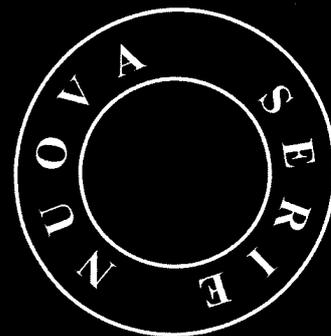


D & G

diritto e giustizia

Il costo del singolo fascicolo è di € 3,50



46

27 dicembre 2003
anno IV

**Supplemento settimanale
al quotidiano giuridico on line
Diritto & Giustizi@**

www.dirittoegiustizia.it

**ALL'INTERNO
INSERTO SPECIALE
LA RESPONSABILITÀ DELL'INSEGNANTE**



distributore
A. GIUFFRÈ EDITORE

Infogiuridica



La testimonianza *de relato* del detective quale fonte di prova

Ingiusta la ritenuta inapplicabilità dell'articolo 195 Cpp

di
Leonardo Suraci*

La legge 397/00 ha costituito la tappa fondamentale del processo di ripristino di un modello di processuale penale ispirato ai canoni del sistema accusatorio.

Perfettibile sotto diversi profili, la legge sulle investigazioni difensive, alla quale va ascritto il merito di proceduralizzare soggetti ed atti altrimenti estranei alla procedura e liberi dai vincoli da essa scaturenti, presenta aspetti che avrebbero richiesto maggiore approfondimento per evitare l'insorgere di perplessità sotto il profilo della conformità costituzionale.

OBITER DICTUM DELLA CASSAZIONE

L'occasione per svolgere le presenti riflessioni scaturisce da un recente appello delle Corti di cassazione che, sia pure sotto forma di *obiter dictum*, sembra costituire un momento di sistemazione di una materia delicata in quanto afferente al tema del contatto dei materiali investigativi con la fase processuale.

Le Sezioni unite, nella sentenza 36747/03 (ric. Torcasio e altro) hanno preso spunto da un dubbio interpretativo concernente l'estensione dell'ambito applicativo delle norme sulle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (articoli 266 ss. Cpp) per enunciare la traccia ermeneutica che do-

vrebbe guidare l'interprete sul tema dell'ammissibilità della testimonianza degli investigatori privati sul contenuto del colloquio non documentato.

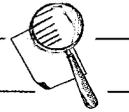
Come è noto, l'investigatore privato può, su incarico del difensore, conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa (articolo 391 *bis* Cpp). L'acquisizione avviene mediante un colloquio non formalizzato, ossia tramite un'attività apprensiva di dichiarazioni finalizzata a procurare un risultato conoscitivo che si presta ad essere documentato all'esito di un momento investigativo ulteriore - ricezione di dichiarazioni o assunzione di informazioni - riservato al difensore o al sostituto. Già in sede di primo commento si discusse sulla possibilità di impiego del risultato dichiarativo del colloquio preliminare, non documentato e per questo suscettibile di manifestazione soltanto tramite l'enunciato dell'investigante recettore.

La Suprema corte, con un approccio che contrasta con la logica di tutela sostanziale che permea la sentenza "Torcasio" - la considerazione secondo cui le regole probatorie «non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita» pone al centro dell'analisi la dimensione assiologica interiorizzata dalle norme processuali - ha affrontato la questione ispirando la pro-

pria ermeneutica ad un criterio di rigido formalismo: «la possibile deposizione testimoniale, salvo ad opporre il segreto professionale *ex* articolo 200 Cpp, dell'investigatore privato» - evidenza la Corte - «non destinatario della previsione d'incompatibilità di cui all'articolo 197.1 lettera d) Cpp, sui colloqui informali intrattenuti, pur apparendo una scelta non felice, finisce col ricadere nella disciplina di cui all'articolo 195 commi 1, 2, 3 Cpp, il che non determina alcuno squilibrio del sistema, che, in questo specifico caso, non impone alcuna regola tipica per la spendibilità processuale del contenuto di tali colloqui».

Le Sezioni unite pur bollando la scelta come infelice ammettono in via generale ed astratta la testimonianza dell'investigatore privato sul contenuto del colloquio informale rilevando che costui è estraneo alla previsione contenuta nell'articolo 197, comma 1 Cpp, per vero riferita esclusivamente al difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva ed a coloro che hanno espletato funzioni strettamente documentative.

Si sanziona, così, la singolare assimilazione di un soggetto investigativo, dunque un soggetto del procedimento penale, al comune testimone indiretto, assoggettato alle regole stabilite per quest'ultimo ma evidentemente poco affidabile - ovviamente per la peculiarità dell'oggetto della deposizione - al punto da divenire "vittima" di una solleci-

Suraci - Indagini difensive e testimonianze *de relato*

tazione, non tanto velata, rivolta alla giurisdizione di merito affinché guardi con sospetto alle dichiarazioni da esso provenienti: la deposizione degli investigatori sul contenuto del colloquio è ammessa, infatti, «al di là di ogni considerazione sulla rilevanza (forse si voleva dire attendibilità) del contenuto degli stessi (dei colloqui) se non seguiti da dichiarazione scritta o informazioni documentate dei soggetti sentiti».

Che la Corte abbia rivolto un monito sull'attendibilità di questa fonte di prova, impegnata in una deposizione dall'oggetto affatto peculiare, non desta sorpresa alcuna.

Sorprende, invece, che le Sezioni unite non abbiano riservato alcuna "battuta" al profilo della legittimità costituzionale dell'interpretazione patrocinata, rinunciando ad approfondire un tema già lambito dalla Corte costituzionale.

Gli interrogativi della Consulta

I giudici di Palazzo della Consulta, invero, hanno avuto modo di occuparsi del divieto stabilito dall'articolo 195, comma 4 Cpp, introdotto dalla legge 63/2001.

Censurata dalla Corte d'assise di Messina per contrasto (anche) con l'articolo 3 Costituzione «in quanto alle limitazioni alla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria non corrispondono [...] limiti di analogia portata con riferimento agli investigatori privati autorizzati nell'ambito delle indagini difensive svolte ai sensi della legge 397/00, salvo gli eventuali casi di incompatibilità determinati dalla formazione della stessa documentazione difensiva», la norma venne tutelata dalla Corte costituzionale attraverso una considerazione che ha tutto il sapore di un avvertimento: «a prescindere dal rilievo che il fugace riferimento a tale norma (articolo 197, comma 1 Cpp) non consente di verificare compiuta-

mente quale sia l'interpretazione riservata dal rimettente al *tertium comparationis*, né in quali termini questi assuma la presupposta identità di *ratio* tra le due discipline, è sufficiente ribadire, da un lato, che il divieto della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria è coerente con il principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova e, dall'altro – si noti la forma perentoria dell'enunciato – «che interpretazioni della disciplina dell'incompatibilità a testimoniare degli investigatori privati che consentissero di aggirare le regole di esclusione probatoria si porrebbero in contrasto con l'articolo 111, quarto comma, Costituzione».

La Corte costituzionale, dunque, ha intravisto la possibile proposizione di interpretazioni della disciplina dell'incompatibilità a testimoniare degli investigatori privati contrastanti con il principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova, nel profilo in cui vieta «di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal difensore)».

Ciò equivale a dire che, al di fuori dei casi riconducibili alle fattispecie derogatorie stabilite dall'articolo 111, comma 5 Costituzione, nessuno spazio residuo per l'attribuzione di rilievo probatorio ad acquisizioni investigative su fonti dichiarative, siano esse provenienti dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria, dal difensore. Non è difficile, allora, capire quale sia l'ermeneutica a cui la Corte fa riferimento e di cui prefigura l'incostituzionalità.

L'INDAGINE DIFENSIVA SU FONTE DICHIARATIVA

Come è noto, il legislatore ha disegnato i poteri d'indagine difensiva su fonti

dichiarative senza spingersi fino al punto di gravare la fonte informativa di un obbligo di adesione alla proposta di contatto investigativo.

Questo profilo di tutela avanzata della libertà di determinazione dell'informatore costituisce un importante elemento di diversificazione rispetto al potere di assunzione di informazioni riconosciuto alla polizia giudiziaria, che però non esclude la ricorrenza delle condizioni necessarie affinché tra le due discipline si instauri un rapporto suscettibile di analisi alla luce del parametro costituzionale della ragionevolezza.

Invero, il legislatore ha dovuto realizzare una efficiente protezione di due distinti interessi: quello inerente all'inviolabilità della libertà personale, sancito dall'articolo 13 Costituzione, e quello connesso con l'esigenza di repressione dei reati, quest'ultimo postulante la tutela di un effettivo spazio investigativo difensivo.

Il bilanciamento è stato effettuato privando l'investigante privato di qualsiasi potere coercitivo, al tempo stesso plasmando istituti finalizzati ad offrire un mezzo per soddisfare l'esigenza conoscitiva sebbene in presenza del rifiuto della persona informata di aderire alla proposta di contatto investigativo.

L'audizione del pubblico ministero e l'incidente probatorio "parainvestigativo" (articolo 391bis, commi 10 e 11 Cpp) sono strumenti sostitutivi dell'atto investigativo unilaterale inattuabile a causa del rifiuto dell'interessato, il ricorso ai quali consente di realizzare un risultato cognitivo ontologicamente conforme a quello acquisito unilateralmente dal difensore.

Dunque, il sistema è stilizzato su modelli idonei a condurre gli investigatori privati ad un momento di procedura comunque finalizzato ad estrarre dalla fonte personale il contributo atteso, un atto dichiarativo da documentare con le forme tipizzate dalla legge e suscettibili



Suraci - Indagini difensive e testimonianze *de relato*



le di spendita processuale con modalità egualmente tipiche.

Infatti se l'attività investigativa su fonte dichiarativa non ha incontrato ostacoli, il difensore disporrà di un documento a contenuto dichiarativo utilizzabile per le contestazioni e, ricorrendone i presupposti, acquisibile mediante lettura (articolo 391 *decies* Cpp).

In caso contrario, la dichiarazione dell'informatore sarà documentata nel verbale redatto dall'assistente del pubblico ministero ovvero dall'ausiliario che assiste il giudice per le indagini preliminari – ciascun supporto documentale essendo sottoposto al regime proprio degli atti acquisiti dalla parte pubblica o dal giudice mediante incidente probatorio – a seconda che all'esercizio del diritto al silenzio si sia fatto fronte attraverso il ricorso all'audizione ovvero mediante la provocazione dell'incidente probatorio parainvestigativo.

Come si vede l'indagine difensiva su fonti dichiarative è ermetica sia sotto il profilo delle dinamiche acquisitive, sia sotto il profilo delle forme di documentazione delle risultanze, essendo il risultato conoscitivo di una attività d'indagine sviluppatasi lungo i binari tracciati dal legislatore – segmento di procedura disciplinato secondo criteri assiologici strettamente pertinenti con i principi costituzionali – formalizzato in un verbale che partecipa alle modalità di spendita processuale tipizzate dalla legge in modo coerente con l'esigenza di tutela del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Un sistema così caratterizzato è indisponibile ad assimilare forme alternative di ingresso nello scenario processuale di dichiarazioni acquisite dai soggetti dell'investigazione privata con modalità comunque consentite.

Ne deriva l'enucleazione di una regola impediente la veicolazione nel processo del contenuto del colloquio infor-

male tramite la deposizione dell'investigatore, per la evidente ragione che questa pratica aggirerebbe dell'obbligo di fare fronte all'esercizio del diritto al silenzio mediante l'attivazione degli istituti sostitutivi predisposti dal legislatore, obbligo intimamente correlato al divieto di impiegare succedanei non previsti dalla legge – quale sarebbe, appunto, la testimonianza indiretta dell'investigatore – per immettere nel processo conoscenze altrimenti inutilizzabili.

LA REGOLA DI ESCLUSIONE

Il sistema consegna dunque una precisa regola di esclusione che il legislatore non ha esplicitato perché egualmente enucleabile e la cui inosservanza concreta la violazione del principio consacrato nell'articolo 111, comma 4 Costituzione poiché finisce con l'attribuire valore di prova a dichiarazioni unilateralmente raccolte che, se acquisite con le modalità stabilite dalla legge, sarebbero suscettibili di impiego nel processo con forme corrispondenti a quelle degli atti investigativi della parte pubblica o degli atti probatori del giudice per le indagini preliminari.

La Corte costituzionale, nella sentenza 32/ 2002, ha evidenziato come «nel dare attuazione al principio costituzionale la legge 63/2001 ha appunto previsto il divieto della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria sulle dichiarazioni ricevute dalle persone informate sui fatti con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettera b) e c), Cpp, al fine di evitare che tali dichiarazioni possano surrettiziamente confluire nel materiale probatorio utilizzabile in giudizio attraverso la testimonianza sul loro contenuto resa da chi le ha raccolte unilateralmente nel corso delle indagini preliminari. Il divieto risulta quindi coerente con la regola di esclusione probato-

ria dettata nel nuovo testo dell'articolo 500, comma 2, Cpp, in base alla quale le dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari e lette per le contestazioni in dibattimento possono essere valutate ai fini della credibilità del teste, ma non utilizzate come prova dei fatti in esse affermati.

Se la regola stabilita dall'articolo 500 Cpp è coerente con i principi costituzionali, la testimonianza dell'investigatore privato sul contenuto del colloquio informale – la quale, se ammessa, scongiurerebbe il ricorso a strumenti caratterizzati dall'invadente presenza del pubblico ministero o del giudice per le indagini preliminari – costituisce una forma di aggiramento del divieto fondamentale stabilito dall'articolo 500, comma 2 Cpp poiché assimila al patrimonio del giudice elementi dotati di una efficacia probatoria della quale non dispongono i corrispondenti elementi reperiti e documentati ritualmente dal pubblico ministero e che essi stessi non avrebbero avuto qualora fossero stati acquisiti con le modalità tipizzate dalla legge.

Evidente, a questo punto, l'estrema coerenza del sistema investigativo introdotto dalla legge: quando il legislatore ha costruito il potere di indagine difensiva su fonti dichiarative si è affidato a percorsi procedurali idonei a condurre comunque ad un risultato conoscitivo tipicamente documentato e per questo dotato di una forza utilizzativa tipica, coerente con i principi costituzionali.

Dinamiche utilizzative ulteriori sono ignote al sistema ed in alcun modo modellabili se non nei limiti in cui la fattispecie si inquadri nell'ambito delle ipotesi stabilite dall'articolo 111, comma 5 Costituzione. Ciò che non accade, evidentemente, mediante un giudizio di generale ammissibilità della deposizione dell'investigatore sul contenuto del colloquio informale.

Suraci - Indagini difensive e testimonianze *de relato*

Non è casuale, invero, che il regime di utilizzabilità delle risultanze di investigazioni difensive su fonti dichiarative si regga sul richiamo degli articoli 500, 512 e 513 Cpp, ossia delle regole afferenti agli atti d'indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria.

Ovviamente si potrebbe obiettare che l'articolo 391decies, comma 1 Cpp sia suscettibile di operare soltanto nell'ipotesi in cui il contributo dell'informatore sia stato acquisito e documentato dal difensore all'esito del momento di contatto formale a gestione unilaterale, opinando che, nell'ipotesi inversa, la regole contenute negli articoli 500 e 512 Cpp non potrebbero operare per mancanza di un supporto documentale spendibile.

In fin dei conti, si potrebbe osservare, la Corte costituzionale ha precisato in relazione all'articolo 195, comma 4 Cpp che «la testimonianza indiretta non è vietata "negli altri casi", cioè quando non ha per oggetto informazioni consacrate in verbali: non presentandosi l'esigenza di evitare l'aggiramento della regola di esclusione probatoria, non sussiste alcun profilo di irragionevolezza nella disciplina che consente in tali situazioni di applicare le regole generali in tema di testimonianza indiretta».

Dunque, in tutte le ipotesi in cui al colloquio non abbia fatto seguito un contatto formalizzato si verserebbe nella situazione descritta dalla Consulta, caratterizzata dalla disponibilità di una dichiarazione non documentata e quindi spendibile mediante la testimonianza del soggetto investigativo privato.

CONCLUSIONI

Per sottolineare l'errore d'impostazione in cui cade la tesi in questione, basta osservare che la mancata tipizzazione di forme d'impiego delle acquisizioni non documentate si pone come opzione

coerente con un modello acquisitivo costruito su modalità tipiche, secondo una sequenza di atti interni ad una operazione acquisitiva complessiva che non può interrompersi senza disperdere le conoscenze apprese.

Nel sistema ermetico costruito dalla legge, poi, una regola di spendibilità processuale delle dichiarazioni acquisite con le forme dell'audizione o dell'incidente probatorio sarebbe stata inutile, costituendo i succedanei dell'atto investigativo unilaterale null'altro che tradizionali atti del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari.

Deve aggiungersi, infine, che l'interpretazione formalistica del Giudice delle leggi è stata disattesa dalle Sezioni unite sulla base del rilievo che «così interpretata, la norma finirebbe per tradire il suo scopo fondamentale, cioè quello di evitare l'introduzione nel dibattimento, a fini probatori, di dichiarazioni acquisite in un contesto procedimentale non correttamente formalizzato [...] L'interpretazione rigorosa e coerente del quarto comma dell'articolo 195 Cpp. [...] non può che essere nel senso che esso vieti non soltanto la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni regolarmente acquisite in sede di sommarie informazioni, ma anche quella sulle dichiarazioni che si sarebbero dovute acquisire con le modalità di cui all'articolo 351 Cpp».

In altre parole, è il pensiero delle Sezioni unite, la testimonianza indiretta dell'ufficiale o agente di Pg è legittima soltanto quando l'acquisizione delle dichiarazioni è avvenuta in un contesto al quale è estraneo un obbligo di documentazione ovvero in casi in cui la documentazione sia impossibile a causa dell'operare di fattori ostativi oggettivi ed incontrollabili (per es., l'immediato decesso della fonte).

Proiettando la riflessione sul tema che ci occupa, se non può dubitarsi che il

rifiuto dell'informatore di partecipare al momento investigativo formalizzato privi il difensore della possibilità di costituire una forma tipica di documentazione della dichiarazione, non può negarsi che l'impedimento non ha carattere assoluto essendo il risultato realizzabile attivando gli istituti sostitutivi predisposti dal legislatore.

Soltanto nei casi in cui non sia possibile attivare i meccanismi acquisitivi alternativi – perché, per esempio, la persona sentita informalmente dall'investigatore privato è deceduta subito dopo o comunque prima dell'espletamento dell'incidente probatorio o dell'audizione – si verifica una situazione di obiettiva preclusione documentativa legittimante il ricorso alla deposizione sostitutiva dell'investigante.

Questa interpretazione, estremamente rigorosa, è l'unica capace di soddisfare l'invito della Corte costituzionale, implicito ma pressante, a tralasciare opzioni ermeneutiche realizzative di modelli di accesso alla testimonianza indiretta asimmetrici ed elusive del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Se la giurisprudenza dovesse evolversi lungo la direttrice tracciata dalle Sezioni unite, si creerebbero tutte le premesse per una già annunciata pronuncia di illegittimità costituzionale.

Non rimane che aspettare, auspicando che il principio del contraddittorio, per il quale l'Avvocatura ha combattuto e vinto una dura battaglia, prevalga ancora una volta. E, con esso, il diritto ad una indagine difensiva che condivida, con l'investigazione pubblica, onori ed oneri.

*Avvocato