

CAPITOLO I

1. Segreto familiare

1.1. Testimonianza e processo penale, testimonianza e senso comune. Considerazioni.

“Vi sono due tipi di testimonianza, quella falsa che è punibile e quella vera che è rara”, così scriveva George Bernard Shaw. Come non concordare con questo chiaro e limpido pensiero che porta al cuore della tematica che intendo sviluppare. La testimonianza, quella vera, è una fonte di gemme preziose non tangibili in natura che si vanno percependo man mano che le parole di chi narra la verità ,raggiungono le orecchie del giudice. Il solo , al quale è riservato il privilegio e la grande responsabilità di valutarne la fondatezza compiendo degli accertamenti che la sua funzione gli impone e gli prescrive. La testimonianza, quella vera, è come una rosa che si poggia sulle tante spine pungenti che emergono nel corso dei processi e rischiano di increspare le acque più di sangue che di quiete. Immaginate una finestra che si spalanca di colpo in un’aula piena di tensione, pressione e afa, tanta afa, e rinfresca le menti, i fiati tesi, allarga il panorama visivo del giudice che avrà così modo di respirare. Di prendere una boccata di verità. Ogni testimonianza deve essere letta in un quadro più ampio,naturalmente, come fonte per la ricostruzione storica dei fatti, ma non come unico elemento sul quale basare le indagini o l'esito del processo, attivando una serie di riscontri e verifiche incrociate, affinché la testimonianza possa essere confermata da altre risultanze o che sia essa a confermare altre prove e non costituire l'unico elemento fondante del giudizio. E' chiaro il contributo della figura del testimone all'interno del processo penale. Egli con la verità contribuisce a sciogliere la matassa, contribuisce anche a porre in essere questioni che precedentemente a quella narrazione nessuno si era posto,a creare dunque dei grovigli dai quali emergono incompatibilità e incoerenza. Queste ultime non necessariamente

turbano il corso del fiume, anzi il turbamento avviene ma è un arricchimento. E' la certezza che la giustizia per venire in essere quanto più pura, non sceglie percorsi semplici, al contrario, da ascolto a più voci, siano esse pro o contro, il sereno. Per chiarire meglio il mio pensiero, riporto una frase di Nathaniel Hawthorne:

“Qualsiasi fatto viene stabilito meglio da due o tre buone testimonianze che da un migliaio di discussioni.”

In ultima battuta voglio lanciare giusto una piccola riflessione che porterebbe ad aprire discussioni indubbiamente interessanti ma che mi porterebbero fuori dalla mia analisi circoscritta alla quale devo mantenere fede.

1.2. La verità, profili critici

La testimonianza è la conseguenza di un percorso complesso che passa attraverso una serie di fasi successive nelle quali si inseriscono una serie di fonti di distorsione, di natura fisica e psicologica.¹

La memoria, o più precisamente la funzione mnestica, non è un processo meccanico o automatico, stabile a parità di contenuti o classi di stimoli, ma è un processo legato a molti fattori, sia cognitivi sia emotivi, e come un processo eminentemente attivo. Quindi si configura come un percorso di ricostruzione e concatenamento di tracce piuttosto che come un semplice immagazzinamento in uno statico spazio mentale.²

La verità, oltre che di fatto imprescindibile, si mostra come intrinsecamente connesso alle dimensioni più profonde dell'esistenza umana...

“ I processi dimostrano lo scarso valore della testimonianza umana”.³

La testimonianza è la conseguenza di un percorso molto complesso che passa attraverso una serie di fasi successive agli eventi, nelle quali si inseriscono una serie di fonti di distorsione, di natura fisica ma soprattutto psicologica.

¹ G. Gulotta, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè, Milano, 1986.

² M. Mancini, *La testimonianza*, pubblicato il 25/09/2008, in www.diritto.it.

³ Paul Burlat, *Pensieri*, 1919.

In essa si innesta la capacità che ha l'uomo di falsificare il ricordo, in maniera volontaria o incosciente. Siamo capaci di mentire credendo in buona fede di dire il vero?

La memoria essendo un processo soprattutto emotivo e attivo, si configura come un percorso di ricostruzione e concatenamento di tracce piuttosto che come un semplice immagazzinamento in uno statico spazio mentale.

Come insegnano i padri della psicologia giuridica, la testimonianza possiede sempre una parte di verità oggettiva e un'altra parte di costruzione soggettiva, che si unisce o si sovrappone alla parte oggettiva o vi si sostituisce, totalmente o parzialmente in maniera conscia o inconscia. Questi elementi devono essere verificati di caso in caso, in relazione al tipo di persona che testimonia e al suo coinvolgimento. E in base a questa ultima considerazione è evidente la risposta alla mia domanda. Sì. Siamo capaci di mentire inconsciamente. E' necessario quindi depurare la verità dalle incrostazioni mentali, emotive, psicologiche, esterne, che si depositano nel corso del tempo trascinando con sé i fatti veri, concreti, reali, che impossibilitati di venire a galla per intero, si disfano, e ci arrivano così frammenti di verità impuri, dei quali i testimoni vantano di essere gli unici depositari.

Molti studi hanno dimostrato che le prestazioni della memoria migliorano con il passare degli anni fino al raggiungimento dell'età adulta e quindi, in teoria, la capacità testimoniale dei minori non dovrebbe essere del tutto sviluppata, tuttavia altri studi hanno dimostrato che se è vero che i minori ricordano meno degli adulti, in compenso, commettono meno errori di tipo intrusivo.

Secondo alcune ricerche i bambini fino a nove anni sono migliori testimoni di quelli più grandi e dei giovani adulti se per interrogarli si usa la tecnica del ricordo libero. In genere, sono più precise le descrizioni dei fatti e meno quelle delle persone mentre sono inattendibili le loro valutazioni dell'età.

Tuttavia bisogna tener presente che i minori sono estremamente suggestionabili e confondono facilmente elementi reali ed elementi immaginari, a causa della fortissima capacità immaginativa che,

secondo Freud⁴ e Piaget⁵, mette seriamente in dubbio la capacità dei bambini di distinguere la realtà dalla fantasia. Con l'introduzione del nuovo Codice di Procedura Penale del 1988, e l'abbandono del vecchio sistema inquisitorio a favore del nuovo modello accusatorio, la prova testimoniale ha assunto un ruolo ancora più centrale nell'intero processo.

Le implicazioni di queste fonti di distorsione devono essere attentamente considerate e verificate caso per caso, in relazione alla persona che testimonia e al suo coinvolgimento, per valutare le distorsioni sull'attendibilità e sulla completezza della testimonianza, per comprendere che cosa accade nella mente di un soggetto che ricorda episodi cui ha assistito, o di cui è stato attore.

Per questo motivo ogni testimonianza deve essere letta in un quadro più ampio, come fonte per la ricostruzione storica dei fatti, ma non come unico elemento sul quale basare le indagini o l'esito del processo, attivando una serie di riscontri e verifiche incrociate, affinché la testimonianza possa essere confermata da altre risultanze o che sia essa a confermare altre prove e non costituire l'unico elemento fondante del giudizio.⁶

Ma la domanda è: i giudici fanno affidamento dei testimoni, si fidano di loro, ma i testimoni mantengono fede alla loro verità?

Finisco con un passo del **Esodo**, Antico Testamento, VIV sec a.e.c, che trovo quanto più attuale, come un buon consiglio umano più che legale, per chiunque sia chiamato a fare il testimone in un processo.

“Non spargerai false dicerie; non presterai mano al colpevole per essere testimone in favore di un'ingiustizia. Non seguirai la maggioranza per agire male e non deporrai in processo per deviare verso la maggioranza, per falsare la giustizia”.

⁴ S. Freud, *Gesammelte Werke*, Standard Edition, London, 1966 nella traduzione Italiana S. Freud, *Opere*, 12 volumi, Boringhieri, Torino, 1966-1980.

⁵ J. Piaget, *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*, Alcan, Paris, 1926.

⁶ M. Massimiliani, *La testimonianza*, pubblicato dal 25/09/2008, <http://www.diritto.it/docs/26595latestimonianza>

1.3. La testimonianza disciplinata dal codice di procedura penale.

Consideriamo adesso la testimonianza su un livello più teorico. Come disciplinata dal codice di procedura penale, tra i mezzi di prova, art (194-243) C.P.P.

Mentre il testimone ha l'obbligo penalmente sanzionato di presentarsi al giudice e di dichiarare la verità, la norma parla di verità, e da ciò ricaviamo che il testimone non è un soggetto libero di esprimere qualunque pensiero, né di ricorrere a narrazioni fantasiose e creative, anche se questo purtroppo succede e lì interviene la violazione per falsa testimonianza. In linea teorica egli è obbligato ad attenersi ai fatti sui quali la sua deposizione verte. Egli compie così un'azione. Mette in moto una serie di conseguenze che si riverseranno non solo sulla sua persona ma sull'intero processo penale.

Per contro l'imputato, quando si offre all'esame incrociato, non ha l'obbligo di presentarsi , né l'obbligo di rispondere alle domande, né l'obbligo di rispondere secondo verità. Gli obblighi del testimone sono:

- obbligo di presentarsi davanti al giudice, se non adempie il giudice può ordinare il suo accompagnamento coattivo a mezzo della polizia giudiziaria;
- obbligo di attenersi alle prescrizioni date dal giudice per esigenze processuali;
- obbligo di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte, se tace ciò che sa, afferma il falso o nega il vero commette il delitto di falsa testimonianza.
- Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.

1.4. La facoltà di astensione dal testimoniare dei prossimi congiunti all'imputato o indagato. Considerazioni

Il legislatore della riforma, con la modifica dell'articolo 249 del C.P.C., ha inteso adeguare anche formalmente- le disposizioni civilistiche in materia di facoltà di astensione dal teste con quanto previsto dal codice di procedura penale vigente. E, infatti, se il codice di procedura civile del 1940 richiamava in via ricettiva quanto previsto in materia di astensione del teste nel codice di procedura penale del 1930, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale D.P.R. n. 447/1988- il rinvio numerico alle norme del codice Rocco era divenuto "obsoleto" . In realtà, trattandosi di rinvio mobile, già prima della riforma in commento al testimone chiamato a deporre nel procedimento civile erano riconosciute le facoltà di astensione previste dagli articoli 200, 201 e 202 del C.P.P. del 1988 in cui erano confluite le disposizioni di cui ai vecchi articoli 351 e 352 del C.P.P. del 1930.

Deve, peraltro, registrarsi che, anche all'indomani della riforma del codice di procedura civile persiste un difetto di coordinamento tra la rubrica dell'articolo 249 C.P.C. "facoltà di astensione del teste" e la disciplina nel concreto dettata dalle norme processuali penali: solo in materia di segreto professionale -200 C.P.P.⁷- al teste è riconosciuta la facoltà di astensione

⁷ Articolo 200 c.p.p. Segreto professionale: *"Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria: A) I ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; B) Gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici ed i notai; C) I medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; D) Gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale. "Il giudice sia motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga. Le disposizioni previste dai commi uno e due si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni.*

mentre in materia di segreto di ufficio -201 c.p.⁸- e di segreto di Stato -202 C.P.P.⁹- il testimone ha un vero e proprio obbligo di astenersi dal deporre. Al di là delle discrasie formali e di lessico utilizzato, qualora il testimone chiamato a deporre nel procedimento civile abbia ad opporre un segreto di ufficio o un segreto di Stato, quest'ultimo non ha una mera facoltà bensì il dovere di astenersi da deporre. Quanto, poi, alla rilevabilità della ricorrenza di una delle ipotesi di facoltà-obbligo del testimone deve ritenersi che il giudice non sia tenuto ad informarne i testi ma che questi ultimi, per potersi astenere, debbano dichiararlo in concomitanza con l'impegno assunto ai sensi dell'articolo 251 C.P.C. o, comunque, prima di deporre sulle domande concernenti i fatti coperti da segreto. Deve da ultimo osservarsi come la novella del 2009 abbia escluso che ai testimoni chiamati a deporre nel procedimento civile siano riconosciute le facoltà di astensione previste dall'articolo 199 C.P.P. per i prossimi congiunti¹⁰. Se infatti il mancato coordinamento tra il codice di procedura civile del 1940 ed il codice di procedura penale del 1988 poteva fondare interpretazioni ermeneutiche volte a garantire anche ai prossimi congiunti chiamati a deporre in sede civile la facoltà di astensione, il dato letterale introdotto dalla legge 69 del 2009 risolve ogni dubbio in proposito ed, a contrario, vincola il prossimo

⁸ Articolo 201 c.p.p. Segreto d'ufficio: *“Salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria, i pubblici ufficiali i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti.”*

⁹ Articolo 202 c.p.p. Segreto di Stato: *“I pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti da segreto di Stato. Se il testimone oppone un segreto di Stato, il giudice informa il presidente del consiglio dei ministri, chiedendo che ne sia data conferma. Qualora il segreto sia confermato e la prova sia essenziale per la definizione del processo, il giudice dichiara non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato. Quando entro 60 giorni dalla notificazione della richiesta, il presidente del Consiglio dei Ministri non dia conferma del segreto, il giudice ordina che il testimone deponga.”*

¹⁰ Articolo 199 c.p.p. Facoltà di astensione dei prossimi congiunti: *“i prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato. Il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. Le disposizioni dei commi uno e due si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale: A) A chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; B) Al coniuge separato dell'imputato; C) Alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato.”*

congiunto a sottoporsi all'esame testimoniale. La bontà di quest'opzione interpretativa, fondata su argomentazioni a contrario, trova avvallo e conferma anche in recenti pronunce della Corte Costituzionale ¹¹che, nel ribadire la piena autonomia che contraddistingue il procedimento civile da quello penale, ha ritenuto che le differenze di disciplina tra i due sistemi processuali non siano di per loro foriere di violazioni del principio di eguaglianza.

Per conseguire la mia analisi mi soffermerò sull'art. 199 c.p. che mi permetterà di trarre la *ratio* della deroga di testimonianza.

Finora ho elogiato il ruolo del testimone, ho anche detto che egli è obbligato per legge a deporre, ma la legge con grande lungimiranza ha previsto che questo obbligo sarebbe stato in determinati casi folle e controproducente. Obbligare alla testimonianza una persona legata da vincoli di sangue all'imputato avrebbe leso altri diritti che il nostro ordinamento ha ben pensato di tutelare, la *ratio* è semplice.

L'inaffidabilità di dette testimonianze sarebbe stata più accentuata e altamente probabile, e comprensibile da un punto di vista umano. E' chiara la collisione ad alta tensione tra i vari diritti in gioco da tutelare. La giustizia a mio parere, non ha interesse ad avere una bilancia che penda in modo preponderante su una parte per potersi dire soddisfatta. La giustizia, ha semmai interesse a raggiungere un buon equilibrio. L'equilibrio tra torto e ragione, è la ragione che per potersi affermare tale deve necessariamente dialogare con il torto, rinunciare alla sua posizione di peso sulla bilancia per un fine più alto, scendere nel profondo delle cose, andare incontro a ciò che rischia di inficiare la sua validità.

Così l'art 199 C.P.P. è una sorta di bilanciamento equilibrato, disciplina la facoltà di astensione dei prossimi congiunti.

La facoltà di astensione dal testimoniare dei prossimi congiunti è disciplinata dall'art. 199 del C.P.P. così al 1° comma: "I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo

¹¹ Vedi Corte cost., ord. 9 aprile 2009, n. 113.

congiunto sono offesi dal reato". Per l'individuazione dei prossimi congiunti dell'imputato o della persona sottoposta ad indagini preliminari, l'art. 199 c. p. p. rimanda all'art 307 c. p. di cui fa espressa menzione.

Secondo quest'ultimo, "s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti".

Oltre a questo elenco tassativo previsto per legge tale norma include anche chi è legato all'imputato da vincolo di adozione, non operandosi alcuna distinzione tra l'adozione di minori d'età e quella di maggiorenni. Nel silenzio della legge si ritiene che entrambe le ipotesi siano da ricomprendere nella previsione legislativa.

L'adozione non recide i legami con la famiglia d'origine, chi è adottato da altri non può essere obbligato a deporre neppure contro il proprio congiunto "naturale". Sorprende che non si rinviene, nessun richiamo nell'art. 199 c. p. p., all'affido familiare che è caratterizzato da legami affettivi non meno coinvolgenti di quelli dell'adozione. L'art. 199 cod. proc. pen. si applica, infine, limitatamente ai fatti appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale, anche a: 1) colui che pur non essendo coniuge dell'imputato, conviva o abbia convissuto con esso; 2) al coniuge separato dell'imputato; 3) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato.

In questo elenco si rinviene la ragione della esclusione di quei soggetti seppur non legati stabilmente con l'imputato o l'indagato hanno avuto dei legami affettivi in passato. Una sorta di tutela degli "effetti d'affetto" che non decadono dopo un certo periodo, perché gli affetti umani sono caratterizzati da sentimenti particolarmente intimi che perdurano nell'animo delle persone anche se esse non convivono o non siano più sposate.

E' di fondamentale importanza, ricordare la decisione - in tema di convivenza di fatto - della Corte d'Assise di Torino (19/11/93), la quale ha assimilato, come presupposto della facoltà di astensione dal testimoniare, la convivenza tra soggetti omosessuali a quella tra soggetti eterosessuali, ravvisando anche

nella prima la situazione psicologica determinata dal vincolo affettivo da cui trae fondamento l'art 199 c. p. p.

E' utile soffermarsi su questo punto e mettere in luce l'importanza di tale decisione che risponde perfettamente ad un bisogno sociale. La società è in continua trasformazione, muta con il passare del tempo, e così anche i giudici sono chiamati ad aggiornare le loro posizioni, le loro decisioni, in virtù di nuove esigenze legalmente riconosciute.

Secondo la Corte d'Assise di Torino, infatti, gli elementi essenziali del rapporto di coniugio vanno identificati nell'esistenza di un legame affettivo stabile che includa la reciproca disponibilità ad intrattenere rapporti sessuali. Elementi che non risultano esclusi dalla sola uniformità di sesso fra le persone in relazione, per cui quando essi sono presenti in una convivenza more uxorio¹² tra persone dello stesso sesso, consentono al testimone di astenersi dal deporre nel procedimento nei confronti del convivente imputato.

1.5. Segreto domestico

*“In tutte le culture, la famiglia imprime ai suoi membri personalità. L'esperienza umana dell'identità ha due elementi: il senso di appartenenza e la sensazione di essere separati. Il laboratorio in cui questi ingredienti sono miscelati e distribuiti è la famiglia, la matrice dell'identità”.*¹³

L'ambito familiare costituisce un luogo privilegiato, l'ambiente originario di apprendimento all'interno del quale da un lato avviene una forma primitiva di socializzazione attraverso la trasmissione di norme e valori collettivi e dall'altro ha inizio il percorso di formazione identitaria del singolo soggetto.

In parole brevi *“Siamo degli esiliati della nostra infanzia, indorata di ricordi e sensazioni mai più ritrovate, di immagini idealizzate di genitori ormai*

¹² Perfettamente coerente con tali assunti, una decisione di merito che ha considerato applicabile la facoltà di astensione anche al convivente omosessuale dell'imputato ex art. 199 c.p.p., comma terzo, lettera a. Ordinanza Corte d'Assise di Torino, 19 novembre 1993, Beckir, in *Cass. Pen.*, 1994, pag. 777.

¹³ S. Minuchin, *Famiglie e terapia della famiglia*, 1974.