

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



VECCHIE INSIDIE E NUOVI PERICOLI ASSEDIANO LA “CITTADELLA” DEL CONTRADDITTORIO PER LA PROVA Chiara Gabrielli

Abstract

[Old pitfalls and new dangers besiege the 'citadel' of adversarial criminal evidence] The undisputed progress made, at regulatory level, in the use of adversarial model in the criminal evidence formation — which is also a basic principle laid down in the Italian Constitution — should not make it be considered as an achievement made once and for all. On the contrary, the reflection shall be kept on the issue, for the purpose of both refining its operational dynamics and the effective fine-tuning of safeguards against ancient concerns and new dangers.

Key Words:

Criminal evidence, cross-examination, testimony, mass media

Vol. 11 (2023)





Vecchie insidie e nuovi pericoli assediano la “cittadella” del contraddittorio per la prova.

Chiara Gabrielli*

1. Attacchi frontali, corrività applicative, rischi di obsolescenza

Avrebbe peccato di grave ingenuità quel legislatore che, varando il codice di procedura penale del 1989, avesse ritenuto esaurito il proprio compito nell’abbracciare il contraddittorio come metodo di formazione più affidabile della prova penale, nel delinearne le dinamiche operative e nel prevederne sorvegliate eccezioni.

Coraggioso aver sancito che la prova penale si formi attraverso il contributo dialetticamente paritario delle parti dinanzi a un arbitro terzo e imparziale chiamato a decidere sulla fondatezza dell’ipotesi accusatoria; lungimirante aver tenuto conto degli approdi della psicologia cognitiva, dai quali emergeva come il metodo di estrazione delle conoscenze dal testimone ne condizionasse in modo determinante il contenuto; meritorio aver disciplinato in dettaglio cadenze e tecniche di escussione; opportuno, infine, aver dotato il giudice di poteri di controllo a tutela del dichiarante e della corretta applicazione degli istituti e, altresì, aver garantito alle parti di poter reagire tempestivamente, con lo strumento dell’opposizione, alla loro inosservanza. Nondimeno, prevedibilmente, una volta eletto il contraddittorio poetico a «statuto epistemologico del processo penale»¹, si sarebbe trattato di presidiarlo e di difenderlo, su diversi fronti.

Correva l’obbligo, in primo luogo, di reagire contro tentativi di sabotaggio, tutt’altro che imprevedibili, tenuto conto delle resistenze culturali che gli operatori giudiziari mostravano verso l’idea che le possibilità di ottenere un quadro probatorio attendibile dipendessero dalla caratura qualitativa degli elementi acquisiti, anziché dalla quantità dei dati a disposizione dell’organo giudicante.

Da questo punto di vista, il legislatore ha offerto una *performance* in chiaroscuro.

*Chiara Gabrielli è professoressa associata di Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Urbino Carlo Bo.

Indirizzo mail: chiara.gabrielli@uniurb.it

¹ G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, p. 6.

Come noto, nostalgici rigurgiti inquisitori fecero breccia nella Corte costituzionale, assumendo le note fattezze del principio di "non dispersione delle prove": canone contrabbandato quale ineludibile precipitato di valori sovraordinati, come il diritto di difesa o la ragionevolezza, in realtà «arma per silurare la regola del contraddittorio»², convertendo di fatto le indagini preliminari in una «gigantesca istruzione sommaria»³.

Dopo l'iniziale disorientamento che portò il legislatore ad accodarsi alle argomentazioni della Consulta⁴, suggestivamente fondate sull'affermazione secondo cui il «fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità»⁵, l'approvazione della legge cost. n. 2 del 1999 collocò il contraddittorio maieutico saldamente al vertice delle fonti, al riparo da ripensamenti occasionali, non supportati dalle ampie maggioranze previste dall'art. 138 Cost.; toccò poi alla legge n. 63 del 2001 adeguare ai canoni del giusto processo costituzionalizzato regole processuali divenute ormai epistemologicamente obsolete.

Non altrettanta prontezza di reazione il legislatore ha dimostrato dinanzi ad attacchi più striscianti, ma certo non meno insidiosi, rivolti al modello elaborato nell'89 dalla giurisprudenza di legittimità, approfittando dell'assenza di esplicite sanzioni processuali a presidio delle regole enunciate dagli artt. 498 e 499 c.p.p. Una Suprema Corte disposta ad avallare forzature testuali della disciplina delle letture – per esempio, interpretando la sopravvenuta impossibilità come eventualità pregiudizievole proiettata nel futuro, mentre il dettato dell'art. 512 c.p.p. la intende inequivocabilmente come oggettiva impraticabilità radicata nel passato⁶ – difficilmente avrebbe ricavato per via sistematica una conseguenza sanzionatoria da associare all'inosservanza del protocollo normativo; ciò anche là dove le deviazioni riscontrate nella prassi riguardassero profili qualificanti e cruciali dell'esame incrociato, come la natura delle domande consentite e il ruolo attribuito al giudice.

Constatata l'indisponibilità della giurisprudenza a ricondurre le inosservanze in questione alle categorie della nullità e dell'inutilizzabilità, il legislatore processuale avrebbe dovuto intervenire per introdurre espliciti presidi sanzionatori, che arginassero la tentazione dei protagonisti del processo di degradare ad «*happening* facoltativo»⁷ la traduzione operativa qualitativamente preferibile del paradigma evocato all'art. 111 comma 4 Cost., trasformando, mediante una pratica corriva, un modello di escussione

² P. FERRUA, *Governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in D. NEGRI-L. ZILLETTI (a cura di), *Nei limiti della Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, 2021, p. 44, riferendosi alla triade delle sentenze (nn. 24, 254 e 255 del 1992) con cui la Corte costituzionale pretese di «censurare certe regole di garanzia a fronte di precetti costituzionali che, pur non imponendole, le avrebbero ampiamente tollerate».

³ «Qualcosa di peggio, quindi, di un semplice ritorno all'istruzione formale del modello misto, perché gli atti divenuti inutilizzabili in chiave probatoria non sono compiuti da un giudice ma direttamente dall'accusatore o dalla polizia giudiziaria»: L. PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, f. 2, p. 282.

⁴ Cfr. d.l. n. 306 del 1992, conv. in l. n. 356 del medesimo anno.

⁵ Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255.

⁶ Con riguardo al minorenni vittima di reato, cfr. Cass., 29 settembre 2000, Galliera, in *Cass. pen.*, 2002, p. 614.

⁷ C. CESARI, *Il principio del contraddittorio: virtù e limiti*, in D. NEGRI-L. ZILLETTI (a cura di), *Nei limiti della Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, 2021, p. 162.

scrupolosamente codificato in un'attività a «forma libera»⁸.

Ma difendere il metodo prescelto per la formazione della prova penale significava anche adoperarsi per non offrire argomenti in grado di delegittimarlo. Non renderebbe un buon servizio alla credibilità del medesimo quel legislatore che, da un lato, non si preoccupi di assicurare le condizioni indispensabili alla sua efficacia e, dall'altro, non guardi laicamente agli artt. 498 e 499 c.p.p., come a regole *in progress*, da rimeditare, affinare, perfezionare; che lo intenda, cioè, per un verso come metodo autosufficiente, in grado di innestarsi proficuamente in qualsiasi “ecosistema” processuale, per l'altro, con ottusa pervicacia, come protocollo forzatamente uniforme. Rafforzare la legittimazione e la credibilità del metodo probatorio prescelto impone, invece, tanto di assicurargli l'*habitat* sistematico più funzionale quanto di prendere atto di eventuali limiti e inadeguatezze, procurando di porvi rimedio.

Anche da questo punto di vista il bilancio dell'operato legislativo mostra luci e ombre. Pesa negativamente l'incapacità dell'ordinamento processuale di legare il contraddittorio per la prova al canone della concentrazione. L'endemica carenza di risorse della macchina giudiziaria ha trasformato l'enunciato dell'art. 477 c.p.p. da «stentorea proclamazione» a «vecchia barzelletta che non fa più neppure sorridere»⁹: non solo il dibattito inizia anche a grande distanza dalla commissione del fatto di reato, con intuibili ripercussioni sulla efficienza mnemonica dei testimoni, ma la sua celebrazione “a puntate” è diluita nel tempo, conosce intervalli di mesi, quando non di anni. L'immediatezza – che pure risulta presidiata all'art. 525 comma 2 c.p.p. dall'unica nullità assoluta speciale attualmente prevista dal nostro ordinamento – ne risulta inesorabilmente svuotata, per cui, «anche se il giudice che decide resta il medesimo, il suo convincimento al momento della decisione finirà – in pratica – per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo»¹⁰.

Sebbene il legislatore non sia stato in grado di apprestare le condizioni ottimali perché le potenzialità epistemologiche del contraddittorio “tradizionale” potessero dispiegarsi nella loro pienezza, gli va riconosciuta la sensibilità di aver evitato di imporlo come modello di escussione inderogabile. Si è progressivamente fatta strada, infatti, la percezione che la dinamica dialetticamente aggressiva che connota l'esame incrociato manifesti vistose controindicazioni ove sia applicata a soggetti che mostrano caratteristiche di vulnerabilità: nel comprometterne la stabilità emotiva, pregiudica la loro capacità di offrire informazioni veritiere all'inchiesta penale.

Il codice del 1989 recava già un segnale di tale consapevolezza, debitrice degli approdi raggiunti dagli studi di psicologia dell'età evolutiva: il comma 4 dell'art. 498 c.p.p. ammetteva una deviazione non trascurabile dallo standard dell'escussione dibattimentale¹¹; nel tempo quella intuizione si è andata arricchendo tanto sul piano oggettivo – contemplando uno strumentario protettivo divenuto viepiù sofisticato, fino

⁸ F. DINACCI, *Cultura dell'esame incrociato e resistenze operative*, in D. NEGRI-R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, 2017, p. 103.

⁹ G. GIOSTRA, *Il metodo del contraddittorio alla prova del fattore cronomediativo*, in *Sist. pen.*, 26 luglio 2022.

¹⁰ Così afferma, ineccepibilmente, Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132.

¹¹ Affidando all'organo giurisdizionale il ruolo più incisivo di condurre l'esame dibattimentale, eventualmente affiancato da un familiare del minore, da un esperto in psicologia infantile oppure da ambedue queste figure, secondo una lettura tutt'altro che implausibile, considerata la differente natura degli apporti offerti.

all'escussione realizzata tramite vetro specchio e impianto citofonico – quanto sul versante soggettivo: accanto al minore d'età, la galassia dei destinatari dei presidi rafforzati include attualmente, per effetto delle sollecitazioni provenienti rispettivamente da Corte costituzionale e fonti sovranazionali, l'infermo di mente e la persona offesa che versa in condizioni di particolare vulnerabilità.

2. I possibili “danni da procedimento”

Tra i compiti più impegnativi, ma non abdicabili, per un legislatore che abbia a cuore il tentativo di approssimarsi alla verità in sede giudiziale c'è, infine, quello di individuare e provare a neutralizzare tutti quei condizionamenti che renderebbero l'esame incrociato dibattimentale un'esperienza dispendiosa quanto a “energie procedurali”, ma priva di utilità sul piano dell'accertamento penale. Se lo scopo è davvero quello di acquisire la dichiarazione testimoniale più fedele, non ci si può accontentare di «apprestare la miglior tecnica maieutica per la rievocazione del ricordo, nell'implicito presupposto che questo abbia un'inalterabilità minerale»; si deve compiere un salto di qualità epistemologica, in modo da «evitare che l'argilla di cui è composto subisca la manipolazione del tempo e delle suggestioni esterne»¹².

Il censimento di tali fattori perturbanti – operazione preliminare imprescindibile per tentare di apprestare adeguate protezioni – non può trascurare di soffermarsi, anzitutto, sulle dinamiche distorsive che agiscono all'interno del procedimento penale. Esercitandosi il contraddittorio su materiali ad elevatissima deperibilità quali i dati mnemonici, è assai verosimile che ciascuno dei momenti in cui il testimone è sollecitato a richiamare alla memoria fatti processualmente rilevanti prima dell'esame in dibattimento possa trasformarsi in un'occasione di adulterazione. Un ordinamento che ne avesse le risorse dovrebbe quindi – se non concentrare di regola l'acquisizione delle dichiarazioni nell'incidente probatorio, opzione che ragioni di gestione investigativa efficace potrebbe scongiurare, a protezione della segretezza – assicurare che l'audizione in corso di indagine risponda a determinati standard qualitativi e quantitativi: quantomeno, che sia ridotta allo stretto necessario, evitando reiterazioni non indispensabili; caratterizzata dalla presenza di un esperto in psicologia con l'intento di prevenire abusi e forzature a carico del dichiarante; fatta oggetto di registrazione audiovisiva al fine di smascherarli. In un sistema processuale che potesse permettersi di sostenerne i costi, tali accortezze andrebbero probabilmente estese a tutte le interlocuzioni unilaterali; nel nostro sistema, in cronica carenza di risorse, le stesse sono state introdotte – peraltro con ritardo immotivato – soltanto a favore di soggetti di cui si riconosca la peculiare fragilità: a causa della minore età del dichiarante che, unita alla natura del reato per cui si procede, richiede la presenza di un esperto in psicologia o psichiatria infantile *ex art. 351 comma 1-ter c.p.p.*; a causa della condizione di persona offesa particolarmente vulnerabile secondo i parametri dell'*art. 90-quater c.p.p.*, che la stessa disposizione si fa carico di tutelare sia assicurando la presenza dell'esperto, senza però declinarne adeguatamente le competenze professionali, sia escludendo la reiterazione delle audizioni quando non risulti assolutamente necessaria per le indagini.

Quanto alla registrazione audiovisiva, decidersi a renderla obbligatoria, come accade già per le audizioni in incidente probatorio, consentirebbe sia di rilevare tecniche

¹² G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Pol. dir.*, 2021, n. 4, p. 624.

di interpellare poco ortodosse, in grado di inficiare l'affidabilità delle future dichiarazioni, sia di dissuadere pedagogicamente il pubblico ministero, la polizia giudiziaria e i difensori dal ricorrervi.

Il passaggio decisivo non è ancora avvenuto: il d.lgs. n. 212 del 2015 aveva consentito, ma non imposto, la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile «in ogni caso (...) anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità» (art. 134, comma 4, secondo periodo, c.p.p.). Più di recente, il d.lgs. n. 150 del 2022, dando attuazione della legge delega n. 134 del 2021, ha prescritto che le dichiarazioni del minore, dell'infermo di mente e della persona in condizioni di particolare vulnerabilità acquisite dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore di regola siano «documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica»¹³. La scelta della c.d. riforma Cartabia di imporre modalità “rafforzate” di documentazione è apprezzabile, ma i benefici rischiano di essere depotenziati a causa dell'equivalenza prefigurata dalla nuova disciplina tra la riproduzione audiovisiva e la meno completa registrazione fonografica.

3. Le manomissioni extraprocedimentali: dal “tradizionale” pericolo del condizionamento ambientale

Se più ponderate soluzioni in fatto di documentazione possono prevenire o almeno rendere manifesti i condizionamenti sulla fonte dichiarativa determinati dalle attività che hanno luogo prima dell'approdo al dibattimento¹⁴, una sfida probabilmente ancora più difficile attende il legislatore là dove si tratta di difendere l'efficacia del contraddittorio poetico da pericolose manomissioni extra-procedimentali, ovvero dai fattori meno controllabili tra quelli che, adulterando irreversibilmente la traccia mnestica, impediscono al metodo dialettico di produrre i suoi effetti virtuosi.

Proprio sul terreno delle dichiarazioni del minore, specialmente se vittima di reati in materia sessuale o comunque contro la persona, l'interferire di fattori distorsivi operanti nel contesto domestico appare evenienza non soltanto piuttosto probabile, ma anche di precocissima realizzazione; l'innesto di falsi ricordi dovuto all'interazione con il nucleo familiare può verificarsi prima che la narrazione faccia ingresso nel procedimento, vanificando gli effetti di qualsiasi cautela apprestata, benché tempestivamente, dall'ordinamento processuale.

Al riguardo, l'attuale sistema non prevede rimedi, se non il generico e discrezionale vaglio di attendibilità che il giudice deve compiere rispetto a qualunque contributo dichiarativo immesso nel processo. Dovrebbe probabilmente intervenire il legislatore per imporgli di effettuare una verifica accurata sull'origine delle dichiarazioni rese dal minore, chiarendo perché possa escludersi che la narrazione scaturisca da suggestioni recepite *aliunde*; andrebbero quindi analizzati in motivazione – come ha suggerito la stessa Cassazione – «la genesi della notizia di reato, la prima dichiarazione del bambino (...), le

¹³ «Salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto».

¹⁴ Più in generale, attualmente la persona chiamata a rendere informazioni dinanzi alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero può chiedere che le stesse siano documentate mediante riproduzione fonografica, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico; diritto assicurato *ex lege* quando a raccoglierle è il difensore, a meno che non sussistano insuperabili ragioni pratiche.

domande degli adulti, le relative risposte dell'interrogato, l'eventuale incremento del racconto del bambino nel tempo»¹⁵. Che non si possa fare grande affidamento sul rigore della giurisprudenza, d'altra parte, lo dimostrano le discutibili posizioni assunte rispetto all'art. 195 comma 3 c.p.p. come catalogo non tassativo, suscettibile di essere integrato da ulteriori fattispecie; tra queste, il pronosticabile *vulnus* all'equilibrio psico-fisico, che legittimerebbe – secondo talune decisioni della Suprema Corte – l'utilizzo delle dichiarazioni *de relato* di chi abbia raccolto le confidenze del minorenne, a prescindere dall'esame del medesimo, di cui pure una parte abbia fatto richiesta.

4. Segue: alla “novità” dell'adulterazione mediatica

Banco di prova legislativo non meno delicato, e parimenti ineludibile, sul versante dei rischi da “adulterazione extraprocessuale” della fonte dichiarativa, è rappresentato dalla deprecabile tendenza dei mezzi di comunicazione di non limitarsi a dare conto dei passaggi qualificanti e degli esiti dei procedimenti penali, ma di sostituirsi all'unico percorso legittimo, quello giudiziale, nell'accertare il fatto-reato e delle responsabilità penali.

Oltre quarant'anni fa, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva preconizzato, con indiscutibile lungimiranza, le «nefasto conseguenze» che «la progressiva assuefazione al costante spettacolo di pseudo-processi condotti dai nuovi media» avrebbe potuto produrre, nel lungo periodo, «quanto all'accettazione, da parte dell'opinione pubblica, dei tribunali ufficiali come reale e unico foro per la decisione delle controversie legali»¹⁶. Non meno acutamente, il rischio di delegittimazione nei riguardi degli esiti del giudizio penale è stato denunciato dalla dottrina: emancipata dalle regole che l'ordinamento processuale ha faticosamente messo a punto per contemperare tutela dei diritti e finalità di accertamento, “autorizzata” a disinteressarsi del rispetto della presunzione costituzionale di non colpevolezza¹⁷, l'irrituale “messa in scena” mediatica approderà – con l'immediatezza tipica della comunicazione televisiva, via *web* e tramite *social* – «ad una sorta di convincimento pubblico, in apparenza degno di fede, sulla fondatezza o meno di una certa ipotesi accusatoria»¹⁸. Un convincimento destinato a precedere la verità giudiziaria, capace di influenzarla quando il giudice si limiti a mettere «un timbro legale a quello che è già stato deciso nei *talk show* televisivi»¹⁹; un convincimento destinato a eclissarla qualora le conclusioni mediatiche e quelle giurisdizionali divergano; comunque, in grado di rendere «la dimensione convenzionale della verità giudiziaria (...) insopportabile»²⁰ ai più.

¹⁵ Cass., 11 giugno 2009, F.V., in *Giur. It.*, 2010, p. 1421.

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, § 63. Sul pericolo che l'operato dei mezzi di comunicazione possa «scalzare la fiducia del pubblico nel ruolo dei tribunali per l'amministrazione della giustizia» v. più di recente Corte eur. dir. uomo, 29 agosto 1997, Worm c. Austria.

¹⁷ Dal momento che sorprendentemente le prescrizioni del d.lgs. n. 188 del 2021 riguardano soltanto l'autorità pubblica.

¹⁸ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni televisive*, 7 febbraio 2008, par. 1 del *Considerato*.

¹⁹ Con il vantaggio di sottrarsi a «una campagna – ancora una volta mediatica – volta a delineare il giudice come un nemico della verità e della volontà popolare»: E.M. AMBROSETTI, *Le cause dell'errore giudiziario*, in *Discrimen*, 19 febbraio 2019, p. 4.

²⁰ A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, 1997, p. 59.

Nel primo caso, infatti, i tempi e le forme che plasmano il processo come luogo di garanzia saranno percepiti dalla collettività come farraginose complicazioni che a null'altro servono se non a differire una soluzione già agevolmente intuita, nel secondo verranno stigmatizzati come fattori responsabili di averne compromesso il corretto raggiungimento²¹.

La pessima abitudine di allestire improvvisati processi paralleli quando l'episodio criminoso presenta una particolare appetibilità in termini di audience non comporta soltanto il logoramento della fiducia che la collettività nutre nei confronti dell'amministrazione della giustizia. Improbabile che le dinamiche del processo giudiziario restino impermeabili ai surrogati mediatici; più verosimile, considerata la capillare pervasività dei mezzi di comunicazione e l'efficacia delle tecniche di cui si avvalgono le narrazioni simil-giudiziarie, che le pseudo-verità sapientemente veicolate dall'inchiesta televisiva raggiungano i protagonisti del processo e ne influenzino la condotta e le valutazioni, sabotando l'affidabilità della ricostruzione giudiziaria.

Pare ormai irrefutabilmente dimostrata la predisposizione di colui che è chiamato a rievocare un evento a rielaborarne la memoria, aggregando al nucleo del ricordo originario le informazioni sopraggiunte, in un *unicum* inscindibile. Quale reale utilità, allora, potrà mai avere il contributo dichiarativo di un testimone che abbia assistito a una «martellante ricostruzione giornalistica dei fatti (...) univocamente orientata», destinata a tradursi in «memoria condivisa»²²? Tanto più là dove costui non abbia fruito passivamente della rappresentazione che della vicenda hanno offerto i mezzi di comunicazione, ma ne sia stato protagonista attivo e partecipe, entrando in stretto contatto con differenti verità perentoriamente affermate; su quel calco preconfezionato – è molto plausibile – finirà per plasmare le dichiarazioni rese in giudizio.

La diffusa consapevolezza del fenomeno e delle sue ripercussioni processuali sollecita a farsi carico di individuare una soluzione. Viene spontaneo chiedersi, in primo luogo, se c'è modo di evitare che abbia ingresso nel giudizio un ricordo adulterato dal *pressing* mediatico.

In una occasione, i giudici d'appello ritennero di impedire l'esame di alcune fonti dichiarative su dettagli che, nel tempo, erano stati oggetto di una insistita attenzione da parte degli organi di informazione, alla quale peraltro quelle fonti non erano rimaste estranee. Decisione condivisa dalla Cassazione, che persuasivamente rimarcava come, per coloro che abbiano rilasciato «interviste e dichiarazioni in diverse sedi non giudiziarie», risulterebbe «difficile, se non impossibile, distinguere» tra quanto hanno «effettivamente visto» e «quello che in seguito (ricordano) di avere visto»²³.

Questo non significa tuttavia che il problema debba ritenersi risolto. In quel caso particolare, si trattava di assumere nuovamente in appello, su richiesta della difesa, le dichiarazioni di due testimoni già escusse nel giudizio di primo grado sui medesimi temi. Evenienza disciplinata dal primo comma dell'art. 603 c.p.p., la cui formulazione concede

²¹ Accadrà principalmente – non è difficile immaginarlo – quando l'accertamento giudiziale si concluda con una decisione di assoluzione, là dove il conduttore del *talk show* investito dalla televisione di «funzioni oracolari» abbia precedentemente emesso «la sentenza di condanna in nome del popolo dei telespettatori» (E. AMODIO, *La retorica colpevolista della giustizia mediatica*, in www.camerepenali.it).

²² G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir.*, Annali, X, 2017, p. 646.

²³ Cass., 12 dicembre 2015, P.G. in proc. Stasi, in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2016.

spazio alla discrezionalità del giudice²⁴; la locuzione «se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti» gli consente infatti di valutare – secondo un consolidato orientamento della Suprema Corte – se la rinnovazione probatoria sollecitata dalla parte possa dirsi «decisiva in quanto idonea ad eliminare eventuali incertezze» prodotte dai dati acquisiti «o ad inficiare ogni altra risultanza» probatoria²⁵.

Diversamente deve dirsi per il giudice di primo grado. Anche qualora sia probabile che il contributo dichiarativo che la parte ha sollecitato sia stato contaminato per via mediatica, pare arduo che possa sottrarsi al dovere di ammetterne l'acquisizione. Escluso che una narrazione inerente a uno dei profili elencati dall'art. 187 c.p.p. possa definirsi manifestamente irrilevante, pare assai difficile che l'ipotesi di un condizionamento per via mediatica – impossibile da verificare *ex ante*, prima che la dichiarazione venga resa – consenta di predicare *ictu oculi* la superfluità della narrazione testimoniale, ossia l'inidoneità della stessa ad arricchire la piattaforma conoscitiva di cui dispone il giudice; la manifesta non superfluità della prova e la genuinità della stessa sembrano concetti non sovrapponibili, l'uno è predicabile *ex ante*, confrontando astrattamente l'oggetto della richiesta testimoniale con il *thema probandum*, l'altro presuppone una valutazione di attendibilità della fonte che non sembra potersi anticipare in sede di ammissione.

Né pare possibile fare affidamento sul meccanismo disciplinato dall'art. 512 c.p.p. per evitare l'ingresso della dichiarazione probabilmente contaminata e consentire al contempo il recupero a fini probatori di quella raccolta durante le indagini. La lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione presuppone, infatti, l'impraticabilità dell'audizione dibattimentale; rispetto al contributo narrativo della cui genuinità si ha ragione di dubitare a causa della narrazione mediatica, si può invece affermare al massimo l'inopportunità di assumerlo. Collocare questa entro le coordinate dell'art. 512 c.p.p. significa realizzare una manipolazione interpretativa, tanto più inaccettabile perché ha ad oggetto una disciplina eccezionale, che deroga al principio di separazione delle fasi, tratto qualificante dell'attuale impianto codicistico.

D'altra parte, *de iure condito* paiono decisamente insoddisfacenti anche i rimedi a valle; l'attuale ordinamento non impone altro che una generica valutazione di attendibilità delle dichiarazioni acquisite in dibattimento dal testimone "puro"; allo stato, neppure obbliga il giudice a quel *surplus* di motivazione previsto dall'art. 192 c.p.p., che impone di procurarsi *aliunde* elementi in grado di corroborare dichiarazioni che si ritiene affette, per la loro provenienza, da un *deficit* congenito di credibilità.

Poiché l'odierno assetto normativo non offre soluzioni al problema, e poiché è poco realistico pensare che la definizione della vicenda giudiziaria possa realizzarsi prima che l'attenzione dei *media* vi si concentri, la strada da percorrere sembra ineludibilmente quella dell'intervento legislativo. Dalla felice intuizione dottrinarica che definisce la pressione subita dal testimone come «inespugnabile "subornazione mediatica", impermeabile a ogni contraddittorio»²⁶ pare possibile ricavare una rotta normativa meritevole di essere esplorata *de iure condendo*.

Nell'accezione tradizionale, il termine "subornazione" allude all'offerta o

²⁴ Diverso se l'acquisizione delle stesse testimonianze fosse stata sollecitata in base al comma 2 oppure al comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., che disciplinano ipotesi di rinnovazione "obbligatoria" della prova.

²⁵ Cass., 9 maggio 2013, Ferrara, in *C.e.d. Cass.*, n. 256228.

²⁶ G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Pol. dir.*, 2021, n. 4, p. 619.

promessa di denaro o di altra utilità rivolta a chi sia chiamato a rendere dichiarazioni all'autorità giudiziaria, come corrispettivo per una mendace narrazione; accompagnato all'aggettivo "mediatica", per traslazione, allude agli esiti di una propalazione, da parte dei mezzi di comunicazione, di una narrazione fuorviante dell'episodio criminoso.

Nel primo caso la pressione è indirizzata, con un preciso obiettivo, verso uno specifico bersaglio soggettivo. Quando il testimone non si trincerava dietro al silenzio, ma rende false dichiarazioni perché allettato dalla prospettiva di un beneficio, a svelare la mistificazione potrebbe bastare il controesame: condotto con abilità, pare in grado di far affiorare segnali, ad esempio incertezze e contraddizioni, che attestano l'incongruenza tra quanto conosce e quanto sta narrando colui si è sottoposto all'esame incrociato nell'intento di boicottarne le potenzialità maieutiche. Ciò nonostante, si è scelto di consentire su iniziativa di parte il recupero delle dichiarazioni rilasciate nelle indagini preliminari: l'art. 500 comma 4 c.p.p. ne ammette eccezionalmente il trasferimento nel fascicolo per il dibattimento, di modo che il giudice possa avere a disposizione non solo la versione resa in giudizio, probabilmente adulterata, ma anche quella raccolta in precedenza.

Se il legislatore ha ritenuto di orientarsi così nell'ipotesi in cui il dichiarante sia consapevole dell'assenza di genuinità che caratterizza la sua deposizione, forse a maggior ragione – viene da pensare – quella soluzione dovrebbe operare là dove il controesame si rivolge a un «onesto reminiscente»²⁷ che inconsapevolmente riversa in dibattimento le distorsioni informative indirizzate per via catodica a una platea indeterminata di destinatari. Potrebbe essere questo, in altri termini, un ulteriore caso in cui rinunciare alla regola della separazione delle fasi, che vuole le dichiarazioni unilateralmente acquisite non spendibili in chiave probatoria perché non dialetticamente formate, dal momento che quelle così elaborate, risentendo di interferenze da *mass media*, potrebbero rivelarsi inservibili rispetto all'accertamento della verità. La conseguenza di una scelta legislativa in questo senso sarebbe offrire congiuntamente dichiarazioni pregresse e deposizione dibattimentale alla valutazione dell'organo giurisdizionale, senza però che le une, che scontano il noto *deficit* di affidabilità epistemologica, possano presumersi più affidabili delle altre, su cui grava il rischio dell'adulterazione mediatica.

Ammettere che le dichiarazioni rese nella fase delle indagini entrino nella sfera di conoscenza giurisdizionale potrebbe essere soluzione ragionevole anche tenuto conto di un altro dato, che non ricorre nell'evenienza descritta dall'art. 500 comma 4 c.p.p. A meno di non rifugiarsi nel confortante «stereotipo del giudice con la corazza, insensibile ad ogni perturbazione esterna perché protetto dalla sua olimpica saggezza»²⁸, nulla garantisce che, raggiunto come teleutente dalle ricostruzioni allestite dai *mass media*, il giudice resti insensibile alla loro penetrante capacità di contaminazione. Pare tutto da verificare, infatti, che le specifiche competenze professionali di cui il giudice togato dispone bastino a preservarne la capacità di «distinguere ciò che attiene al piano della notizia da quello che riguarda strettamente la prova»²⁹. E, comunque, il rischio indubbiamente esiste per le altre categorie di giudicanti, per esempio per i giudici popolari che compongono le Corti

²⁷ Per utilizzare la felice espressione di F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 669.

²⁸ E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

²⁹ Cass., 23 dicembre 2016, Mancuso, in *C.e.d. Cass.*, n. 268529. Sull'ingenuità di ritenere che «il corredo professionale immunizzi *tout court* il giudice (...) dai pregiudizi mediaticamente indotti» cfr. V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, 2022, p. 98.

d'assise o per gli esperti che compongono il tribunale di sorveglianza e quello per i minorenni³⁰.

Rientrando anche il giudice tra i potenziali spettatori di una ricostruzione deformata, il pericolo è che l'effetto dell'"inquinamento giornalistico" sull'organo giurisdizionale si saldi a quello prodotto a carico del testimone, raddoppiando le conseguenze perturbative rispetto alla formazione di un corretto convincimento. Consentire al giudice di conoscere le dichiarazioni che il teste ha reso quando la pressione mediatica non era stata ancora esercitata su di lui potrebbe invece spezzare questo meccanismo, immettere cioè nel suo orizzonte cognitivo un salutare elemento dissonante, capace di fargli maturare una opportuna presa di distanza dalla narrazione dibattimentale.

Non sfugge come la ragionevolezza del recupero delle dichiarazioni pregresse si fondi su una presunzione cronologica: l'attenzione mediatica capace di condizionare la narrazione del teste deve essersi concentrata sul procedimento penale in un momento successivo rispetto all'audizione del medesimo ad opera degli inquirenti. Ove la campagna mediatica preceda la cristallizzazione delle informazioni nel verbale di indagine, permetterne il trasferimento nel fascicolo per il dibattimento avrebbe come unico risultato il controproducente rafforzamento della versione contaminata. Opportuno, dunque, che l'elemento temporale venga espressamente preso in considerazione dalla formulazione normativa; colui che ha interesse al recupero delle dichiarazioni – o il giudice stesso, ove si ritenesse di consentirne l'attivazione d'ufficio – dovrà dunque dimostrare, in primo luogo, che il loro rilascio abbia preceduto l'avvio della para-inchiesta mediatica.

Se la priorità cronologica può non essere particolarmente complessa da provare, maggiore impegno richiederà dimostrare l'effetto che la distorta ricostruzione mediatica ha esercitato sul dichiarante. A tal fine potranno assumere rilevanza, ad esempio, le confidenze che questi abbia reso a un'altra persona, rivelandole come la narrazione mediatica cui ha assistito lo abbia indotto a riconsiderare alcuni aspetti della vicenda, magari persuadendolo della fallacia del ricordo che conservava dell'evento. Come pure, potrebbe avere un peso nell'attestare l'avvenuta contaminazione la perfetta coincidenza che si dovesse registrare tra il racconto mediatico e le affermazioni rese dal teste in giudizio, circostanza difficilmente ascrivibile a una evenienza fortuita.

Si tratta di elementi dimostrativi che potrebbero risultare sufficienti a permettere il recupero, tenuto conto che neanche l'acquisizione ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p. presuppone che sia raggiunta la prova piena dell'illecito: non bastano naturalmente meri sospetti, ma neppure occorre – è affermazione consolidata in giurisprudenza – la dimostrazione del comportamento subornante al di là di ogni ragionevole dubbio.

³⁰ L'ordinamento non dispone al momento di strumenti processuali idonei a contrastare tale eventualità. Scartati gli strumenti dell'astensione e della ricasazione, a tacer d'altro perché riguardano il solo giudice persona fisica, verrebbe da pensare all'unico, la rimessione del processo, che investa l'organo giurisdizionale nel suo complesso; tuttavia, dispiegandosi l'influenza mediatica potenzialmente sull'intero territorio nazionale, si fa decisamente fatica a inquadrarla tra le «gravi situazioni locali» evocate dall'art. 45 c.p.p.; d'altro canto, per la stessa ragione, il pregiudizio rispetto all'imparzialità dell'organo giurisdizionale non verrebbe meno qualunque fosse la nuova sede del processo.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
