del doppio fascicolo: il giudice può fondare la sua decisione soltanto sul materiale legittimamente acquisito al processo. Ogni deroga, ogni violazione di questo dato altera quella che è la funzione e la finalità del processo penale, come è stato costruito nel 1988. Domande quindi, ho detto, non libera esposizione. Domande brevi, non domande inopportune, non quesiti divaganti, non quelli che denotino curiosità, non domande nocive, non domande suggestive. Un problema al quale avevo già accennato: il mutamento del Collegio. Nel caso in cui vi sia mutamento del Collegio bisogna porsi una questione. Io credo che non sia possibile accettare, perché viola il principio del contraddittorio, che la persona richiamata si possa limitare a confermare le precedenti dichiarazioni: in questo caso sarebbe violato innanzitutto l'obbligo di domande su fatti specifiche di cui all'art. 194 comma 3 c.p.p. in materia di testimonianza, e, in secondo luogo, non si può dar corso alla lettura, in violazione dell'art. 526 c.p.p.. E' necessario rifare l'esame davanti al nuovo collegio. Si tratta di un dato fondamentale. Mi ripeto. Ricordo che durante i lavori della "Commissione Riccio", si è arrivati al punto di disquisire sul numero dei soggetti sostituiti (distinguendo la sostituzione di due componenti da quella di un solo magistrato). Sono dati che lasciano assolutamente perplessi e stupefatti. Ci sono alcuni orientamenti giurisprudenziali per i quali viene ammesso l'esame solo se questo riguarda nuove domande pertinenti e ammissibili. In alcuni casi basta anche il silenzio di una parte per consentire che il materiale venga recuperato oppure bisogna che la prova inutilizzabile abbia avuto incidente sulla decisione. Siamo ai soliti *escamotages*, lo dirò concludendo, con i quali, in certi casi, la giurisprudenza si prefigge lo scopo di salvare i processi. Non va dimenticato che una sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la sentenza Gaviano, ha affermato che nel caso appena riferito la conferma delle precedenti dichiarazioni non è sufficiente perché, in questa evenienza, non si può

fare il controesame. Un ulteriore elemento suscettibile di alterare lo schema codicistico attiene alle modalità delle contestazioni (art. 500 c.p.p.). Al riguardo, è possibile effettuare una significativa distinzione fra il “contestare” e il “ricordare”. Di questa riflessione sono ancora debitore all’avvocato Randazzo. Si tratta del diverso uso che può avere lo strumento contestativo, con significative ricadute processuali: nel caso della contestazione si valuta la credibilità del teste, nel caso in cui invece si riesca a “convincere” il soggetto a ricordare, il risultato probatorio risulta acquisito. Si tratta di risvolti estremamente importanti. Torno sul punto, la deontologia, la professionalità, maneggiare con accortezza lo strumento della contestazione a seconda che sia diretta nei confronti del c.d. teste ostile, oppure sia tesa a sollecitare il ricordo di quello non avversario. Bisognerebbe effettuare la contestazione solo se sui fatti e sulle circostanze la persona abbia già depono. Anche in questo caso la violazione viene ritenuta una mera irregolarità. *Ad memoriam*, va ricordato che nelle indagini preliminari sono ammesse le domande suggestive e quindi questo è un ulteriore elemento molto importante per il ricorso allo strumento delle contestazioni. Va considerata, poi, anche la cosiddetta contestazione negativa, quella, cioè, attraverso la quale non si tende a contestare il fatto che una persona affermi una certa cosa ma piuttosto si mette in luce – sottolineandolo – che la afferma per la prima volta; si tratta di un ulteriore elemento significativo dell’uso della *cross-examination*. Ci sono, ancora le questioni, sulle quali sorvolo, legate alla possibilità di intervento degli enti esponenziali, cioè della possibilità per gli enti esponenziali, se la persona offesa ha svolto l’esame diretto, di porre domande: dovrebbero essere prima indirizzate al giudice. Ci sono ulteriori profili di significativo rilievo, ne ha già accennato l’avvocato Conti, legati alla figura del teste ostile. Dalla lettura della manualistica straniera si nota una carenza normativa nel nostro sistema. Sostanzialmente, l’unico strumento di cui ci si può avvalere nei confronti di un teste ostile è il ricorso alle contestazioni *ex art. 500 c.p.p.*, ammesso che siano sostanzialmente possibili. Un secondo aspetto – anche su questo aspetto si sofferma l’avvocato Randazzo nel suo libro, una vera miniera di spunti e di riflessioni – riguarda il cosiddetto teste falso, dove il teste falso, in realtà, non è un teste falso (torno agli aspetti deontologici) ma riguarda quel soggetto che l’avvocato sa che sta dicendo una falsità. Quale atteggiamento deve tenere il difensore che sia consapevole del fatto che una persona ha detto una cosa falsa al p.m. che, tuttavia, va a favore della difesa? Dovrà, attraverso le contestazioni, far emergere questo dato ovvero professionalmente

dovrà astenersi dall'intervenire? Se certamente la difesa non potrà introdurre nel processo prove che sa false, all'opposto potrà astenersi dall'intervenire nella situazione delineata, come, peraltro, emerge dal codice deontologico dell'avvocato penalista. Questo riferimento serve a chiarire che deontologia e pratica in questa materia sono profili estremamente significativi. Controesame. Naturalmente, come ho già detto, ci sono due scuole di pensiero: per alcuni, è importante; per altri, va considerato in termini complessivi. La cosa da ricordare è che chi non ha chiesto e non ha interesse comune con la parte che ha introdotto l'esame, naturalmente è colui il quale può fare il controesame. La cosa significativa è che il controesame non dev'essere richiesto. Si sottolinea, invece, da qualche parte, che i difensori hanno la tendenza a richiedere il controesame mentre si tratta un diritto il cui esercizio è legato ai profili di deontologia e professionalità, ai quali ho più volte accennato. L'ambito è di nuovo quello delle circostanze; anche se in questo caso è suscettibile di essere interpretato in un senso più ampio per cui, oltre alle circostanze indicate nella lista di cui all'art. 468 c.p.p., si potrà fare riferimento a tutto ciò che serve per incrinare la credibilità del teste ed a chiarire la modalità del fatto. Naturalmente, anche su questo punto si riscontrano varie opinioni e contano molto le prassi. Non si possono fare domande suggestive, neppure quelle nocive. Un ulteriore profilo problematico riguarda il teste esaminato che non può essere controesaminato successivamente. Il caso riguarda un teste esaminato in una udienza che viene rinviata e nella nuova udienza fissata a distanza di molto tempo il teste non si presenta. *Quid iuris?* Se l'assenza è determinata da una ragione oggettiva, troverà applicazione l'art. 512 c.p.p. e si darà lettura delle precedenti dichiarazioni; se si sottrae al controesame della difesa dovrà ritenersi l'inutilizzabilità di quanto dichiarato *ex art.* 526 comma 1 *bis* c.p.p. in quanto l'imputato non ha potuto confrontarsi con il suo accusatore. Il problema del pubblico ministero è più complesso: se dà il consenso, bene; diversamente, si potrebbe applicare analogicamente l'art. 500 comma 3 c.p.p., cioè, sostanzialmente si tratterebbe di un rifiuto. Il riesame. Nel riesame non possono essere fatte domande suggestive; il riesame può essere svolto solo da chi ha chiesto l'esame. Si profila il problema sull'oggetto del riesame: in sintesi, nuove domande o domande nuove? E' facile giocare con le parole e con le etichette. La soluzione, anche in questo caso, va collegata con le circostanze. E' possibile un allargamento alle cose che sono state dette in sede di controesame; del resto non sarebbe giusto allargare ulteriormente il riesame con domande nuove o nuove domande, a seconda di come vogliamo vedere la

questione, perché, non esistendo un controesame al riesame, non sarebbe corretto sottrarre il confronto all'altra parte, introducendo, nel terzo momento della *cross examination*, ulteriori elementi. La giurisprudenza ammette anche le dichiarazioni spontanee del testimone: si tratta di una ipotesi che mi lascia sostanzialmente perplesso. Non esiste *ex lege* la possibilità, a mio parere, di dichiarazioni spontanee del testimone. Altra questione, peraltro molto arata, è la lettura dei documenti per l'aiuto alla memoria. Sorvolo per non rubare tempo agli altri relatori, anche perché prima di concludere è necessario soffermarsi sulle sanzioni in caso di violazione delle regole fissate per lo svolgimento della *cross examination*. Anticipando le conclusioni, mi pare che la giurisprudenza sia piuttosto tollerante, piuttosto permissiva. Ritorno a quanto detto in esordio: non siamo in presenza di una inutilizzabilità perché non si tratta di divieti probatori; non c'è una nullità, in quanto saremmo sostanzialmente in presenza di regole organizzative, cioè, procedurali. Una invalidità potrebbe prospettarsi soltanto nella misura in cui, per esempio, l'intervento del giudice nel corso dell'esame del testimone avesse danneggiato la difesa. La giurisprudenza si sta sempre più orientando a guardare più che al dato normativo, correttamente interpretato, come lo guarderebbe un giurista scienziato, alla ricaduta che la violazione ha avuto nell'alterare il processo. In altri termini, l'invalidità non esiste in sé, ma soltanto in relazione alle successive ricadute che la violazione della norma ha determinato, il che, in qualche caso, può essere anche sostanzialmente giusto, ma non necessariamente sempre. La stessa cosa deve affermarsi per la violazione delle regole. C'è una sentenza recente per la quale la violazione degli artt. 498 comma 1 e 499 comma 2 c.p.p. non costituisce elemento di invalidità della *cross examination*. Ulteriori profili controversi: poteri del giudice e poteri delle parti. Il giudice ha l'obbligo, sulla base dei dati normativi, di tutelare la personalità del testimone, il rispetto della persona. In America non è così. Io ho un ricorso cinematografico, può valere per quello che vale, di un processo nel quale agiva un grosso studio professionale: nel corso dell'esame del consulente tecnico nero della vittima si chiedeva: "Ma lei dove si è laureato, che voti ha preso?", e così via, per screditarlo. Faccio questo esempio, per indicare un comportamento che da noi non sarebbe consentito. Lo faccio di proposito per sottolineare come il nostro sia un processo diverso da quello anglosassone. Noi non dobbiamo avere l'ambizione di volere il processo americano; noi non abbiamo la stessa società americana, non abbiamo la stessa storia americana. Credo, tuttavia, che possiamo volere un processo nel quale, pur

con la nostra storia e tradizione, determinati principi debbano essere rispettati. C'è quindi la possibilità per il giudice di tutelare la personalità del teste, di tutelare la genuinità della prova. A tal fine devono essere assicurati gli interventi a verbale, a forma libera, non necessariamente motivata. Se si tratta di minori il controllo è più pregnante. Ai sensi dell'art. 504 c.p.p. le parti possono fare eccezioni o opposizioni. Le eccezioni vengono fatte quando c'è da decidere sull'ammissibilità della prova; invece le opposizioni sono formulate durante lo svolgimento della prova orale. C'è anche una significativa differenza: sull'eccezione provvede con un'ordinanza il Collegio; sull'opposizione si pronuncia il Presidente immediatamente senza formalità. In tal modo, si ripristina la legalità dell'esame ed è importante che le parti si avvalgano di questi strumenti. Ha ragione l'avvocato Randazzo quando ribadisce che il legale deve chiedere che: "Si faccia mettere a verbale". Purtroppo la prassi evidenzia atteggiamenti presidenziali del tipo: "Non si preoccupi avvocato, tanto è tutto registrato, tanto dopo il collegio deciderà". Un simile comportamento va confutato in quanto la verbalizzazione è l'unico strumento che consente e permette l'impugnazione. Altrimenti, ogni ipotesi difensiva è preclusa. Ulteriori elementi significativi nel corso della *cross examination* sono le opposizioni suggestive, cioè, l'opposizione suggestiva, quella con la quale con il pretesto dell'opposizione (chiunque la faccia), in realtà, si tende a trasmettere dei messaggi al soggetto esaminato. Ancora una patologia: consentire la riproposizione della domanda che è stata opposta e la cui opposizione sia stata accolta. *Last but not least*: gli artt. 506 e 507 c.p.p. sono il cuore del problema perché, ripeto, attraverso la lettura di queste due previsioni si può ricostruire il sistema. E' facile, infatti, poter sostenere che se il giudice può interloquire facendo domande, può assumere materiale probatorio – ancorché terminata l'istruttoria dibattimentale - allora perché non consentirgli di attivarsi anche durante il suo espletamento? Il discorso, come capite, torna alle considerazioni fatte in esordio e ripropone il quesito se non sia possibile una lettura sistematica, inversa, che parta dalla lista testi, dall'ammissione delle prove, dalle modalità di assunzione delle prove dichiarative e consegua poteri residuali al giudice una volta che l'attività delle parti si sia esaurita ed il giudice senta i limiti di quanto si è svolto in sua presenza. Anche in questo caso, tuttavia, è chiara la progressione dell'attività che il giudice ed il collegio sono chiamati a svolgere: temi, domande, prove sono gli elementi di una progressione interventista non casuale.

6. Come avete notato, ho accelerato alcuni, forse troppi, passaggi ed argomenti, perché mi interessa arrivare ad una riflessione conclusiva. Ho già detto che questo istituto – la *cross examination* – come tanti altri del nostro codice, può essere letto in due modi, a seconda della filosofia e dell’idea che noi abbiamo del processo penale. E’ chiaro che in un sistema nel quale si ritiene che il giudice abbia come suo fine (l’art. 299 c.p.p. 1930 è stato abrogato) la ricerca della “famosa” verità, è vero che il giudice non può limitarsi a decidere probabilmente soltanto sulla base di ciò che le parti sostanzialmente gli propongono e che, come risulta dall’art. 422 c.p.p., nonché dall’art. 507 c.p.p. e come emerge dall’art. 603 c.p.p. abbia un potere di integrazione probatoria. E’ giusto. Tuttavia, le norme vanno interpretate per quello che sono e dicono. Cioè, il legislatore parla di assoluta necessità, ripeto, di assoluta necessità. C’è, invero, un rischio, che consentendo questi poteri, mi riferisco adesso all’art. 422 c.p.p., si finisca per sconfinare nell’art. 421 *bis* c.p.p., cioè, in un intervento che non riguarda in nessun modo le sue difficoltà decisorie, ma che incide significativamente sui poteri investigativi del pubblico ministero. Siamo, come sempre, in presenza dei veri nodi del nostro processo, alle scelte di fondo: se si sciolgono in un modo si va in direzione, se si opta per altre letture si segue un’altra strada. Il rischio è di restare in mezzo al guado. Alla giurisprudenza, mi permetto di dire questo, vedendo presenti alcuni valentissimi magistrati. Sarebbe il caso di non porsi il problema di salvare alcuni processi; se la giurisprudenza si pone, e il più delle volte è così, l’obiettivo di salvare un processo ne rovina tanti altri, se ne affossa uno, salva tutti gli altri.