

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Strada 1 Palazzo F6 20090 Milanofiori Assago (MI)

4/2017

 edicolaprofessionale.com/DPP

**La fase che “non conta e non pesa”:
indagini governate dalla legge?**

**Corte costituzionale
e testimonianza assistita**

Market abuse e ne bis in idem

**Controllo dei flussi migratori
e sistema penale**

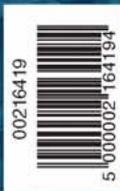
DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretto da
A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa

€ 180

Cod. 00203117

Il Trattato, frutto dell'esperienza didattica e professionale dei Direttori e degli Autori, analizza in modo approfondito e trasversale, un settore del diritto penale di grande rilevanza nell'odierna vita economica e sociale, sensibile ai mutamenti non solo del mondo dell'impresa e del lavoro, ma anche dei mercati e dei consumatori.

L'Opera si sofferma su quattro grandi aree relative a:

- **reati societari, finanziari e bancari**
- **reati tributari**
- **reati fallimentari**
- **responsabilità da reato dell'ente** che può essere chiamato a rispondere dei reati commessi da dirigenti, dipendenti che operano in nome e per conto dell'ente stesso.

L'analisi delle **disposizioni del codice e della normativa complementare** parte da un'esegesi del dato normativo, arricchita dagli spunti offerti dalla **dottrina più accreditata** e dallo studio dell'applicazione effettuata dalla **Suprema Corte**, dalle **Corti europee** e dai **Tribunali di merito**.

Il Trattato rappresenta un valido supporto per il professionista per l'inquadramento e l'aggiornamento della materia.





EDITORIALE

Indagini preliminari	LA FASE CHE "NON CONTA E NON PESA": INDAGINI GOVERNATE DALLA LEGGE? di <i>Alberto Camon</i>	425
-----------------------------	--	------------

LEGISLAZIONE

	NOVITÀ NORMATIVE	435
Confisca	D.Lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 L'ATTUAZIONE DELLA DIR. 2014/42/UE SULLA CONFISCA di <i>Francesco Mazzacava</i>	436 437

GIURISPRUDENZA

Osservatori

	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	443
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	448
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	454
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	460

Giurisprudenza commentata

Testimonianza assistita	Corte Costituzionale 26 gennaio 2017, n. 21 ASSOLTO IRREVOCABILE PER INSUSSISTENZA DEL FATTO: LA CONSULTA ELIMINA DIFENSORE E CORROBORATION MA LA TESTIMONIANZA RESTA COATTA di <i>Carlotta Conti</i>	465
Proporzionalità della pena	Corte Costituzionale 10 novembre 2016, n. 236 GIUDIZIO DI RAGIONEVOLEZZA E VAGLIO DI PROPORZIONALITÀ DELLA PENA: VERSO UN SUPERAMENTO DEL MODELLO TRIADICO? di <i>Enrico Cottu</i>	473
Autoriciclaggio	Cassazione Penale, Sez. II, 28 luglio 2016 (c.c. 14 luglio 2016), n. 33074 IL DELITTO DI AUTORICICLAGGIO AL BANCO DI PROVA DELLA PRASSI: I PRIMI (RASSICURANTI) CHIARIMENTI DELLA CASSAZIONE di <i>Antonio Gullo</i>	482 483
Misure cautelari	Cassazione Penale, Sez. I, 12 maggio 2016 (c.c. 11 novembre 2015), n. 19808 RIFLESSIONI SUL RICORSO AL BRACCIALETTO ELETTRONICO di <i>Silvia Bellino</i>	490 491
Misure di prevenzione e ne bis in idem processuale	Cassazione Penale, Sez. III, 12 aprile 2016 (c.c. 10 febbraio 2016), n. 15097 NE BIS IN IDEM E PREVENZIONE DELLA VIOLENZA SPORTIVA di <i>Manfredi Bontempelli</i>	498
Esecuzione della pena	Cassazione Penale, Sez. I, 29 ottobre 2015 (c.c. 11 giugno 2015), n. 43722 PROCEDIMENTO PER RECLAMO GIURISDIZIONALE E DECRETO DI INAMMISSIBILITÀ: RISCHIO DI SCONFINAMENTO NEL MERITO? di <i>Nicoletta Pignataro</i>	503 504

Diritto penale e processo

Sommario

Market abuse e ne bis in idem	Tribunale di Milano, Sez. I, 6 dicembre 2016 EQUAZIONI COMPLESSE: IL <i>NE BIS IN IDEM</i> "ANCIPITE" SUL "DOPPIO BINARIO" PER GLI ABUSI DI MERCATO AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA di <i>Stefano Manacorda</i>	514 515
--------------------------------------	--	------------

OPINIONI

Immigrazione clandestina	CONTROLLO DEI FLUSSI MIGRATORI E SISTEMA PENALE: LA POLITICA CRIMINALE DELLE "NON SCELTE" ALLA PROVA DELLA TENUTA DEMOCRATICA DEL SISTEMA di <i>Antonino Sessa</i>	522
Esclusione della punibilità	LA GARANZIA DELLA "INTERLOCUZIONE NECESSARIA" NEL PROCEDIMENTO DI APPLICAZIONE-DELL'ART. 131 <i>BIS</i> C.P. di <i>Stefano Maria Corso</i>	533
Consulente tecnico	L'OBBLIGO DI VERITÀ DEL CONSULENTE TECNICO DEL P.M. di <i>Luca Donati Sarti</i>	543

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	547
OSSERVATORIO CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA a cura di <i>Silvio Riondato</i>	551

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	556
---	-----

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: A. Bargi, G. Bellantoni, A. Bernasconi, P. Corso, A. De Caro, P. Dell'Anno, V. Fanchiotti, L. Filippi, C. Fiorio, A. Gai-to, A. Giarda, P. Gualtieri, S. Lorusso, M.R. Marchetti, E. Marzaduri, M. Menna, A. Molari, P. Moscarini, G. Pansini, V. Patanè, A. Pennisi, G. Pierro, A. Presutti, S. Sau, A. Scaglione, M. Scaparone, A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 3/2017

Diritto penale:

- G. Toscano, *Sindacato di costituzionalità su norme favorevoli: l'art. 73 TU stup. torna alla Consulta* (Cassazione penale, Sez. VI, 12 gennaio 2017 (13 dicembre 2016) n. 1418, ord.);
- L. Riscato, *La colpa dell'operatore del 118 tra decorso causale ed evitabilità dell'evento* (Cassazione penale, Sez. IV, 27 settembre 2016 (ud. 14 luglio 2016), n. 40036).

Processo penale:

- G. Spangher, *Cani e gatti ... in Cassazione* (Cassazione penale, Sez. II 13 gennaio 2017 (9 luglio 2016) , n. 1669; Cassazione pena-le, Sez. III, 22 dicembre 2016 (20 ottobre 2016), n. 54531; Cassazione penale, Sez. II, 21 novembre 2016 – (1 novembre 2016), n. 49354; Trib. Roma, Sez. I, 7 luglio 2016 (23 maggio 2016), n. 9062);
- D. Cimadomo, *Abrogazione del reato ex D.Lgs. n. 7/2016 e poteri del giudice dell'esecuzione: vanno confermate le statuizioni civili?* (Cassazione penale, Sez. un., 7 novembre 2016 (29 settembre 2016), n. 46688).

Indagini preliminari

La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?

di Alberto Camon (*)

Nel 1988 il legislatore era troppo concentrato sul dibattimento e ciò l'ha portato a trascurare le fasi anteriori. Nei decenni successivi è stato fatto molto per porre rimedio a questa scelta iniziale; ma molto resta da fare. Le regole sulle sommarie informazioni a natura testimoniale; sulla documentazione; sul principio di pertinenza; sugli atti d'indagine innominati, costituiscono un banco di prova per quest'assunto.

Chi ha vissuto quegli anni, ricorderà gli slogan che accompagnarono la gestazione e il parto del codice di procedura penale: “arriva il processo alla Perry Mason”; “sì alle maxindagini, no ai maxiprocessi”; “la prova si forma in dibattimento”; o - appunto - le indagini sono una “fase che non conta e non pesa”. Formule che da una parte ebbero il merito di presentare al grande pubblico il sistema nascente; dall'altra, però, si portarono dietro i guasti tipici delle semplificazioni. Fra tutte, la più dannosa fu l'ultima: accompagnò e favorì, addolcendolo, facendolo sembrare sopportabile o addirittura opportuno, un equivoco clamoroso: lasciare sostanzialmente sguarnita la fase preliminare, perché tanto poi sarebbe arrivato il dibattimento come luogo veramente importante e - esso sì - garantito.

Che si sia trattato d'un errore, è dimostrato da una considerazione. Quando si cerca di capire e di descrivere cos'è accaduto al processo penale italiano negli ultimi trent'anni, di solito si guarda il peso che gli atti raccolti nella fase preliminare hanno avuto sul dibattimento. In tale prospettiva, la rappresentazione grafica di questo turno di tempo è una linea spezzata: parte dall'abisso del codice mo-

rente; schizza verso l'alto nel 1988, col varo gioioso d'un nuovo modello, a sua volta figlio d'una rivoluzione culturale; precipita giù nel 1992, in seguito a tre celeberrime sentenze costituzionali (1) e al decreto “Scotti-Martelli” (2); risale vertiginosa nel 1999-2001, con la riscrittura dell'art. 111 Cost. (3) e la legge d'attuazione del giusto processo (4) (gli anni successivi, visti alla luce di quel criterio, sono meno facili da decifrare; o forse sono soltanto troppo vicini; li comprenderemo più avanti, quando il distacco dello storico sarà subentrato alla frenesia del cronista).

Nulla da eccepire: è davvero un parametro importante e fornisce informazioni preziose. Non è tuttavia l'unico; ve ne sono altri, utili anch'essi. Immaginiamo per esempio di scegliere, come chiave di lettura del sistema, il tasso di regolamentazione della fase preliminare, cioè di guardare quanto sono “normate” le indagini: se facessimo così, in quell'ipotetico diagramma non troveremmo più una traccia a zig zag ma una linea che, senza soluzioni di continuità, punta verso l'alto: più passa il tempo, più le indagini preliminari vengono disciplinate; come se il legislatore non stesse facendo

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*. Con l'intento di ricordare Massimo Nobile, si pubblica la relazione del Prof. Camon tenuta in occasione del convegno organizzato dall'Unione delle camere penali italiane e dal Centro studi giuridici e sociali Aldo Marongiu su “Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile”, Bologna, 4 e 5 novembre 2016; gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione.

(1) Corte cost. 31 gennaio 1992, n. 24; 3 giugno 1992, n. 254; 3 giugno 1992, n. 255.

(2) D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356.

(3) L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

(4) L. 1° marzo 2001, n. 63.

Editoriale

Processo penale

altro che espiare un peccato originale: nel 1988 commise uno sbaglio; nei trent'anni successivi, tenta di porvi rimedio.

Attenzione però: questo movimento storico rivela, sì, la presa d'atto d'un errore, ma non segna necessariamente un progresso; "fare leggi" sulle indagini non basta, perché non tutte le leggi s'equivalgono; c'è anche una legalità deteriore, conservatrice; per parafrasare uno slogan dei movimenti studenteschi, una legalità illegale: quando vengono introdotte presunzioni in materia cautelare, a esempio, il tasso di regolamentazione della fase preliminare s'innalza, eppure il sistema si torce in senso autoritario. Ed anzi: chi volesse impegnarsi in una teratologia delle disposizioni processuali, proprio nelle indagini preliminari troverebbe un ricco campionario: leggi senza controlli, leggi ambigue, leggi vuote, mezze-leggi.

D'una "legge senza controlli" possiamo parlare con riferimento a due questioni centrali: chi può indagare; per quanto tempo può farlo. Sul primo aspetto, a dire il vero, i controlli ci sono; ma sono debolissimi. Uno era previsto sin dall'inizio; compete al giudice per le indagini preliminari, il quale, quando sia investito d'una richiesta e ritenga che l'investigazione debba essere incardinata altrove, declina (salvi interventi urgenti in materia cautelare: art. 27 c.p.p.); il P.M., tuttavia, può tenersi l'indagine (art. 22, comma 2). È un congegno talmente fragile da far sorgere addirittura interrogativi di teoria generale del processo: non credo esista nell'intero codice un altro caso in cui, quando il giudice stabilisce che una parte ha oltrepassato i limiti delle sue attribuzioni, la parte può far finta di nulla e proseguire.

Il secondo controllo è stato introdotto alla fine degli anni Novanta, proprio nell'ambito di quel movimento di riforma del quale si diceva poco fa, diretto a correggere l'iniziale anarchia della fase preliminare. Compete al procuratore generale, che può intervenire in seconda battuta dopo che il pubblico ministero ha rigettato un'istanza di trasferire il procedimento (art. 54 *quater*). Evidenti, anche qui, i limiti dell'istituto: la persona sottoposta alle indagini è costretta a rivolgersi allo stesso apparato la cui legittimazione è messa in dubbio; controllore e controllato sono in qualche misura mescolati (5).

Sull'altra questione, conosciamo l'insegnamento delle Sezioni Unite: le indagini durano al massimo sei mesi; se però il pubblico ministero iscrive la notizia di reato dieci anni dopo, nessuno può fiatare e le indagini dureranno dieci anni e sei mesi (6). Resta, in teoria, la possibilità d'un procedimento disciplinare a carico del pubblico ministero ritardatario; ma in pratica non se n'è visto uno.

La "legge ambigua" copre i casi in cui l'ordinamento fa ricorso a categorie slabbrate, incerte, carenti sotto il profilo della tassatività. L'esempio più noto (certamente non l'unico) è la "criminalità organizzata": una figura che sta riscuotendo grandi successi, malgrado - o forse, proprio per questo - nessuno sia finora riuscito a comprendere quali fattispecie vi cadano dentro e quali ne restino fuori. L'ultimo tentativo di mettere ordine risale alla famosa sentenza delle Sezioni Unite sui *trojan horses* (che la Corte ritiene consentiti soltanto in determinati procedimenti, fra i quali, appunto, quelli sulla criminalità organizzata): l'espressione abbraccerebbe "non solo [i reati] elencati nell'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato" (7). Forse sarebbe un criterio accettabile per il dibattito; applicato ad atti delle indagini, però, si risolve nel lasciar mano libera al pubblico ministero: presentare come associativa una fattispecie concorsuale è un gioco da ragazzi (8).

Incontriamo anche "leggi vuote": involucri senza contenuto. Pensiamo agli atti investigativi atipici; la disposizione dalla quale si ricava il potere di compierli è l'art. 348, comma 2, secondo il quale la polizia giudiziaria procede, "fra l'altro", alle attività ivi enumerate. Tutto qui: la disciplina delle indagini innominate è racchiusa in una locuzione avverbiale; la questione - sempre più importante, sul piano culturale e pratico, ogni giorno che passa (9) - è stata elusa e scaricata sull'interprete.

Ma le indagini preliminari sono soprattutto il terreno della "mezza-legge", nella quale s'incarna uno dei progetti centrali del nostro modello processuale; l'idea, cioè, d'una "doppia legalità": una disciplina forte, completa, strutturata, per le prove formate nel dibattito; e una debole, parziale, fram-

(5) Chi scrive ha sviluppato l'argomento in *Gli strumenti di controllo sulla sede dell'indagine*, Torino, 2011.

(6) Cass., SS.UU., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, in *CED*, rv. 244376.

(7) Cass., SS.UU., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, 3546, con nota di W. Nocerino, *Le sezioni*

unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale.

(8) A. Camon, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 93 s.

(9) Sull'argomento, *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014.

mentaria, per i cosiddetti "atti omologhi". È un tema sul quale sono ormai maturi i tempi per una revisione storica.

Prendiamo l'atto omologo per eccellenza, le sommarie informazioni a natura testimoniale. Nell'assetto originario del codice, l'intera materia dei diritti e doveri delle persone informate sui fatti era regolata in maniera approssimativa e sotto vari aspetti preoccupante. Per i soggetti ascoltati dal pubblico ministero, si prevedeva in modo esplicito l'obbligo di comparire e di dare risposta (quest'ultimo era peraltro differenziato, ambiguamente, rispetto alla disciplina dettata per il dibattimento: non dovevano "rispondere secondo verità" ma "riferire ciò che sanno"; rispettivamente, artt. 198 e 362) (10); seguiva un elenco di deroghe, vistosamente lacunoso: per esempio, non vi figurava il *privilege against self incrimination* (l'art. 362, nella stesura iniziale, non rinvia all'art. 198). Quanto alle informazioni raccolte dalla polizia, non si stabiliva nulla: né obblighi né eccezioni.

Cosa poi significasse quel silenzio, non era chiaro; si poteva dedurre che, innanzi alla polizia, non vi fosse obbligo di comparire né di rispondere; tuttavia, alcuni affermavano apertamente il contrario (11) mentre altri sostenevano che, a certe condizioni, reticenze o falsità avrebbero potuto integrare un favoreggiamento personale (12).

Vale la pena sottolineare un aspetto: quand'anche si fosse concluso nel senso che le persone convocate dalla polizia non avessero obbligo di rispondere, la scelta di non richiamare gli istituti che derogano a quell'obbligo (artt. 198, comma 2, ss.) avrebbe comunque prestato il fianco a critiche, almeno sotto un aspetto: avere un diritto e sapere d'averlo son cose diverse; pensiamo ai prossimi congiunti della persona sottoposta alle indagini, normalmen-

te privi di cognizioni tecniche; e immaginiamo che, convocati dal funzionario di polizia, non venissero informati del loro diritto a restare silenziosi: ognuno può figurarsi con quale consapevolezza avrebbero "scelto" di rispondere.

Sappiamo che non vi fu il tempo di far sedimentare quei precetti; tuttavia, qualche decisione fu pur emessa ed è istruttivo rileggerla oggi. Così, agli inizi degli anni Novanta, la Corte di cassazione affermò che la polizia poteva assumere sommarie informazioni anche da persone incompatibili con l'ufficio di testimone (13): una conclusione che oggi lascerebbe sbalorditi; eppure, era compatibile con il sistema d'allora. Affioravano, però, anche disagi; pochi mesi dopo, la Corte esaminò la posizione dei prossimi congiunti della persona sottoposta alle indagini, e qui la soluzione venne capovolta: sebbene, come s'è detto, l'art. 199 fosse richiamato soltanto per l'atto del pubblico ministero, la Corte lo allargò alle informazioni rese al funzionario di polizia (14). Nulla da obiettare sui valori salvaguardati; sul piano tecnico, però, era una lettura avventurosa: la disposizione dettava (detta tuttora) una nullità (art. 199, comma 2) ed era conseguentemente soggetta ad un regime di interpretazione restrittiva (art. 177): difficile allargarla alle indagini (15).

Trattandosi d'una normativa superata, possiamo abbandonare l'esegesi; importa invece ripetere: questioni d'importanza capitale - i diritti e doveri dei testimoni durante l'indagine - furono lasciate insolute; e non per una svista: si trattò d'una scelta, che deliberatamente disseminò di voragini la disciplina delle indagini preliminari (16).

Del resto, la stessa idea - vale a dire, che garanzie servissero soltanto per le conoscenze suscettibili d'essere poste a fondamento della decisione dibattimentale - condizionava pesantemente la materia

(10) Le due formulazioni erano state distinte apposta (*Osservazioni governative al progetto definitivo*, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. Conso - V. Grevi - G. Neppi Modona, V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, Cedam, 1990, 282); malgrado ciò, alcuni sostenevano che s'equivalessero: A. Nappi, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, II ed., Milano, 1991, 145.

(11) Secondo le *Osservazioni governative al progetto definitivo* (cit., 28), la mancata presentazione alla polizia era sanzionata dall'art. 650 c.p. Quanto all'obbligo di risponderle, ne sostenevano l'esistenza G. Amato - M. D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 116 s.; L. D'ambrosio - P.L. Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, II ed., Padova, 1992, 267.

(12) A. Nappi, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, II ed., cit., 134.

(13) "Nel novero delle 'persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini' rientra[no] anche quelle che si

trovano in una delle condizioni previste da[ll'] art. [...] 197": Cass., Sez. II, 21 novembre 1990, Esposito, in *Cass. pen.*, 1992, 990. Nella medesima direzione, P. Dubolino - T. Baglione - F. Bartolini, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, II ed., Piacenza, 1990, 634, nonché - parrebbe - G.C. Caselli, *Art. 351*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV, Torino, 1990, 133.

(14) Cass., Sez. V, 18 giugno 1991, Gazzia, in *Cass. pen.*, 1992, 92; nello stesso senso, Cass., Sez. I, 6 luglio 1992, Russo, *ivi*, 1994, 1317. V. peraltro la nota seguente.

(15) Nel senso che la polizia giudiziaria non avesse obbligo d'applicare l'art. 199, G.C. Caselli, *Art. 351*, cit., 133. Benché non fosse chiarissima, sembrava orientata in tale senso anche Cass., Sez. II, 21 novembre 1990, Esposito, cit.

(16) "Non è sembrato opportuno formulare ulteriori previsioni circa la specifica applicabilità/inapplicabilità delle altre disposizioni in tema di testimonianza. Sarà la giurisprudenza a pronunciarsi 'specificamente' sul tema" (*Osservazioni governative al progetto definitivo*, cit., 282).

Editoriale

Processo penale

della documentazione: nel sistema del 1988, il verbale era prescritto solo per gli atti destinati a confluire nel fascicolo per il dibattimento (sin dall'inizio o a seguito delle contestazioni); non era necessario per quelli che svolgevano una funzione interna alla fase. Così, le sommarie informazioni raccolte dalla polizia per regola non dovevano essere verbalizzate (art. 357, comma 1 e comma 2 lett. c), testo del 1988) ma solo annotate, secondo modalità "scelte dalla polizia giudiziaria" stessa, "in funzione delle esigenze delle indagini" (17); per quelle raccolte dal pubblico ministero, le possibilità d'utilizzazione dibattimentale erano maggiori; di conseguenza, il verbale era per lo più necessario (art. 373 comma 3, testo del 1988).

A tutto ciò si pose rimedio nel 1992: se l'incompatibilità con l'ufficio di testimone vale anche innanzi alla polizia giudiziaria (18); se la polizia deve avvertire i prossimi congiunti dell'imputato che possono rifiutarsi di rispondere (19); se la persona sentita durante l'investigazione (dal pubblico ministero o dalla polizia) può rifiutarsi di parlare quando la risposta potrebbe incriminarla (20); se le sommarie informazioni devono essere sempre documentate con verbale (21); se oggi succede tutto questo, lo dobbiamo al decreto Scotti-Martelli.

Di qui due riflessioni, la prima delle quali potrà sembrare provocatoria. Il 1992: l'epoca destinata ad essere ricordata come la stagione della controriforma; del golpe; il momento in cui la magistratura, con l'appoggio della Corte costituzionale, si levò, affossandolo, contro il primo codice dell'Italia repubblicana; il 1992, l'*annus horribilis* della proce-

dura penale: fu anche l'anno della più forte affermazione del principio di legalità delle indagini.

Allora la cosa non poté essere compresa: le modifiche normative a cui abbiamo accennato erano seminasconde, schiacciate dalle macerie del principio di separazione delle fasi. Inoltre, il cambiamento venne percepito come *funzionale* a quella demolizione; tutti lo salutarono come un riflesso inevitabile dell'ampliata utilizzabilità dibattimentale contestualmente riconosciuta agli atti dell'indagine (22). Ma era un'analisi miope, incompleta (23): maggiori garanzie nella fase preliminare servivano comunque, a prescindere dal peso che gli atti raccolti lì avrebbero avuto sul dibattimento. La storia, del resto, s'incaricherà di dimostrarlo: quando, con la legge d'attuazione del giusto processo, la diga che stacca il dibattimento dalle indagini sarà ricostruita, nessuno porrà di tornare alla *deregulation* originaria; al contrario, si continuerà ad estendere alla fase preliminare regole la cui applicabilità era dubbia (24).

Seconda riflessione. Dalla strage di Capaci alla presentazione del decreto legge passarono sedici giorni (dal 23 maggio all'8 giugno 1992); al Senato, in prima lettura, venne posta la questione di fiducia; non così alla Camera, dove tuttavia i lavori - pur alti, attenti, emozionati: il momento, del resto, era drammatico - su questo punto praticamente non esistono: non un solo intervento, non un solo emendamento riguarda il tema dell'estensione alla fase preliminare delle disposizioni contenute nel terzo libro del codice, né quello delle nuove regole sulla verbalizzazione; le disposizioni su cui stiamo ragionando passarono dal decreto alla legge, intatte ed indiscusse.

(17) *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, serie generale, 24 ottobre 1988, n. 93, 89.

Facevano eccezione le informazioni prese nel corso delle perquisizioni o sul luogo e nell'immediatezza del fatto; per esse era prevista un'utilizzabilità dibattimentale privilegiata, ispirata alla categoria delle *res gestae* (art. 500, comma 4, testo iniziale); e il regime della documentazione veniva corrispondentemente innalzato (art. 357, comma 2, lett. c), testo originario). Cfr. Cass., Sez. VI, 19 dicembre 1990, De Rosa, in *Cass. pen.*, 1992, 328.

(18) Art. 4, comma 4, lett. a), D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356.

A dire il vero, nel testo del 1988 le norme sull'incompatibilità non erano richiamate nemmeno per l'assunzione d'informazioni effettuata dal pubblico ministero; tuttavia, l'interrogatorio degli imputati in procedimento connesso o collegato (condotto appunto dal pubblico ministero) era disciplinato secondo regole apposite dall'art. 363, cosicché la questione finiva per assumere rilevanza pratica soltanto per i casi d'incompatibilità fissati nell'art. 197, lett. c) e d).

(19) Art. 4, comma 4, lett. a), D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356.

(20) Art. 4, comma 4, lett. a) e 5 comma 2, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356.

(21) Art. 4, comma 5 e 5, comma 4, D.L. 8 giugno 1992, n.

306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356.

(22) Fra i molti, L. Bresciani, *Art. 4*, in *Leg. pen.*, 1993, 74; *Id.*, *Art. 5*, *ibidem*, 82 s.; *Id.*, *Art. 373*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, cit., Secondo aggiornamento, 1994, 172 s.; F. Santangelo, in *AA.VV.*, *Ragionevolezza, doppio binario e altre invenzioni. Commenti al dl 306/92, convertito nella legge 356/92*, in *Crit. dir.*, n. 4/5, 61 s, *sub artt.* 4 e 5.

(23) Il groviglio di ragioni poste a fondamento delle modifiche apportate all'art. 362 è ben rappresentato da un passo della relazione al disegno di legge di conversione del D.L. 8 giugno 1992, n. 306: "da un lato, a seguito della sentenza n. 255 del 1992 della Corte costituzionale, tali dichiarazioni possono ora costituire prova, in dibattimento, dei fatti in essa affermati; dall'altro, il regime si salda alle nuove previsioni dettate in tema di reati contro l'amministrazione della giustizia [s'allude all'art. 371 *bis* c.p., introdotto dal medesimo provvedimento]; sotto un terzo profilo, infine, diritti e doveri che caratterizzano la posizione di chi viene esaminato in un procedimento penale devono essere sostanzialmente identici, a prescindere dal fatto che la persona esaminata rivesta o meno formalmente la 'qualità' di testimone" (7); la relazione è reperibile in *www.senato.it*.

(24) Si pensi all'art. 267, comma 1 *bis*, introdotto dall'art. 10, L. 1° marzo 2001, n. 63.

In sintesi: un problema niente affatto marginale, all'inizio è letteralmente ignorato; quindi viene visto, esaminato e risolto nell'arco di due settimane; poi non ci si torna sopra più (salvo ritocchi periferici): come se in quei sedici giorni fossero state scovate soluzioni perfette, intoccabili.

Intendiamoci: nessuno propone d'estendere *tutti* i precetti che governano la testimonianza. A esempio, possiamo condividere la scelta di limitare all'istruzione dibattimentale l'obbligo di rivolgere domande specifiche (artt. 194, comma 3 e 499, comma 1): quando l'investigazione muove i primi passi; quando molte sfaccettature del fatto sono ancora sconosciute, lasciare che il testimone faccia una narrazione continua può essere utile. Non solo, ma alcuni studi di psicologia sperimentale mostrano che l'attendibilità d'una dichiarazione cresce se chi la rende è inizialmente lasciato libero d'esporre e solo successivamente viene stimolato da quesiti puntuali (25). Altrettanto vale - a dire il vero, con qualche perplessità in più - per il divieto d'esprimere apprezzamenti personali (art. 197, comma 3): si tratta d'informazioni che - pericolose se adoperate come strumenti di convincimento del giudice - possono però indirizzare l'indagine.

Lascia invece poco convinti la scelta di confinare al dibattimento altre regole sull'interazione interrogante-interrogato, quali i divieti di formulare domande nocive o - nell'esame diretto - suggestive (26): al fondo di questa soluzione s'intravede anzi un'epistemologia grossolana.

Molto è stato scritto sulla testimonianza del bambino, soprattutto con riguardo a procedimenti su abusi sessuali; stiamo tutti diventando consapevoli che es-

sa è il frutto d'una delicata interazione con l'adulto che lo esamina, tanto che gli psicologi la considerano un complesso "atto sociale" (27). È forse meno matura e diffusa la convinzione che lo stesso valga - in minor misura - per ogni testimonianza: ricordare non significa recuperare in modo fedele ed obiettivo un'immagine, un suono, un sapore o insomma l'oggetto d'una esperienza; è una ricostruzione, una ricombinazione, influenzata da mille variabili e nella quale s'inseriscono con forza componenti creative. Fra gli elementi che condizionano più pesantemente questo processo possiamo annoverare proprio le modalità con cui il ricordo viene sollecitato: ricordiamo a seconda di ciò che viene chiesto e di come viene domandato; l'interrogazione modifica la traccia mnestica, sino al caso estremo - niente affatto scolastico - dei falsi ricordi innestati nell'interrogato da tecniche d'esame aggressive, incaute o semplicemente stupide (28).

Non c'è bisogno di spendere ulteriori parole per mostrare quanto siano pericolose le domande nocive, nelle loro varie declinazioni (dai quesiti ambigui o espressi in un linguaggio inaccessibile all'interrogato (29) a quelli intimidatori (30), suadenti (31), che cercano d'innervosire il testimone o di approfittare delle sue debolezze culturali o caratteriali (32)). Ma il discorso vale anche per le domande suggestive: l'informazione ch'esse veicolano "invade e distorce quella immagazzinata con la codifica del ricordo originario", attirando il testimone in un autentico "trabocchetto mnestico, con altissime probabilità di subire l'effetto della distorsione suggerita" (33).

Il danno così arrecato non rimane all'interno della fase prodromica; si espande, contagia la testimo-

(25) A. Cavedon, *L'intervista cognitiva nella pratica sperimentale*, in AA.VV., *La psicologia giuridica italiana: stato attuale e prospettive di sviluppo*, Genova, 1994, 136, con ulteriori indicazioni bibliografiche; G. Gulotta, *L'intervista e il colloquio a fini giudiziari*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, 759; The British Psychological Society, Research Board, *Guidelines on Memory and the Law. Recommendations from the Scientific Study of Human Memory*, Leicester, 2008, reperibile anche on line (www.forcescience.org/articles/Memory&TheLaw.pdf), 32.

(26) Tali proibizioni sono fissate dall'art. 499, commi 2 e 3, con riferimento all'esame incrociato; per lo più si fa leva proprio su questo dato per concludere che, nelle indagini preliminari, quelle regole non valgono. Cfr. Cass., Sez. III, 29 ottobre 2008, n. 43837, Garbellini, in *CED*, rv. 241686; Id. Sez. III, 5 dicembre 2003, Menna, in *Foro it.*, 2004, II, 354; Id. Sez. II, 16 aprile 1993, n. 1868, Ciampà ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 110. In dottrina, G. Giostra, *Stop and go nella lunga marcia verso il contraddittorio*, in *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi* (atti del convegno di Pavia, 2-4 dicembre 2011), Padova, 2013, 159; P.P. Paulesu, *Sui limiti di utilizzabilità delle sommarie informazioni testimoniali*, in *Giur. it.*, 1991, II, 419. *Contra*, P. Ferrua, *Lacune ed anomalie*

nelle regole dell'esame incrociato, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 4, 3.

(27) A. Forza, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2010, 227.

(28) Sui falsi ricordi "impiantati" dai suggerimenti dell'interrogatore si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, E.F. Loftus, *Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory*, in *Learning & memory*, 2005, 4, 361 s.; The British Psychological Society, Research Board, *Guidelines on Memory and the Law*, cit., 12.

(29) P. Ferrua, *Lacune ed anomalie*, cit., 3.

(30) D. Manzione, *Le nuove "regole" per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 1991, 1482.

(31) G. Frigo, *Art. 499*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, cit., V, 1991, 263.

(32) R. Adorno, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, IV, II, Torino, 2009, 308.

(33) Le citazioni sono da A. Forza, *La psicologia nel processo penale*, cit., rispettivamente 207 e 193 s. Cfr. inoltre L. De Cataldo Neuburger, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, 181 s.; C. Musatti, *Elementi di psicologia della testimonianza* (1931), Milano, 1991, 219 s.

nianza dibattimentale. La rievocazione d'un episodio è infatti condizionata dalle cosiddette informazioni post-evento, che interferiscono con quella originaria, la alterano, la confondono, impediscono di ritrovarla (34): "ciò che noi sappiamo ora, o ciò che ora riteniamo sia accaduto in passato, influenz[a] ciò che ricordiamo" (35).

Fra le varie informazioni post-evento, un ruolo determinante è giocato dalle precedenti interrogazioni: il primo racconto "si consolida [...] e sostitu[isce], inconsapevolmente, ciò che si è percepito" (36); il testimone tenderà ad allineare le dichiarazioni successive a quella originaria (37); e così, porgere *misleading questions* non modifica solo la risposta che altrimenti l'interrogato avrebbe dato; cambia, più a fondo, il ricordo dell'avvenimento su cui è chiamato a riferire: quel fatto non era (psicologicamente) vero; nel corso del tempo, lo diventa (38).

Ci troviamo insomma dinnanzi ad una profonda spaccatura fra la psicologia ed il diritto: l'una avverte che l'interrogazione determinante è la prima, quella rilasciata nell'indagine, perché quando - magari, anni dopo - il testimone si presenterà al dibattimento, non ricorderà più il fatto ma ciò che, intorno al fatto, ha raccontato a suo tempo (in un contesto in cui le domande nocive e quelle suggestive erano consentite); l'altro ritiene che l'interrogazione determinante sia l'ultima, quella resa nel dibattimento: lì servono limiti, cautele, garanzie; lì si celebrano i fasti del contraddittorio, prodigioso rituale capace di scoprire e curare infallibilmente i malanni delle dichiarazioni pregresse.

Bisognerebbe riflettere su questa spaccatura, cercare di colmarla. E se si prendesse questa strada (cioè se il legislatore disciplinasse più accuratamente le domande consentite e quelle vietate nell'assunzione delle sommarie informazioni a natura testimoniale), bisognerebbe anche riscrivere le regole sulla documentazione, imponendo la registrazione inte-

grale delle dichiarazioni rilasciate: altrimenti introdurremmo regole di carta, perché non sarebbe possibile alcun controllo.

Tutto ciò, sia detto di sfuggita, non solo non ostacolerebbe ma anzi rafforzerebbe il contraddittorio ed i meccanismi tipici dell'istruzione dibattimentale, a partire dalle contestazioni: sia che vengano fatte solo per screditare la fonte sia che vengano fatte per provare i fatti che formarono oggetto della prima dichiarazione, ha poco senso contestare ad una fonte di prova parole pronunciate a suo tempo, in risposta a domande che non sono state verbalizzate.

Sarà utile precisare: l'assunzione di dichiarazioni da persone informate sui fatti è esempio emblematico d'un fenomeno generale; potremmo allargare il ragionamento alle altre conoscenze raccolte nell'indagine: incontreremmo atti nominati ma non disciplinati (i confronti); atti disciplinati male (le individuazioni (39)); e così via. Insomma, è l'intera materia delle regole sui mezzi di prova e della loro applicabilità agli "atti omologhi" che meriterebbe d'essere ripensata, riprendendo il cammino prematuramente interrotto nel 1992.

Anche per i principi generali sulla prova, del resto, molto rimane da fare. Qui non sarà possibile esaminarli tutti; per rimanere il più possibile aderenti al tema del convegno (40), guarderemo i rapporti di potere che si svolgono nel compimento dell'atto d'indagine, lasciando da parte il profilo sanzionatorio (art. 191) e quello della valutazione delle conoscenze raccolte (art. 192).

Consideriamo il principio di pertinenza. Fra tutte, è forse la prima garanzia: delimita l'ambito del conoscere giudiziale; lascia fuori gli elementi estranei alla reg giudicanda; esclude che il potere adoperato nella ricostruzione dei fatti "tenda all'infinito". Ma non ha la stessa importanza in tutto l'*iter*: nel dibattimento, il controllo delle parti, i poteri direttivi del giudice, la pressione delle istanze d'economia

(34) A. Forza, *La psicologia nel processo penale*, cit., 193; G. Gulotta, *Psicologia della testimonianza*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, a cura di G. Gulotta, cit., 500; Id., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2002, 492.

(35) G. Mazzoni, *Si può credere a un testimone?*, Bologna, 2003, 71.

(36) G. Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica*, cit., 492 s. Cfr. anche L. De Cataldo Neuburger, *Psicologia della testimonianza*, cit., 120 e 204.

(37) E. Gorra - I. Rampoldi, *Come nell'interrogatorio la domanda può influenzare la risposta*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, a cura di G. Gulotta, cit., 548 s.; G. Gulotta, *Psicologia della testimonianza*, cit., 506 s.; C. Musatti, *Elementi di psicologia della testimonianza*, cit., 193 s. e 214.

(38) G. Mazzoni, *Si può credere a un testimone?*, cit., 83 s.

(39) Un ritocco è stato portato dal recente D.Lgs. 15 set-

tembre 2016, n. 184, il cui art. 2 ha riconosciuto al difensore il diritto d'assistere all'individuazione di persone eseguita dal P.M. A prima vista, sembra un miglioramento. In realtà, molto dipende dalle ripercussioni che l'innovazione avrà sull'orientamento giurisprudenziale che ammette un'individuazione effettuata direttamente dalla polizia giudiziaria (G.I.P. Trib. Napoli 18 febbraio 2015, in *DeJure*; App. Napoli 15 gennaio 2014, *ibidem*; Trib. Bologna 24 febbraio 2011, *ibidem*; Cass., Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 22612, Paluca, in CED, rv. 244197; Id. Sez. II, 11 giugno 2008, n. 25762, Dori, *ivi*, rv. 241459; Trib. lib. Reggio Calabria 2 febbraio 2007, in *DeJure*; Cass., Sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 16902, Pantaleo, in CED, rv. 228043; Id. Sez. II, 15 novembre 1996, n. 6404, in *DeJure*); se non venisse scalfito, la modifica potrebbe risolversi in un ulteriore incentivo per lasciare che l'atto venga eseguito dalla polizia.

(40) *Supra*, nota iniziale.