

CROSS EXAMINATION: UN BILANCIO E UN (TENTATIVO DI) RILANCIO AD UN QUARTO DI SECOLO DALL'INTRODUZIONE DEL NUOVO CODICE DI RITO

di Luca Ponzoni

SOMMARIO: 1. Il controesame come tecnica: ragioni dell'indagine e ipotesi di lavoro – 2. Dal controesame inutile, dannoso o disastroso al controesame riuscito: uno sguardo alla prassi – 2.1. Controesame inutile – 2.2. Controesame dannoso – 2.3. Controesame disastroso – 2.4. Controesame riuscito – 3. L'unica regola assoluta del controesame: definire lo scopo – 3.1. Lo scopo del controesame: raccontare una storia – 4. Come ottenere le risposte volute: il controllo del testimone attraverso le domande suggestive – 4.1. La preparazione di un controesame – 4.1.1. Origini di un insuccesso annunciato e di un successo prevedibile (mai scontato) – 4.2. Come formulare le domande suggestive: chiare, brevi, una per fatto – 4.3. Come ordinare la sequenza delle domande: un ulteriore strumento per raccontare in modo efficace la propria storia – 5. L'unica conclusione è che siamo solo all'inizio

1. Il controesame come tecnica: ragioni dell'indagine e ipotesi di lavoro.

Tutti gli autori che si sono occupati di cross-examination (una volta per tutte, "cross-examination" nei sistemi di *common-law*¹ significa "controesame", non "esame incrociato", ed è di controesame che si parlerà in questo intervento) hanno ricordato la celeberrima frase di John Henry Wigmore²: «la cross-examination è il più grande motore giuridico mai inventato per la scoperta della verità»³; quasi nessuno, però, continua citando il prosieguo della frase: «Puoi fare tutto con una baionetta, eccetto sedertici sopra. Un Avvocato può fare tutto con il controesame se è sufficientemente abile da non impararci la propria causa»⁴.

¹ Per un rapido quadro sul concetto di *common Law* si veda, tra gli altri, G. SAMUEL, *A Short Introduction to the Common Law*, Northampton, 2013.

² J. H. WIGMORE, *Evidence in Trials At Common Law*, Boston, 1983, p. 1367. In tutti i casi in cui la fonte è citata in nota in lingua inglese, la traduzione è ad opera dell'autore.

³ Sul punto diversi Autori sostengono che l'efficacia della cross-examination per la scoperta della verità sia fondata proprio sull'affermazione di Wigmore anziché su evidenze empiriche; per la relativa bibliografia si veda C. W. SANCHIRICO, "What Makes the Engine Go": *Cognitive limits and Cross-Examination*, in *Widener law review*, 14/2009, pp. 507 ss.

⁴ Tra gli infiniti possibili riferimenti, il seguente della Suprema Corte degli Stati Uniti *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), appare particolarmente interessante: «il diritto di confrontarsi con il proprio accusatore è un concetto che risale all'epoca Romana. Ma la fonte immediata del concetto per la generazione dei fondatori fu la common Law. La common Law inglese per lungo tempo è stata diversa dalla legge civile (dell'Europa) continentale con riguardo al modo in cui i testimoni rendevano la propria

A venticinque anni esatti dall'introduzione in Italia del nuovo Codice (approvato il 22 settembre 1988, ne era prevista la vigenza un anno dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, avvenuta a dicembre '88), siamo quasi assuefatti ad entrare in un'aula di udienza dibattimentale ed ascoltare una libera interlocuzione tra giudice, accusa, difesa e testimone (o consulente, o perito)⁵.

Capita di assistere, se non di partecipare, a scansioni tipo: esame, controesame, riesame, di nuove domande del giudice, di nuove domande delle parti in ordine sparso e a volte anche l'avvocato all'ultimo secondo, mentre il testimone si sta alzando: «Presidente, posso l'ultima?»; anche il modo in cui sono formulate le domande è spesso indifferente, che si sia in esame o in controesame⁶⁻⁷.

L'obiettivo del presente lavoro – sia chiaro fin d'ora – non è quello di suddividere tra magistratura e avvocatura colpe, passate e presenti, per la situazione descritta.

Si vuole, al contrario, tentare di fornire, recuperandoli da contesti in cui la riflessione è inevitabilmente più avanzata, strumenti per l'autocorrezione con l'augurio che ciò possa contribuire a generare una spirale virtuosa.

Per far ciò è opportuno accennare ad alcuni fattori che, ad avviso di chi scrive, certamente hanno contribuito all'attuale «stato dell'arte»⁸.

Se oltreoceano annotano che «tutti gli abili controesaminatori (...) sono stati istruiti da qualcuno. Nel foro c'è una genealogia di abilità acquisite»⁹, in Italia è mancata una generazione “scorsa” di maestri¹⁰: nel momento in cui il controesame è

testimonianza nei processi. La tradizione di common-Law è quella di una testimonianza dal vivo, in corte, soggetta alla verifica avversaria».

⁵ Già nel 1997 G. CAROFIGLIO, *Il Controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, Milano, 1997, p. 4: «È invece un dato di fatto quotidianamente verificabile nelle nostre aule di giustizia, la diffusa inadeguatezza di molti, fra avvocati e pubblici ministeri, nel maneggio degli strumenti dell'assunzione orale della prova e, in particolare, nella pratica della cross-examination» (che l'autore intende come “esame incrociato”).

⁶ Cfr. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2005, p. 157, ancora più interessante se posto a confronto con quanto molto ragionevolmente affermato dalla stessa Autrice nel 1988, rivelatosi erroneo solo con il senno del poi: «In clima accusatorio le regole dell'escussione sono interpretate con estremo rigore e durante l'esame vi è un continuo e pressante controllo di una parte sull'altra. Se il *prosecutor* o il difensore pongono una domanda che viola una regola dell'escussione, la controparte solleva obiezione (*objection*) e spetta al giudice decidere immediatamente se accettarla o respingerla» in L. DE CATALDO DEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988, p. 344, profetiche invece le conclusioni: «difficile che il nuovo sistema possa funzionare se gli addetti ai lavori non sono preparati ad adoperarlo. Dopo tutto, a qualificare il processo non è tanto o solo la legge, ma anche e soprattutto il costume e la competenza di chi vi partecipa».

⁷ Si veda E. AMODIO, *Le mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, p. 186.

⁸ Così C. BOVIO, *Esame, controesame e convincimento del Giudice*, in A. TRAVERSI (a cura di) *Arte della persuasione e processo*, Milano, 1998, p. 83: «Invero se esaminiamo nei verbali di causa le domande che vengono poste a imputati, testimoni o consulenti, ci accorgiamo dei gravissimi limiti di noi avvocati italiani. Si tratta di un'esperienza “sconvolgente”, quasi umiliante».

⁹ P. M. BROWN, *The Art of Questioning Thirty Maxims of Cross-Examination*, Clark, 2007, p. 8.

¹⁰ Ancora C. BOVIO, *Esame, controesame...*, cit., p. 81: «Noi avvocati, prima della riforma, eravamo dei (modesti) critici letterari che, una volta costruito tutto l'impianto scenico da altri e recitato dai protagonisti il copione, alla fine di tutto redigevamo una “recensione” e la prospettavamo al giudice. Una mattina, invece, ci siamo dovuti “svegliare” attori e coreografi. Ora siamo chiamati ad inventare trama, scena

stato introdotto, nel 1988, nessun avvocato e nessun magistrato, inevitabilmente, aveva mai controesaminato (o assistito ad un controesame) in un'aula d'udienza italiana e la riflessione teorica non era materia di interesse diffuso¹¹.

D'altro canto non si è verificato il «trasferimento di schemi, tecniche e strategie, nate dall'esperienza giuridica angloamericana, nel nostro processo penale»¹².

La riflessione ha così finito di fatto per confinare la capacità di controesaminare alla categoria delle abilità innate. Francis Wellman nel 1903 ha scritto un libro¹³, considerato il fondamento storico dell'elaborazione teorica nordamericana sulla cross-examination, intitolato "L'arte della cross-examination", in Italia Guglielmo Gulotta definisce la cross-examination «un'arte scientifica»¹⁴.

La cross-examination, al contrario¹⁵, è una disciplina con regole, principi, teorie proprie che possono e devono essere analizzate, studiate, insegnate e imparate, non prima, ma parallelamente al suo concreto esercizio¹⁶.

La cross-examination come tecnica che ha come premessa un concetto semplice e fondamentale e cioè che il modo in cui è formulata la domanda ne influenza la relativa risposta¹⁷.

Un fraticello chiede al Superiore: «Padre, è consentito fumare mentre si sta pregando?», «Assolutamente no, non si possono introdurre distrazioni durante il dialogo con Nostro Signore».

Un altro fraticello si rivolge al Superiore: «Padre, è consentito pregare mentre si sta fumando?», «Ma certo figliuolo, qualunque cosa si stia facendo è bene tenere aperto il dialogo con Nostro Signore»¹⁸.

battute e non dobbiamo più esporre la sintesi ed il commento di quanto recitato dai protagonisti, ma dobbiamo intervenire per far loro raccontare la vicenda, dobbiamo introdurre e costruire la recita: frasi, toni, sketches, interi atti di questa umana commedia».

¹¹ Così E. AMODIO: «nella nostra tradizione, pur ricca di volumi che raccolgono arringhe celebri, manca del tutto una letteratura in cui le strategie e le tecniche dell'udienza messe a punto dai maestri del foro sono trasmesse ai colleghi più o meno giovani»,; nell'introduzione all'edizione italiana di M. STONE, *La Cross-Examination strategie e tecniche*, Milano, 1990, p. XXIII.

¹² Ne parlano C. DI MARTINO-T. PROCACCINI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 2010, p. 249, ritenendo che il trasferimento sia avvenuto.

¹³ F. L. WELLMAN, *L'Arte della Cross-examination*, Milano, 2009.

¹⁴ Si veda il titolo dell'opera di G. GULOTTA, *Le 200 regole della cross-examination – Un'arte scientifica*, Milano, 2011.

¹⁵ R. BLACK sul suo blog, consultabile alla pagina web <http://www.royblack.com/blog/cross-examination-the-sympathetic-yet-deadly-witness/#sthash.JChwqMhd.dpuf>: «Non c'è arte nella cross-examination; è una tecnica. Una tecnica difficile da possedere, ma nondimeno una tecnica. Non c'è ragione per elevarla a forma d'arte se non quella di impressionare in maniera scorretta i non-iniziati. Ho speso la mia carriera di docente nell'insegnare la tecnica della trial-advocacy e so che non esistono avvocati da processo geneticamente dotati. Sono plasmati, non nati come Mozart capaci di suonare una sinfonia in udienza. È una tecnica che come tutte le altre tecniche del processo viene appresa attraverso lo studio e la pratica».

¹⁶ «Se i principi su cui dovrebbe fondarsi la cross-examination non sono compresi e adottati come basi, è peggio che inutile e diventa uno strumento contro colui che la impiega» così W. BALLANTINE, *Some experiences of a barrister's life*, Londra, 1883 p. 50.

¹⁷ Cfr. G. GULOTTA, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 219.

¹⁸ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 157.

L'ipotesi di lavoro è che il possesso delle coordinate metodologiche del controesame consenta di sostituire l'adagio secondo cui «il migliore controesame è quello che non si fa»¹⁹, con «tutti possono fare un buon controesame sapendo come».

Il contenuto, pertanto, delle pagine che seguono è costituito dall'illustrazione dei principi fondamentali della disciplina, o se si vuole della tecnica – intesa come disciplina del fare –, del controesame: perché, cosa, come e quando domandare al testimone (o consulente) di parte avversaria.

Saranno invece date per scontate le norme codicistiche sull'esame testimoniale, ricche in realtà di spunti di sicuro interesse e così pure l'etica e la deontologia del controesame²⁰, estranee all'obiettivo di questo lavoro, tenendo però un fondamentale punto fermo: «qualsiasi artificio, sotterfugio o disonestà risulterà distruttivo sia per la causa del controesaminatore sia per lo stesso contro esaminatore»²¹.

La "base" dell'elaborazione è costituita dall'approfondimento degli spunti offerti dai pochi maestri che in Italia su questo argomento si sono spesi e soprattutto la scoperta di copioso materiale dal mondo di *common-law* che si ritiene possa essere utilizzato per le finalità del nostro contesto giuridico, pur così diverso da quello di origine.

Si è cercato di ovviare al limite intrinseco allo strumento del testo scritto nell'approccio ad una disciplina spiccatamente pratica cercando di documentare le proposte metodologiche quanto più possibile attraverso esempi tratti dall'esperienza processuale, non solo nord-americana, ma anche italiana, persino personale, dalla letteratura e dal cinema.

2. Dal controesame inutile, dannoso o disastroso al controesame riuscito: uno sguardo alla prassi.

Una prima dimostrazione empirica di quanto si vuole qui sostenere si può rinvenire in tre esempi di controesame, tratti dalle trascrizioni di due udienze dibattimentali di processi italiani e da un caso statunitense. Sono stati classificati e ordinati in senso crescente (in termini di effetti negativi per le ragioni del controesaminatore) come «controesame inutile», «controesame dannoso», «controesame disastroso».

Alla fine si mostrano tre esempi di controesami riusciti.

¹⁹ Cfr. E. RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, Giuffrè, 2008.

²⁰ Per un approfondimento sul punto si veda C. BOVIO, *Immagine e deontologie della Cross Examination*, in *Archivio Nuova Procedura Penale*, 1992, pp. 161-166, nonché D. CARPONI SCHITTAR, *Modi dell'esame e del controesame*, Milano, 2001, p. 59. Un'analisi molto interessante sugli effetti nocivi delle domande scorrette è sviluppata in S. M. KASSIN-L. N. WILLIAMS-C. SAUNDERS, *Dirty tricks of Cross-Examination: The Influence of Conjectural Evidence on the Jury*, in *Law and Human Behavior*, 1990, pp. 373-384.

²¹ [A. W. STREET, *The Art of Cross Examination*](#), discorso rivolto alla Polizia del Nuovo Galles del Sud (Australia), consultabile sul sito www.sevenwentworth.com.au.

2.1. Controesame inutile.

Il primo è un esempio di *controesame inutile*, categoria molto ampia di controesami, in cui, in sostanza, il difensore si limita a far ripercorrere il contenuto dell'esame (ove mai il Giudice non avesse ben chiare le dichiarazioni già rese dal testimone di parte avversa) nella vana speranza che salti fuori qualcosa da poter sfruttare. Il fatto che sia "inutile" *ex ante* non garantisce affatto che non si riveli dannoso *ex post*, se non altro perché i giudici considerano, giustamente, molto prezioso il loro tempo²²: l'avvocato che ne provoca inutile dispendio è automaticamente destinato a perdere di credibilità.

L'accusa era relativa ad un episodio di tentata violenza sessuale.

AVVOCATO: Io vorrei avere alcuni chiarimenti. Allora innanzitutto lei ha riferito poco fa al Pubblico Ministero relativamente ai fatti occorsi nella notte tra il 9 e il 10 del mese di marzo del 2013, di essere entrato nella stanza della signora Caia e ha riferito che la luce alla testata del letto della signora era accesa.

TESTIMONE: Sì.

AVVOCATO: Okay, allora io le contesto che nel verbale del 17 marzo davanti ai Carabinieri lei ha riferito di testualmente: "Sono entrato nella camera, ho acceso la luce sulla testata del suo letto". Ora, ricorda se era accesa, era spenta?

TESTIMONE: Allora, premettendo che io davanti a quella scena ho avuto paura, quindi io dopo aver fatto mente locale dopo un paio di giorni mi ricordo che la luce era accesa, quella della testata del letto.

AVVOCATO: Era per capire, perché lei riferisce un fatto e poi successivamente invece esattamente il contrario.

PRESIDENTE: Ha fatto mente, locale è stato chiarissimo. Andiamo avanti.

AVVOCATO: Lei dice di essere entrato nella stanza, posso chiederle se la porta era aperta o chiusa della stanza?

TESTIMONE: Era aperta.

AVVOCATO: Relativamente alla scena successiva che lei vede, chiedo scusa se gliela faccio ricordare ancora una volta, successivamente... lei compie questa operazione, si sposta verso la signora, la tenda che ci ha descritto prima era?

TESTIMONE: Chiusa.

AVVOCATO: Chiusa che cosa vuol dire?

TESTIMONE: C'era, c'era la tenda.

AVVOCATO: Era tirata quindi.

TESTIMONE: Era tirata.

AVVOCATO: E la luce centrale della stanza era spenta.

TESTIMONE: Sì.

AVVOCATO: Lei si sposta e trova l'imputato con i pantaloni abbassati e le mutande abbassate.

²² «Ma ora che tutto è di dominio pubblico (...) l'oratoria ha bisogno di metodi nuovi e ricercati, con l'aiuto dei quali l'oratore possa evitare la noia in chi ascolta e specialmente nei giudici (...) che non accettano che sia lui a dettare i tempi ma li stabiliscono loro e lungi dall'attendere che l'oratore si decida a parlare della vicenda in questione, lo ammoniscono di continuo e lo richiamano quando divaga, protestando di avere fretta» PUBLIO CORNELIO TACITO, *Dialogus de Oratorijs*, 100 d.c. (circa), (traduzione a cura dello scrivente).

TESTIMONE: E il pene visibile.

AVVOCATO: Il pene visibile. Prima il Pubblico Ministero le ha chiesto se in erezione o meno, non ho capito la...

L'espedito è davvero modesto, non solo perché è del tutto evidente che l'avvocato ricordava benissimo la risposta data al PM, ma soprattutto perché si ritorna nuovamente sul fatto, saliente per l'accusa, del pene visibile.

TESTIMONE: No, non era in erezione.

AVVOCATO: Quindi vede questa scena e che cosa dice all'imputato?

TESTIMONE: «Che cosa stai facendo, io ho visto...» lui comunque si è subito alzato i pantaloni, perché anche lui era spaventato, quindi... io anche perché una scena del genere l'ho vista... pensavo nei film o al telegiornale quindi tremavo per la paura, le gambe tremavano le posso assicurare. Io ho detto all'imputato «cosa stai facendo, ho visto», lui si è subito rivestito...

Qui è il Presidente a soccorrere l'avvocato che ha messo tutto il suo per rendere oltremodo convincente la deposizione del testimone su cui è costruita l'accusa e poi la condanna del suo assistito.

PRESIDENTE: Sta ripentendo esattamente quello che ha detto, cerchiamo di non fare ripetere.

AVVOCATO: Chiedo scusa, ma è anche un mio testimone il...

PRESIDENTE: Ma questo non significa nulla. Lo so che è un suo testimone, ma è totalmente inutile fargli ripetere esattamente le cose già dette nel corso dell'esame.

Del resto Francis Wellman aveva previsto l'intervento del Presidente già nel 1903: «Il giudice che presiede il dibattimento e la cui più piccola parola ha peso ben maggiore di tutta l'eloquenza di un avvocato, con ogni probabilità interromperà più volte un controesame che si protrae nel tempo senza scopo apparente. E lo farà senza tanti riguardi, dicendo: "Avvocato, penso che stiamo perdendo tempo", oppure "Non le permetto di proseguire oltre su questo argomento", o magari "Non riesco a intravedere lo scopo di questo controesame"²³.

2.2. Controesame dannoso.

Di seguito si riporta un esempio di *controesame dannoso*, ripreso dallo stralcio dalle trascrizioni di un'udienza dibattimentale in un processo per maltrattamenti.

In questo caso è chiaro lo scopo perseguito dall'interrogante, cioè quello di diluire la portata offensiva dell'espressione utilizzata dal proprio assistito nei confronti

²³ F. L. WELLMAN, *L'Arte della Cross-Examination*, cit., p. 108. In proposito W. BALLANTINE, *Some experiences of a barrister's life*, cit., p. 50: «il continuare incessantemente a fare domande nella speranza di arrivare a qualcosa è troppo spesso un piano adottato dagli Avvocati impreparati e il rumore è scambiato per energia».

di una anziana degente, collocandola in un contesto scherzoso, di cui il testimone aveva riferito in precedenza. Il modo utilizzato per raggiungere tale obiettivo è errato.

Così il controesame:

AVVOCATO: In fase di indagini lei ha fatto riferimento ad un episodio relativo alla anziana signora Caia con cui – sono Sue dichiarazioni – il mio assistito Tizio “stava scherzando”. Ora seppur sgradevole e di pessimo gusto, ma per capire le modalità di interazione tra Tizio e la signora Caia, ripeto seppure di pessimo gusto, ma erano più di uno scherzo o un’aggressione verbale che lei ricordi?

TESTIMONE: Tizio aveva un modo di scherzare sempre aggressivo verbalmente.

AVVOCATO: Perché appunto riferisce che vi è stata una sorta, come dire, anche la signora Caia rispose in quel momento? Per capire vi era un rimpallo scherzoso o era un’aggressione anche in questo episodio, riferito specificamente all’episodio della signora Caia?

TESTIMONE: Beh se lui dice alla signora Caia “fai i pompini”...

AVVOCATO: Certo infatti ho premesso di pessimo gusto, ma la signora Caia lo percepiva come uno scherzo o come un’aggressione?

TESTIMONE: Non penso proprio che lo percepisse come uno scherzo.

Come meglio si comprenderà nel prosieguo, più d’uno sono gli errori commessi dall’avvocato in questo caso. In primo luogo il difensore formula domande “a risposta multipla”, di cui non si vede su quali basi ritenga di potersi attendere la risposta favorevole (e infatti ne ricava “non uno scherzo ma un’aggressione verbale, non un episodio isolato, ma un costume “sempre aggressivo verbalmente”).

Inoltre il difensore rivolge al testimone dell’accusa – nella fattispecie uno dei fondamentali testimoni dell’accusa – un invito ad interpretare la “percezione” della vittima, nell’immotivata speranza di ricavarne una risposta favorevole, con il risultato di sentirsi rispondere: «Non penso proprio che lo percepisse come uno scherzo».

Frequente sottotipo del controesame dannoso è la richiesta rivolta al testimone di chiarire eventuali contraddizioni: l’avvocato non dovrebbe domandare di spiegare ma approfittare del vantaggio che la contraddizione può produrre nella discussione finale. Al contrario, il testimone richiesto di chiarire la contraddizione di norma troverà qualche spiegazione soddisfacente, anche se obbligato ad inventarla, o a correggere o a modificare quanto dichiarato.

2.3. Controesame disastroso.

Un ultimo esempio, questa volta si tratta di un *controesame disastroso*, svolto negli Stati Uniti.

È uno stralcio della cross-examination di una delle presunte vittime di abusi sessuali per i quali è stato processato e condannato Gerald Sundusky. È un caso che negli Stati Uniti ha avuto enorme risalto all’epoca dell’arresto nel 2011, dal momento che l’imputato, noto per essere stato per moltissimi anni assistente allenatore all’università della Pennsylvania, aveva fondato una organizzazione benefica per offrire ospitalità ai bambini orfani. Venne arrestato nel 2011, accusato di cinquantadue

episodi di molestie sessuali nei confronti di molte vittime minorenni, perpetrate nell'ambito di tale attività²⁴.

L'avvocato si muove senza scopo e con tecnica inadeguata, il risultato ne risente: così domanda ad uno dei giovani, ragazzino all'epoca dei fatti, presunta vittima degli abusi:

AVVOCATO: Non ci ha riferito che Jerry (l'imputato) la trattava come un figlio?

TESTIMONE: No. Mi trattava come un figlio davanti ad altre persone, al di fuori di quello mi trattava come la sua fidanzata.

Ricordate Wigmore quando parlava della baionetta?

2.4. Controesame riuscito.

Al contrario, il controesame può essere utilizzato in modo straordinariamente efficace. Di seguito un estratto dal controesame svolto da Michael Tigar nei confronti del "testimone collaborante" Fortier, nel processo a carico di Terry Nichols, accusato di aver partecipato al cosiddetto "Oklahoma Bombing"²⁵. Il controesame ha un duplice scopo: in primo luogo minare la credibilità del principale testimone d'accusa (che in esame aveva dichiarato di aver sentito dire da McVeigh, autore materiale della strage, che Nichols lo aveva aiutato); in secondo luogo evidenziare che Fortier, che aveva concluso con la Procura un accordo sulla base del quale non era accusato di partecipazione all'attentato, aveva di fatto offerto all'attentatore un contributo ben più significativo²⁶ di quello ipotizzato dall'accusa a carico dello stesso Nichols.

D: Buongiorno signore.

R: Buongiorno.

D: Il mio nome è Michael Tigar. Sono uno dei difensori nominati dal signor Terry Nichols.

²⁴ Al seguente link la documentazione del processo Commonwealth vs Sandusky: <http://centrecountypa.gov/index.aspx?NID=506>.

²⁵ Il 19 aprile 1995 l'allora ventiseienne Timothy McVeigh lasciò parcheggiato di fronte all'edificio federale chiamato Murrah, ad Oklahoma City un furgone Ryder preso a noleggio. Il veicolo era caricato con una bomba del peso di oltre 1.860 kg. fatta di barili di nitrato di ammonio mescolati a gasolio e nitrometano, con detonatori preparati per farla esplodere. McVeigh accese una miccia a tempo e se ne andò. L'esplosione devastò l'edificio, uccise 168 persone, ne ferì altre centinaia, e danneggiò molti altri edifici nelle vicinanze. Il movente di McVeigh è difficile da stabilire con precisione, ma era un fanatico di destra convinto che il governo americano fosse l'agente corrotto di una cospirazione internazionale intenzionata a privare gli americani delle loro libertà. McVeigh aveva un amico, Terry Nichols, incontrato inizialmente nell'esercito e con cui aveva vissuto per un periodo, nella fattoria della stessa famiglia Nichols nel Michigan.

²⁶ Il testo integrale del controesame e una analisi in M. TIGAR, *Huck Finn, The River and Trying your case*, intervento alla Convention annuale della BAR Association del Kentucky il 18 giugno 2014, consultabile alla pagina http://www.kybar.org/documents/cle/ac_material/ac2014_11.pdf

Lei ha raccontato un certo numero di storie diverse in merito a ciò che le è successo nell'Aprile del 1995, non è così?

R: Sì è così.

D: Voglio innanzitutto farle domande in merito a ciò che ci ha detto ieri e oggi e poi su quello che ha detto in altre occasioni. Lei ha sottoscritto un accordo con il Governo, è corretto?

R: Sì è corretto.

D: Lei non è accusato di aver partecipato all'attentato che ha portato all'esplosione dell'edificio Murrah, giusto?

R: Sì, è così.

D: Ora, ha testimoniato nel corso dell'esame che ha trascorso del tempo con gli avvocati del Governo per discutere gli argomenti su cui avrebbe deposto in Tribunale. È corretto?

D: Sì.

D: E ha detto di aver incontrato gli avvocati del Governo circa 25 volte?

(...)

D: Non è stato accusato di aver cospirato per far esplodere un edificio federale, no?

R: No.

D: E gli Stati Uniti sono consapevoli di tutto quanto, di tutti i fatti di cui abbiamo discusso oggi, no?

R: Sì.

D: Sono consapevoli che lei ha avuto nitrato di ammonio dal signor McVeigh, giusto?

R: Sì.

D: Sono consapevoli che McVeigh ha lasciato degli esplosivi a casa sua, giusto?

R: Sì.

D: Sono consapevoli che Mr. McVeigh poteva... ha vissuto in casa sua e poteva usare i suoi attrezzi, è corretto?

R: Sì.

D: Sono consapevoli che lui poteva usare il suo telefono?

R: Sì.

D: Sono consapevoli che McVeigh ha preso in prestito la sua auto?

R: Sì.

Q: Sono consapevoli che lei si è recato a Oklahoma City con McVeigh?

R: Sì.

D: Sono consapevoli che lei ha incartato gli esplosivi per il trasporto?

R: Sì ho avuto una parte in quello, sì.

D: Sanno che lei ha tentato di noleggiare un magazzino ad un nome diverso dal suo?

R: Sì.

D: Sanno che lei ha maneggiato armi che pensava fossero rubate?

R: Sì.

D: Sanno che lei ha diviso soldi con McVeigh in relazione alle armi?

R: Sì.

D: Sanno che lei voleva formare una sorta di milizia e che ha fatto dei passi in questo senso?

R: Sì.

(...)

D: Ora che lei siede qui, signore, lei teme che gli Stati Uniti decideranno di accusarla di aver cospirato per far esplodere un edificio federale?

R: No, signore, non lo temo.

D: Nell'accordo sottoscritto, si legge: "... o fa qualsiasi affermazione falsa o fuorviante agli investigatori o ai procuratori degli Stati Uniti o fa affermazioni false o fuorvianti, o commette qualsiasi spergiuro di fronte ad un Grand Jury o ad una Corte" lo vede?

R: Sì.

D: Ora, per quel che capisce, chi ha il diritto di decidere se lei ha commesso o no spergiuro e di perseguirla per questo?

R: Credo che sia il giudice.

D: Beh, signore, ha capito che spetta ai procuratori decidere se perseguire le persone?

R: Sì.

D: Sa che né io, né Mr. Woods, né Mr. Nichols abbiamo alcun potere di perseguirla se dovessimo ritenere che sta commettendo spergiuro?

R: Ne sono consapevole.

(...)

D: A pagina 5 del Suo accordo – vede – al paragrafo 65, Sezione 23, - scusi – Sezione 3553...

R Sì, dice che se io rispetto il mio obbligo con la Procura degli Stati Uniti, loro, a loro esclusiva discrezione – possono... chiedere al giudice che la mia pena sia ridotta.

D: Leggiamolo: "Se Mr. Fortier rispetta completamente tutti i suoi obblighi a norma del presente accordo" – questa è la prima parte, giusto?

D: Sì.

D: Uno dei suoi obblighi. Corretto?

R: Sì.

D: Ma la decisione se l'ha rispettato oppure no verrà presa dai Procuratori – giusto – per quegli scopi?

R: Sì.

(...)

D: Ora, noi leggiamo qui che Stati Uniti valuteranno le informazioni rese da Mr. Fortier. Lo vede?

R: Sì.

D: Che cosa significa valuteranno? Lei ha lavorato nel grande magazzino "Vero Valore", cosa significa per lei "valuteranno"?

R: Per me significa che gradueranno la mia cooperazione.

D: Mi scusi?

R: Valutare vuol dire graduare, considerare quanto sono stato utile.

D: E solo l'ufficio della pubblica accusa – ai sensi di questo accordo – potrà valutare il grado della sua cooperazione?

R: Sì.

D: E il Giudice deciderà (della pena, N.d.S.) sulla base di quello che diranno o non diranno?

R: Sì.

D: Quando è andato in prigione, il suo figlio più piccolo era già nato?

R: No signore.

D: Lo ha poi visto?

R: Sì.

D: Lei spera di poter tornare con suo figlio?

R: Sì.

D: Di tutte le cose del mondo, quella che considera più importante è essere di nuovo riunito con la sua famiglia?

R: Assolutamente!

D: E vuole che accada il prima possibile?

R: Sì.

D: E lei è un uomo che mentirebbe anche solo per avere una pistola, o no, signore?²⁷

R: Sì, l'ho fatto signore.

D: Non ho altre domande.

Di seguito lo stralcio delle trascrizioni di un processo celebrato in un Tribunale italiano in cui il Pubblico Ministero riesce nell'intento di demolire la credibilità del testimone della difesa, di fatto garantendosi una sentenza di condanna²⁸.

PM: Lei ci ha detto prima che il Bianchi voleva fare una truffa all'assicurazione. Ho capito bene?

Teste: Questo mi è stato riferito, dopo che lui ha fatto tutto.

PM: Certo, lei non si era reso conto di quello che Bianchi stava facendo?

Teste: Io ero all'oscuro di tutto.

PM: Dopo aver fatto la manovra questo delinquente le ha spiegato tutto, vero?

Teste: Mi ha detto la cifra che ha preso.

PM: Dall'assicurazione. Quindi si può dire che ha fatto una truffa all'assicurazione?

Teste: Esattamente.

PM: Lei che lavoro fa, signor Rossi?

Teste: Muratore.

PM: come è arrivato qui oggi?

Teste: In macchina.

PM: Che macchina ha?

Teste: Una Giulietta.

PM: Quando l'ha presa questa Giulietta?

Teste: Due anni fa.

PM: Lei cambia spesso macchina, signor Rossi?

Teste: Dipende.

PM: Da cosa?

Teste: Se mi piace una macchina, la cambio.

PM: Negli ultimi cinque, sei anni, quante macchine ha cambiato?

Teste: Non posso ricordarmelo.

PM: A occhio e croce, suvvia.

Teste: 3, 4.

PM: Va bene, io le faccio un elenco di macchine adesso, lei mi dice se sono sue o se sono state sue. Abbiamo un'Alfa Romeo 1300 CTI, targata FG... Le dice niente questa targa?

Teste: No.

PM: Strano. La macchina risultava immatricolata a lei. Una macchina sfortunata perché dai tabulati ANIA in mio possesso risulta che abbia fatto un bel po' di incidenti. Comunque sia, abbiamo un'Alfetta turbo diesel targata FG... Le dice niente questa targa?

Teste: Era un Duemila?

PM: Sì.

Teste: Sì era mia.

PM: Ha fatto incidenti stradali con questa macchina?

²⁷ In precedenza il controesaminatore aveva fatto ammettere al testimone di avere sottoscritto in più occasioni false dichiarazioni nella modulistica necessaria per acquistare armi da fuoco.

²⁸ G. CAROFIGLIO, *L'Arte del dubbio*, Palermo, 2007, p. 22.

Teste: Sì uno.

PM: Temo di doverla correggere perché qua, dai tabulati, ne risultano tre. Comunque andiamo avanti. Le ricorda nulla una Ford Escort cilindrata 1100, targa...?

Teste: Una Ford Escort ha detto?

PM: Già.

Teste: Sì

PM: L'ha avuta questa macchina?

Teste: Sì l'ho presa nuova.

PM: Ha fatto qualche incidente con questa macchina?

Teste: No, non mi sembra.

PM: è strano, a me risultano sei sinistri. Comunque andiamo avanti. Le dice nulla una Peugeot 305, cilindrata 1600, targa... le ricorda qualcosa?

Teste: No.

PM: Peccato. Ci risulta intestata a lei e ci risultano anche per questa sei sinistri. (e così via...).

È importante chiarire subito un punto: che il singolo controesame, o addirittura la singola domanda del singolo controesame decretino la vittoria del processo è un episodio eccezionale ed è quasi sempre un obiettivo non realistico; molto più spesso udienza dopo udienza, testimone dopo testimone, domanda dopo domanda, la prospettazione avversaria sarà indebolita e la nostra teoria del caso (traduzione dell'espressione anglo-americana "theory of the case") parallelamente rafforzata.

A volte, per tante ragioni – e prima fra tutte che capita anche di difendere i colpevoli (e di accusare gli innocenti) – non quanto basta per vincere il processo²⁹, ma tante altre sì, magari in Tribunale, magari in Corte d'Appello o in Cassazione, laddove "vincere il processo" non vuol dire necessariamente ottenere un'assoluzione completa, ma magari parziale, o una derubricazione, il riconoscimento di un'attenuante, una pena mite, o una limitazione del risarcimento e così via (e viceversa, per la pubblica accusa o la parte civile).

È in quest'ottica che si può apprezzare la sequenza di controesame, condotta dal difensore della parte civile, del perito nominato in udienza preliminare, chiamato a valutare la capacità di intendere e di volere al momento del fatto di un soggetto imputato di violenza sessuale ed affetto da malattia di Parkinson in cura con farmaci dopaminoagonistici.

L'obiettivo che l'avvocato si propone in questo primo blocco di domande è quello di ottenere conferma della mancanza di esperienza clinica, nella cura dei malati parkinsoniani, del suo interlocutore, al di là di un *curriculum* di grande rilievo scientifico.

²⁹ A questo proposito annota R. H. UNDERWOOD in *The limits of Cross Examination, American Journal of Trial Advocacy*, Birmingham, 1997, p. 114: «Questa è una delle cose più importanti da imparare in merito ai limiti della cross-examination: puoi condurla brillantemente e ciononostante perdere il processo».

AVVOCATO: Professore Lei è professore ordinario di biochimica clinica e di biologia molecolare clinica e dirige l'Unità Operativa di Psicologia Clinica dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Alfa?

AVVOCATO: E svolge la professione di psichiatra?

PERITO: E svolgo la professione di psichiatra sia forense, sia di psichiatra in attività come direttore dell'Unità Operativa e anche in attività libero professionale intra muraria.

AVVOCATO: E non è invece un neurologo?

PERITO: No.

AVVOCATO: Le è capitato di curare dei malati di Parkinson?

PERITO: Sì, dunque... io ho lavorato per anni negli Stati Uniti e l'istituto dove mi trovavo era un istituto misto dove sostanzialmente facevo anche attività... poi il confine tra psichiatria e neurologia è un confine che diamo noi con i settori scientifico-disciplinari, cioè possiamo discutere se l'Alzheimer sia neurologia o psichiatria. I neurologi dicono che è neurologia, io me ne sono occupato per oltre dieci anni e la specializzazione ...

L'ulteriore domanda, proposta garbatamente, stringe il perito, che rifiuta il sì o il no, in una risposta articolata e poco efficace.

AVVOCATO: Mi scusi, la mia domanda era più puntuale, era se ha esperienza clinica nella cura di malati di Parkinson, era solo questo il senso della domanda.

PERITO: Ho esperienza... Non li curo direttamente, quando vedo un paziente che ha il Parkinson lo riferisco ai colleghi neurologi per ovvie ragioni, perché c'è tutta una problematica. Vedo pazienti che hanno – ho anche scritto dei lavori su questo, tra l'altro il lavoro che ho scritto io è uno dei lavori che Lei cita che ha dato un contributo è stato dimostrare la presenza di correlati cerebrali indistinguibili agli esami strumentali da quelli della malattia di Alzheimer in un paziente che post mortem aveva solo Parkinson. Ho fatto le guardie come neurologo in questo senso, quando ero in America.

AVVOCATO: Però diciamo, la cura di un malato parkinsoniano di cui Lei mi può raccontare non l'ha curato direttamente ... (inc.) ...

PERITO: Io posso vedere un paziente come questo, occuparmi degli aspetti psichiatrici, però lo riferisco ai colleghi neurologi, ovviamente.

L'avvocato, senza tentare di sminuire la qualifica dell'esperto, operazione impossibile visti i titoli posseduti, agisce al solo scopo di mettere in evidenza che il perito non ha esperienza clinica nella cura di malati di Parkinson e, senza scomporsi di fronte alle resistenze del Professore, riesce nel proprio intento.

La seconda batteria di domande viene posta con l'obiettivo di evidenziare che le valutazioni peritali, svolte dopo circa 18 mesi dai fatti di violenza sessuale contestati, sono state svolte in una situazione di ulteriore compromissione dello stato di salute dell'imputato, dovuta al progredire della malattia.

AVVOCATO: Ascolti, andiamo alla malattia di Parkinson e alla sua progressione.

PERITO: Sì.

AVVOCATO: Ci diceva prima che la malattia di Parkinson progredisce ma non regredisce.

PERITO: Sì.

AVVOCATO: Quindi diciamo, il tempo gioca sempre contro.

PERITO: Sa, quello per tutti noi, però per nel malato di Parkinson direi di sì.

AVVOCATO: Inesorabilmente

PERITO: Inesorabilmente.

AVVOCATO: E quindi anche nel caso del nostro imputato.

PERITO: Sì.

AVVOCATO: Quindi mi può confermare che la complessiva situazione del signor Tizio è peggiorata nel corso del tempo?

PERITO: Beh certo, cioè dal momento della diagnosi ad oggi, questo lo vediamo anche da quella che è stata la sua anamnesi, è peggiorata. (...)

AVVOCATO: È chiaro. Ha riscontrato il fatto che la situazione del signor Tizio subisce un drastico peggioramento dopo l'estate del 2013?

PERITO: Subisce un peggioramento che ho ricavato dalla documentazione clinica e i cambiamenti nelle prescrizioni che ci sono stati, e poi soprattutto con il ricovero a novembre con una cartella clinica che dettaglia quella che era la situazione all'ingresso e che poi ha ... - non l'ho detto prima per dimenticanza, ma questo dovevo dirlo. Noi abbiamo fatto con i periti precedenti, sempre con il perito però della parte lesa che è rimasto lo stesso, un breve esame peritale durante il ricovero del signor Tizio. Quindi abbiamo potuto constatare le sue condizioni all'epoca, il 23 novembre, sabato 23 novembre. Era alettato, tra l'altro si trovava tra esami, aveva appena fatto un esame e aveva un esame poche ore dopo, però era in stato di evidente ansietà, agitazione, aveva una rigidità marcatissima, non riusciva ad alzare gli arti inferiore.

AVVOCATO: Scusi, questo si colloca a novembre del 2013?

PERITO: Sì.

AVVOCATO: Dopo io lo leggo nella anamnesi patologica prossima a cui Lei fa riferimento nella sua perizia, in cui leggo "dalla fine dell'estate è riferito marcato peggioramento del quadro motorio con fluttuazione tipo nos"

PERITO: Sì.

(...)

AVVOCATO: Quindi, quello che lui ha riferito è che rispetto a prima, almeno la condizione motoria, poi vedremo tutto il resto, era marcatamente peggiorata.

PERITO: sì, per un periodo. E che poi è tornato a stare un pochino meglio. Almeno, questo anche a detta del Professor Caio che era lo specialista che lo seguiva. Però sì, sono d'accordo, quello che ho scritto è quello che è in atti.

AVVOCATO: Cioè l'ha scritto riferendosi all'anamnesi ...

PERITO: L'ho dedotto dalla... Cioè, io non conoscendo l'imputato prima non posso... ovviamente i miei giudizi sul peggioramento sono basati sui documenti che ho in atti, non è un mio giudizio clinico.

AVVOCATO: Esatto. Lei sa se al momento della aggressione sessuale di cui si riferisce negli atti il signor Tizio era dipendente da altri per le funzioni normali della vita quotidiana?

Perito - non come ora immagino, perché da quello che ha riferito si muoveva all'interno della sua tenuta anche da solo, quindi non certo come ora.

AVVOCATO: Sa se dipendeva da altri per gli spostamenti, come invece ha riferito che è la attuale situazione?

PERITO: Non nello specifico. Non so. Credo per gli spostamenti intradomestici, diciamo così, no. Credo che non si spostasse da solo.

AVVOCATO: Lei ha visto che negli atti il signor Tizio Diciamo sì da' atto, e credo che non sia contestato, che Tizio guida il trattore? All'epoca dei fatti, il giorno in cui si collocano i fatti lui si allontana guidando un trattore.

PERITO: Questo non l'ho ... non me lo ricordo.

AVVOCATO: Va bene, teniamolo lì, è una risultanza documentale. Senta, i test diceva sono stati somministrati più o meno quando?

PERITO: Sono stati somministrati a febbraio e a marzo. Le date gliele posso dire con precisione. In due sedute proprio per non ... in modo che fossero fatti senza effetti di affaticamento. Dunque, il 5 febbraio 2014 e 18 marzo 2014.

AVVOCATO: Quindi diciamo indicativamente un anno e mezzo dopo?

PERITO: 18 mesi dopo i fatti reato per cui si procede.

Di nuovo, l'obiettivo, realistico, di evidenziare il progresso della malattia tra l'aggressione e i rilievi peritali, successivi di un anno e mezzo, è raggiunto.

3. L'unica regola assoluta del controesame: definire lo scopo.

«Nessun vento è favorevole per il marinaio che non sa a quale porto vuol approdare»: così Seneca scriveva nella lettera 71 a Lucilio, indicandoci quale sia sotto il profilo della tecnica, il primo e principale problema nel consueto approccio alla cross-examination.

Negli esempi citati di controesame inutile, dannoso e disastroso, e fin troppo spesso nell'esperienza, il controesame consiste in una serie di domande, di cui non è pianificato lo scopo, utili solo a far ripetere l'esame diretto e a far polemica con il testimone³⁰, il tutto con l'effetto netto di riempire eventuali vuoti nella prospettazione avversaria e di alienarsi la simpatia del giudice. «È ancor peggio quando si insiste caparbiamente su dettagli privi di ogni rilevanza»³¹.

Al contrario, prima di incominciare ogni controesame e prima di rivolgere ogni singola domanda dovremo avere ben chiaro qual è lo scopo che intendiamo raggiungere: fare emergere le informazioni favorevoli alla nostra tesi che il soggetto sottoposto al controesame può fornire, indebolire la forza di ciò che ha dichiarato in esame contro le nostre ragioni, oppure mostrare che, per via del suo comportamento presente o passato, non merita di essere creduto e così indebolire o distruggere l'effetto della sua testimonianza avversa³².

³⁰ Così annotava F. L. WELLMAN più di cent'anni fa: «Siamo ormai costretti, ogni giorno, a confrontarci con avvocati che agiscono come se tutti i testimoni di controparte fossero dei bugiardi patentati. Non c'è da meravigliarsi se poi questi colleghi combinano ben poco attraverso il controesame. Con le loro grida e con il loro stile martellante spesso confondono la lucidità del testimone, è vero; ma non riescono a screditarlo agli occhi della giuria. Al contrario, essi suscitano comprensione verso il povero diavolo che stanno prendendo di punta. Non capiscono che il loro «vigoroso controesame» – alla fine del quale si siedono con ostentato compiacimento – in realtà può essere servito solo a impedire, anche solo da parte di qualcuno dei giurati, un giudizio favorevole al loro cliente. Per non dire delle volte in cui questa condotta porta alla luce, a tutto vantaggio dell'avversario, qualche importante circostanza, magari trascurata nel corso dell'esame diretto» da F. L. WELLMAN, *L'Arte della Cross-Examination*, cit., pp. 25-26.

³¹ M. STONE, *La Cross-Examination strategie e tecniche*, cit., p. 157.

³² Cfr. H. HARDWICKE, *The Art of Winning Cases Or, Modern Advocacy: A Practical Treatise on Preparation for Trial, and the Conduct of Cases in Court*, Albany, 1899, p. 152, citato da R. UNDERWOOD, *The Limits of Cross-Examination*, cit., p. 119.

In questo senso, il “sondaggio” sulla veridicità della deposizione (profilo oggettivo) o sulla sincerità del testimone (profilo soggettivo) non costituisce un obiettivo in sé da perseguire in controesame³³; la finalità potrà essere, invece, quella di mostrare la non veridicità/non sincerità nei soli (pochi) casi in cui ve ne siano solidi presupposti. In altre parole non pare strategicamente utile fare domande per capire “in diretta” se il contenuto della deposizione è veritiero o meno e se il testimone è sincero oppure no; al contrario potrà essere conveniente controesaminare per fare emergere la falsità oggettiva o l’insincerità soggettiva di cui avremo motivi per essere convinti e ragionevoli aspettative di poter mostrare al giudice contro esaminando.

Si chiarisce così che lo scopo del controesame per il sistema – e non per le parti – è quello di verificare l’attendibilità dei testimoni.

Definire in anticipo lo scopo non impedisce di sfruttare ulteriori opportunità che dovessero inaspettatamente presentarsi, ma non decideremo di svolgere un controesame per stare a vedere se dei varchi si aprano, perché con ogni probabilità non faremo altro che offrire al testimone delle *chances* in più per chiarire dubbi, colmare lacune e farsi apprezzare dal giudice, aumentando la propria complessiva credibilità e la credibilità della testimonianza, indebolendo inevitabilmente la nostra credibilità di “controparti tecniche”³⁴.

Di seguito un esempio apocrifo di controesame “esplorativo”.

Non si sa se sia un caso vero o meno: viene raccontato in forme diverse, da svariati autori, qui nella versione di uno dei più grandi docenti americani di procedura penale, Irving Younger.

La vicenda è questa: è in corso un processo per lesioni personali volontarie. La tesi del procuratore distrettuale è che Tizio sia entrato in un litigio con Caio e che ad un certo punto si sia trovato con i denti intorno al naso di Caio e ne abbia staccato un pezzo. Teoricamente è possibile per la forma dei denti e perché i muscoli masticatori sono tra i più potenti in assoluto.

L’accusa è basata principalmente sulla deposizione di un testimone oculare che in sede di esame ha affermato che effettivamente le cose sono andate così e di non avere rapporti con la vittima.

Allora si alza l’avvocato dell’imputato e inizia il controesame.

D: Dove si trovavano i contendenti al momento del litigio?

R: In mezzo a un campo.

D: E Lei dove si trovava?

R: Al lato del campo.

D: E cosa stava facendo?

³³ Contra D. CARPONI SCHITTAR, *L’esame trifasico accusatorio*, in C. CABRAS (a cura di), *Psicologia della prova*, Milano, 1996, pp. 127 ss.

³⁴ Al contrario annota M. STONE, in *La Cross-Examination strategie e tecniche*, cit., p. 156.: «gli avvocati (...) più abili ricorrono al controesame quando è strettamente necessario: è per questo che quando si alzano per iniziare a parlare, l’effetto persuasivo della loro cross-examination comincia ancor prima della formulazione delle domande.»

R: Guardavo gli uccelli?

D: Scusi?

R: Guardavo gli uccelli.

D: E gli uccelli erano sugli alberi?

R: Sì.

D: Quindi Lei stava guardando gli uccelli sugli alberi?

R: Sì.

D: E quindi lei stava dando la schiena alle persone che litigavano?

R: Sì

D: E quando è stato il primo momento in cui ha capito che stava capitando qualcosa di sbagliato?

R: Quando ho sentito la vittima urlare.

Qui – in teoria – l'avvocato si dovrebbe sedere³⁵ e invece prosegue:

D: Ma come è possibile, se lei stava dando le spalle a quelli che litigavano, come è possibile che il mio cliente abbia strappato con un morso un pezzo del naso della presunta vittima, come Lei ha sostenuto nel corso dell'esame diretto?

R: Bè, perché ho visto il suo cliente che lo sputava dalla bocca.

3.1. Lo scopo del controesame: raccontare una storia.

L'errore concettuale che più spesso impedisce di identificare correttamente lo scopo del controesame è di considerarlo come un momento di «interazione conoscitiva tra interrogante ed interrogato», anziché una «interazione dimostrativa tra interrogante e giudice»³⁶.

Come se si attendessero dall'interrogato ulteriori chiarimenti sullo svolgimento dei fatti rispetto a quelli resi nel corso dell'esame.

Al contrario il nostro scopo in controesame è sfruttare il testimone introdotto nel processo dalla nostra controparte, per dimostrare noi qualcosa al Giudice.

Con felicissima espressione è stato detto che: «il controesame è il metodo attraverso cui raccontiamo al Giudice la nostra storia attraverso il testimone della parte avversa»³⁷.

La tesi può sembrare estrema³⁸; ma quale può essere per noi l'obiettivo del controesame se non accreditare, direttamente o indirettamente (attaccando quella della

³⁵ Il passaggio offre la possibilità di fornire un'altra regola assoluta che – tuttavia – non può che stare in nota, tanto dovrebbe essere scontata: si conduce il controesame in piedi. Se un oggettivo impedimento fisico rende lo stare in piedi eccessivamente gravoso, si domandi al giudice l'autorizzazione a stare seduti, pregandolo di non voler considerare la domanda una mancanza di rispetto.

³⁶ G. CAROFIGLIO, *L'Arte del dubbio*, cit., pp. 204 e ss.

³⁷ G. SPENCE, *Win Your Case*, New York, 2005, pp. 168-222.

³⁸ In altro passaggio, con tono meno icastico, G. SPENCE: «La cross-examination, in questa accezione, è vista come mezzo per introdurre al dibattito tutte le circostanze utili e congruenti con la propria versione

nostra controparte), la “teoria del caso”, che dovremo già avere in mente all’inizio del processo, seppure in modo molto flessibile³⁹?

Tanto che se, una volta analizzati il testimone (o consulente tecnico etc.) e la sua deposizione nel corso dell’esame, ci convinceremo che ragionevolmente da quel testimone non si potrà estrarre qualcosa di utile alla nostra “teoria del caso”⁴⁰, alla storia che vogliamo raccontare⁴¹, rinunceremo al controesame suggerendo, non verbalmente e verbalmente, l’irrelevanza della sua testimonianza. Una scrollata di spalle o una battuta possono essere molto efficaci in questo senso e senz’altro meno dannosi di un controesame “esplorativo”⁴².

Tenendo presente però che, come osservato da Roy Black «il silenzio di fronte ad accuse schiaccianti non è un’opzione (se invece rimanete in silenzio ricordatevi di avvisare il vostro referente per l’assicurazione per la responsabilità professionale immediatamente dopo l’udienza)»⁴³⁻⁴⁴. “Raccontare una storia” è, invece, il nostro scopo.

Di seguito un esempio cinematografico, dal classico “Anatomia di un omicidio”, in cui James Stewart interpreta l’avvocato Paul Biegler, difensore del tenente Frederick Manion, accusato di omicidio, perché, di fronte a numerosi testimoni, aveva puntato con calma la sua pistola contro il proprietario di un bar, di nome Barney Quill e gli aveva sparato ripetutamente, uccidendolo.

Il fatto che il barista quella sera avesse violentato la moglie del soldato costituiva un solido movente, non certo una esimente.

dei fatti (esame diretto e riesame) od evidenziare le inverosimiglianze ed incoerenze della tesi della controparte» G. SPENCE, *Win Your Case*, cit., p. 170.

³⁹ Nota con estrema lucidità A. W. STREET, *The Art of Cross Examination*, cit., p. 15: «la natura dinamica del processo richiede di cambiare strategia per adattarsi ai probabili alti e bassi nel corso della causa».

⁴⁰ Così E. AMODIO nell’introduzione all’opera di M. STONE, *La Cross-Examination strategie e tecniche*, cit., p. XXIII: «Poiché l’organo giudicante è scarsamente informato sui fatti oggetto dell’imputazione e sulle rispettive posizioni delle parti, queste ultime usano le domande e il *modus agendi* nell’esame come veicoli di comunicazione della linea di attacco o di difesa sostenuta in giudizio».

⁴¹ Anche G. CAROFIGLIO, in *Il controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, cit., p. 36. associa il concetto di “storia” al controesame

⁴² Così S. C. SCHWITZER, *Cyclopedia of Trial practice*, 1970, p. 614: «Quando il testimone non ha lasciato scappatoie nel suo esame diretto e non siete e conoscenza di nessun punto debole da poter sfruttare in controesame, non tentate di controesaminare. Congedate il testimone con un gesto brusco che significhi: “troppo poco importante per preoccuparsene”. Non confidate nella provvidenza che il vostro controesame sviluppi uno o più punti deboli». Della scrollata di spalle parla anche G. CAROFIGLIO, in *Il Controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, cit. p. 23.

⁴³ Così R. BLACK sul suo blog, consultabile alla pagina web, <http://www.royblack.com/blog/cross-examination-the-sympathetic-yet-deadly-witness/#sthash.ZxBKREBB.dpuf>

⁴⁴ Così in modo sinteticamente efficace la Corte Costituzionale Sudafricana definisce il principio già espresso dalla Camera dei Lord inglese nel 1893 nel caso *Browne vs Dunne*: «Se un punto oggetto di disputa non viene messo in discussione in controesame, la parte che ha citato il teste ha titolo per assumere che la testimonianza non discussa sia accolta come corretta». Principio tuttora fermo, oltre che in Inghilterra e in Sudafrica, nelle giurisdizioni di Commonwealth (President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others, Case n. 16/98, paragrafi nn. 61 – 63). Non così in Italia, ma la logica che lo ispira va sempre tenuta presente.

Il brano qui riportato è il controesame condotto su uno dei testimoni oculari dell'accusa, tale Alphonse Paquette. L'avvocato dell'imputato rischia una difesa disperata per dimostrare una (pretesa e un po' forzata) "incapacità temporanea" (di intendere e di volere diremmo noi), indirettamente rafforzata dall'immagine di predatore sessuale che l'avvocato Biegler vuole dare del barista ucciso, tramite il teste d'accusa.

Tralasciando il modo in cui sono formulate le domande che non rispetta gli standard che andremo a proporre, si tratta di uno stralcio che rende molto chiaro cosa significa controesaminare con l'obiettivo di raccontare una storia: non contano le risposte del teste e non contano nemmeno le interruzioni della Corte, ciò che rileva è solo la narrazione compiuta con le "domande".

AVVOCATO: Come Le sembrava Barney (la vittima) in quel momento?

Paquette: Cosa intende?

AVVOCATO: Bè, lo ha capito molto bene quando il pubblico ministero le ha fatto la stessa domanda a proposito del tenente Manion...

Paquette: Ah, beh, era il vecchio Barney, come al solito.

AVVOCATO: [in modo sarcastico] Vuole dire che era il solito buon vecchio, sobrio, affidabile, gentile, sale della terra, amico dell'uomo Barney?

PM: [obiettando] Vostro onore. Che domanda è?

AVVOCATO: Aveva bevuto Barney quella sera?

Paquette: Bè lui... lui sì, beveva sempre qualche goccio mentre parlava con i clienti. Era amichevole.

AVVOCATO: Oh, certo certo, era... il buon vecchio Barney. Bene, ora, quanti gocchetti dice che si faceva il buon vecchio Barney di solito?

Paquette: Non lo so esattamente.

AVVOCATO: In effetti quella sera, non era piuttosto gonfio, Mr. Paquette?

PM: Obiezione, Vostro Onore. Anche se il defunto era ubriaco fradicio, non è una difesa dall'accusa.

GIUDICE: Accolta. Le suggerisco di farla finita con il punto, Mr. Biegler.

AVVOCATO: Mr. Paquette, come definirebbe un uomo con un'insaziabile propensione per le donne?

Paquette: Una cosa?

AVVOCATO: Una... propensione, un desiderio, un gusto, una passione?

Paquette: Bè, un dongiovanni, credo, o forse solo un dannato stupido.

GIUDICE: Mr. Paquette si limiti a rispondere alle domande. Alle spiritosaggini penseranno gli avvocati.

AVVOCATO: Bene, in che altro modo chiamerebbe un uomo così, Mr. Paquette?

PM: Non capiamo lo scopo di questo, Vostro onore?

GIUDICE: Può rispondere.

AVVOCATO: Le viene in mente un altro nome, Mr. Paquette?

Paquette: Casanova.

AVVOCATO: Provi ancora.

Paquette: Libertino.

AVVOCATO: nah... su Mr. Paquette, i libertini se ne vanno in giro impomatati e pettinati. Ha mai sentito l'espressione "predatore"?

Paquette: Certo, l'ho sentito, mi è uscita di mente.

AVVOCATO: Le è uscita di mente. Certo (...). Ha mai conosciuto un uomo che chiamerebbe un predatore, Mr. Paquette?

Paquette: Non ne sono sicuro.

AVVOCATO: Barney Quill era un predatore, Mr. Paquette?

Paquette: Non saprei dire.

AVVOCATO: O non vorrei...

PM: Obiezione.

GIUDICE: Accolta. Ha risposto alla domanda, ha detto che non sa dire.

L'episodio è evidentemente estremo e i toni esagerati – del resto non è che capitì così spesso di avere come cliente un uomo che ha ucciso con svariati colpi di pistola davanti a numerosi testimoni la persona che ha violentato sua moglie – ma in modo davvero efficace marca il punto: quello che dice il testimone è sostanzialmente irrilevante, è il “mezzo” utilizzato dall'avvocato per raccontare la sua “storia”, la sua “teoria del caso” alla giuria: la vittima era un ubriacone predatore sessuale.

Storia che – come emerge dalla visione integrale del film – l'avvocato Biegler continua a raccontare dall'inizio alla fine del processo.

Soccorre, per concludere sul punto, Jerry Spence: «abbiamo preparato una storia per ciascuno dei testimoni e non meneremo il can per l'aia rivolgendo un po' di domande senza senso per ascoltare la nostra voce melodiosa, nè ripeteremo quello che abbiamo sentito nel corso dell'esame diretto, salvo che sia necessario come fondamento di un controesame ben preparato»⁴⁵.

Questa frase evidenzia tre errori ricorrenti: non avere uno scopo, procedere per tentativi casuali, ripercorrere l'esame. Errori che spesso ritroviamo tutti insieme.

«Se la Corte si sta chiedendo dov'è diretta la cross-examination, è probabile che sia il controesaminatore a non sapere dove è diretto»⁴⁶.

Dunque, se lo scopo del controesame è raccontare una storia⁴⁷ – se il controesame è una interazione dimostrativa tra l'interrogante e il giudice – è l'interrogante, avvocato o pubblico ministero che sia, a dover raccontare la storia, non il testimone⁴⁸.

Ma per ottenere questo obiettivo occorre far sì che il testimone risponda sì o no a tutto ciò che gli viene “domandato”.

⁴⁵ G. SPENCE, *Win Your Case*, cit., pp. 218-219.

⁴⁶ M. OPOKY-AGYEMANG, *The Ten Commandments of Cross-Examination: The Tools for Effective Advocacy*, consultabile alla pagina web <http://www.ghanabar.org/wp-content/uploads/2014/02/CLE-2013-THE-TEN-COMMANDMENTS-OF-CROSS-EXAMINATIONS-MAXWELL-OPOKU-AGYEMANG1.pdf>

⁴⁷ Così sul punto S. RUTBERG, *Conversational Cross-Examination*, in *American Journal of Trial Advocacy*, Birmingham, 2005, Vol. 29, p. 361: «La cross-examination è l'opportunità per l'avvocato difensore di mettere le basi per la discussione finale. Nel pianificare il controesame, si deve pensare al momento dell'arringa».

⁴⁸ Una critica non superficiale a tale impostazione viene mossa da A. W. STREET, *The Art of Cross-Examination*, cit., p. 44: «Evitate gli istrionismi americani secondo cui voi, controesaminatori, state testimoniando, la recitazione è per il mondo fantastico dell'intrattenimento, le vostre domande non sono prove, solo il testimone sta testimoniando»; si ritiene tuttavia più utile confrontarsi in prima istanza con un controesame “monologico”.

È tanto semplice e tanto difficile allo stesso tempo: saremo noi i narratori fintanto che riusciremo a farci rispondere “sì” o “no”, secondo quello che desideriamo e ci aspettiamo, coerentemente con un obiettivo più generale che intendiamo conseguire dal controesame di quel testimone e con un più specifico obiettivo della singola domanda.

Ciò per far sì che «ogni informazione consegnata alla giuria (al Giudice, diremmo noi) provenga dall’avvocato, non dal testimone. In questo modo l’informazione verrà presentata nella forma voluta dal difensore, il testimone sarà scoraggiato dal voler spiegare o amplificare e svilupperà un’abitudine a rispondere al controllo. Perfino se rivelate informazioni non controverse, è l’avvocato a dover apparire aperto ed onesto piuttosto che il testimone della parte avversaria»⁴⁹.

4. Come ottenere le risposte volute: il controllo del testimone attraverso le domande suggestive.

Sorge spontanea la domanda: come è possibile interloquire in modo giuridicamente ammissibile con il testimone ed essere, da avvocati della controparte, i narratori della storia, mantenendo il controllo del testimone avverso?

Fondamentalmente, la prassi dei Paesi con sistemi processuali tradizionalmente “adversary” ha elaborato uno strumento, quanto meno sottovalutato nelle aule dibattimentali italiane, ovvero la formulazione di domande che in lingua inglese sono definite “leading”, un sottoinsieme delle domande “suggestive” italiane⁵⁰: «dichiarazioni di fatto seguite da un punto interrogativo»⁵¹.

D: Lei conosce il Bar Eden

D: Era lì la sera del 22 giugno

D: È uscito intorno a mezzanotte

D: Si è diretto verso Parco della Vittoria

D: Si è guardato intorno

D: Ha visto sopraggiungere un’auto

D: Una Bmw

D: Cabrio

D: Color argento metallizzato

⁴⁹ Così D. D. DANTZLER, *Cross examination: Why Johnny Can’t lead And Some Other Observations*, National Criminal Defense College, Mercer Law School, Macon, 2006 pp. 1 ss..

⁵⁰ In Italia, molto autorevolmente è stata criticata l’identificazione tra “domande suggestive” e “leading questions” da G. CAROFIGLIO, *L’Arte del dubbio*, cit., pp. 119 ss., secondo il quale «le domande suggestive in senso stretto mirano a influenzare la risposta, secondo un meccanismo che potremmo definire di suggestione evocativa, mentre «le domande guidanti, più che vere e proprie domande, sono dichiarazioni di fatto seguite da un punto interrogativo».

⁵¹ Così G. CAROFIGLIO, *Il controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, cit., p. 98, richiamando in nota K. F. HEGLAND, *Trial and Practice skills*, St. Paul, Minnesota, 1994, p. 144.

Dal momento che l'unica differenza tra esame e controesame, che la legge pone⁵², è proprio che in quest'ultimo sono consentite: «le domande che tendono a suggerire le risposte»⁵³, uno dei principi della cross-examination che vogliamo qui proporre è quello di rivolgere in controesame solo domande *leading*, che, se poste correttamente, consentono all'esaminato la sola alternativa tra sì e no, fatte salve le spiegazioni che cercherà di dare e che si avrà cura di non interrompere: alla domanda suggestiva si ha "diritto" di ottenere una risposta "sì" o "no".

Ricordate l'esempio del professore nel caso di dubbia capacità di intendere e volere? Lo scopo della prima sequenza di domande è ottenere la conferma che il professore non ha mai curato clinicamente un malato di Alzheimer. Non c'è bisogno di interrompere, non c'è bisogno di aggredire (è dannoso farlo), ma si deve arrivare fino in fondo e segnare il punto: «no, non ho curato malati di Alzheimer». E infatti forse l'avvocato meglio avrebbe fatto in chiusura a ribadire la domanda iniziale: «lei non ha mai curato un malato di Alzheimer?».

Per quali ragioni è fondamentale che in controesame le domande siano "leading"?

Perché si limita la possibilità per il testimone (o il consulente) della controparte di parlare a lungo e di parlare liberamente.

Dovrebbe averlo già fatto in esame, facendo danno alla nostra posizione processuale. Non deve spiegare le sue risposte, non deve ribadire quanto ha già detto, non deve rafforzarlo, non deve completarlo, non deve correggere eventuali errori o imprecisioni: ciò che, se ne perderemo il controllo, tenderà inevitabilmente a fare.

Ma non "deve", non perché lo interrompiamo continuamente – si sa quanto ai giudici piaccia ascoltare le risposte "complete": «Avvocato, lasci finire» – non *deve* e non riuscirà se avremo cura di strutturare le *domande* in modo corretto.

Il testimone controesaminato con domande suggestive lotterà verosimilmente per mantenere il controllo, ma se la struttura della domanda lo costringe per lo meno ad iniziare a rispondere con un «sì» o con un «no», il suo tergiversare lo renderà mano a mano più alieno allo stesso giudice, compromettendone l'affidabilità; come pure emerge nell'esempio del professore più sopra proposto.

In questo modo, come insegna Spence, «di base la cross-examination non è nulla più che un esame vero/falso somministrato al testimone nel corso del quale la

⁵² Così dispone, infatti, l'art. 499, comma 3, c.p.p.: «nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte».

⁵³ Pare opportuno evidenziare che in una certa misura quasi qualunque domanda implica l'ammissione di un fatto presupposto. La domanda «cosa ha mangiato per pranzo», implica (suggerisce) che l'interrogato abbia pranzato, «dove è andato», che sia andato da qualche parte, etc.. Un certo grado di "suggestione" in questo senso è sempre correttamente ammesso su tutte le circostanze non contestate e su cui nemmeno ha senso una verifica del ricordo. Parimenti per le domande di mero riepilogo (corretto) di quanto già dichiarato. Sul punto D. CARPONI SCHITTAR, *Modi dell'esame e del controesame*, cit., p. 341, nonché S. D. EASTON, «Toto, I have a feeling We're not in Kansas Anymore»: *Using the Wizard of OZ to introduce students to the skills of witness examination*, *Clinical Law Review University del Missouri*, Vol. 12, 2006, pp. 283 e ss. e infine G. GULOTTA (e collaboratori), *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2000, p. 657.

nostra storia, per quanto concerne quel testimone, viene raccontata, domanda per domanda, al testimone. Non fa molta differenza se il testimone risponde sì o no. Domanda per domanda, la nostra storia viene narrata. Spetta alla giuria determinare se il testimone mente quando nega la dichiarazione contenuta nelle nostre domande. Se estraiamo ogni dichiarazione dal nostro controesame e le uniamo fra loro, avremo presentato la nostra storia per quel testimone»^{54, 55}

Per quanto – come credo sia evidente – già la concezione espressa da Spence sia anni luce distante dall’attuale visione, quasi inconscia, del controesame in Italia, si vuole proporre, con altro autore nordamericano, una versione ancora più radicale. Mac Carthy⁵⁶ afferma infatti che «il controesame non è il momento per un dialogo. È il momento di un monologo (...). Durante il controesame può esserci un solo narratore, Tu che conduci il controesame. Ogni storia può avere un solo padrone, un solo narratore, Tu. Il testimone ha, al massimo, un ruolo di “cameo”».

Tesi estrema, affascinante, che supera la definizione di «interazione dimostrativa» di Carofiglio.

Con un importante “nota bene”: si avrà maggiore successo nel comunicare al giudice la nostra storia se il testimone verrà trattato con rispetto e senza proiettare ostilità, se non intenzionalmente e solo quando sia conforme allo scopo avuto di mira (in quei casi, così poco frequenti, in cui si ritiene a buon titolo che l’esaminato sia reticente o menta). Si può essere fermi e assertivi senza essere aggressivi, se non quando è utile⁵⁷.

L’esperienza, ad oggi, ci insegna che un controesame “monologico” in un processo penale italiano è forse irrealizzabile, ma la prospettiva di Mac Carthy cristallizza con immagine efficace uno degli aspetti più importanti di queste pagine.

Quindi in controesame si dovranno fare sempre e soltanto domande suggestive?

La domanda merita in realtà due risposte.

Nello scenario, più frequente di quanto si potrebbe pensare, in cui il testimone introdotto dalla controparte ben presto si rivela favorevole, il modo del controesame dovrà essere adattato, al limite anche arrivando a formulare domande aperte e consentendo al teste di diffondersi nel rispondere.

Come nell’episodio che ha generato la gustosa interlocuzione tra Pubblico Ministero e Presidente del Collegio trascritta di seguito.

P.M.: Sono rimasti due testi.

⁵⁴ G. SPENCE, *Win Your Case*, cit., p. 170.

⁵⁵ D. CARPONI SCHITTAR parla di una «sequenza costituita da proposizioni che, pur sotto forma di domanda, concretino ciascuna una frazione della narrazione quanto alla quale il testimone esaminato abbia essenzialmente la funzione di confermare o negare la circostanza esposta, secondo le aspettative di chi lo esamina», in *Modi dell’esame e del controesame*, cit., p. 76.

⁵⁶ T. MAC CARTHY, *On Cross-Examination*, cit., p. 10.

⁵⁷ Cfr. S. RUTBERG, *Conversational Cross-Examination*, cit., pP. 353 ss.

PRESIDENTE: Sì ma vede, sentiamoli se sono effettivamente utili, perché io credo che finora ci siano stati testi di difesa più che di accusa

P.M.: Lo so però...

PRESIDENTE: Se ognuno deve fare il suo ruolo, il Pubblico Ministero deve accusare.

P.M.: Però Presidente il Pubblico Ministero, io ci tengo a dirlo, cioè nessuno vuole occultare prove anche a discarico perché poi semmai se arriva una richiesta di assoluzione.

PRESIDENTE: No, ma voglio dire nel momento in cui creiamo un processo a carico di soggetti, indichiamo i testi d'accusa e vengono e poi sono a difesa, qualcosa non va bene, non funziona... non va, questo processo è contro "Mevio" questo processo... testi del Pubblico Ministero, però poi...

P.M.: questo passa il convento.

Diversamente, se il testimone della controparte ha fatto il suo "sporco" mestiere di nuocere alla posizione del nostro assistito, al controesame spetta il compito di estrarre quanto e solo quello che può venire di buono per la nostra "teoria del caso": ed il modo più efficace – ne sono concordemente convinti gli studiosi dei Paesi a più lunga tradizione *adversary* – sono le domande suggestive. Rivolgere domande aperte per far apparire evasivo il testimone, confidando che non sia in grado di rispondere adeguatamente, è troppo pericoloso e non vale il rischio intrapreso.

4.1. La preparazione di un controesame

Il primo insostituibile mezzo per poter anche solo immaginare di ottenere il controllo del testimone (o del consulente tecnico, del perito, o dell'imputato, a seconda della posizione processuale che si occupa) nel corso del controesame è la preparazione⁵⁸.

«Le domande sono affilate sulla pietra della preparazione»⁵⁹.

Per prima cosa per l'ovvia ragione che intanto è possibile concepire lo scopo di una domanda in controesame in quanto si conosca della vicenda tutto ciò che è possibile: è nello studio degli atti che avviene la prima grande selezione degli obiettivi utili, di quelli primari e secondari, realistici e irrealistici.

In secondo luogo perché, individuato l'obiettivo di raccontare una certa storia o di smontarne un'altra attraverso un determinato testimone di parte avversa, potremo raggiungerlo solo conoscendo in anticipo le sue risposte alle nostre domande.

Il Sergeant Ballantine, nelle sue "Experiences"⁶⁰, racconta un aneddoto di grande impatto.

Durante il controesame di un testimone in un processo per omicidio, un famoso *barrister*⁶¹ inglese viene indotto dal *solicitor* dell'imputato, comune cliente, a rivolgere al

⁵⁸ La prima delle *thirty maxims of cross-examination* di Brown è proprio «there is no substitute for preparation». Si veda P. M. BROWN, *The Art of Questioning*, cit., p. 7.

⁵⁹ A. W STREET, *The Art of Cross Examination*, cit., p. 2.

⁶⁰ W. BALLANTINE, *Some experiences of a barrister's life*, cit., p. 84.

testimone una domanda senza conoscerne la risposta, risposta che porterà alla condanna del suo cliente. Ricevuta la risposta il *barrister* si gira verso l'avvocato che gli aveva suggerito la domanda e dice a denti serrati: «va a casa, tagliati la gola e quando incontri il tuo cliente all'inferno implora il suo perdono».

Estremo ma efficace.

È evidente che non è sempre possibile conoscere in anticipo la risposta a qualsiasi domanda, anche solo per la semplice ragione che il testimone potrebbe affermare l'esatto opposto di quanto da lui stesso dichiarato senza esitazioni in precedenza.

Ciò che si vuole dire è che, nel rivolgere una domanda al testimone in controesame, l'avvocato (o il pubblico ministero) dovrà sempre avere una base sulla quale avrà fondato la risposta "attesa". In altre parole, l'avvocato dovrà avere una ragionevole aspettativa circa la conferma "sì", o la smentita "no", sulla circostanza oggetto della "domanda" e dovrà avere a disposizione adeguati strumenti per "contrastare" la eventuale risposta inattesa e negativa per la propria teoria del caso e per l'interesse del proprio cliente.

A tale scopo, dunque, risulterà decisivo ed insostituibile il più accurato studio nella preparazione del controesame, sull'oggetto della deposizione e sulla persona del testimone (o consulente tecnico, perito, imputato). Occorre raccogliere tutte le informazioni, fatti e dettagli, che ci serviranno come fondamento per la ragionevole aspettativa di una risposta "sì" o "no" nel senso voluto, o come mezzo per diminuire l'impatto di una risposta inattesa e nociva per gli interessi rappresentati.

Da questo punto di vista, senza nessuna pretesa di esaustività, le precedenti dichiarazioni processuali ed extraprocessuali saranno il primo e per certi aspetti più importante materiale da utilizzare, nonché scritti (la corrispondenza *email*, per esempio), documenti, dichiarazioni di altri testimoni, posizione professionale, finanziaria, rapporti di parentela, precedenti condanne, rapporti con le parti coinvolte, limitazioni psicologiche o fisiche, abusi di sostanze, articoli di giornale e fonti aperte, materiali giudiziari di altri processi e quant'altro possa rivelarsi utile dovrà essere studiato o ristudiato proprio allo scopo di preparare il controesame.

Se è impossibile immaginare di potere eliminare del tutto il fattore sorpresa, quello che dobbiamo avere in animo nella preparazione del controesame è di ridurlo quanto più possibile.

In proposito, la progettazione di sequenze di domande alternative, variabili al variare della risposta, può costituire un valido supporto nel caso in cui non sia stato possibile accertare con ragionevole certezza la risposta attesa ed in cui sia comunque ritenuto utile affrontare l'argomento⁶². Beninteso, in mancanza della "base" su cui

⁶¹ Tradizionalmente nel mondo anglosassone (ma non negli Stati Uniti, in cui la distinzione non esiste) il *barrister* è abilitato a patrocinare presso le giurisdizioni superiori e non ha di regola contatti con il cliente, viceversa è il *solicitor* ad incontrare il cliente e a fornire al primo il materiale per condurre l'istruttoria in dibattimento.

⁶² Sul punto P. FARINONI, *Una ricerca sulla cross-examination*, in C. CABRAS (a cura di), *Psicologia della prova*, Milano, 1996, pp. 135 ss.

fondare la risposta attesa, la domanda dovrà essere ugualmente rivolta solo dopo una attenta considerazione della proporzione tra le possibilità e i vantaggi di una risposta favorevole e le possibilità e gli svantaggi di una risposta sfavorevole, laddove ci sono casi nei quali il silenzio, purtroppo, non è un'opzione.

Né si ritiene di condividere l'affermazione di Stone secondo cui: «le domande al buio su aspetti sconosciuti di fatti di scarsa importanza ricorrono normalmente e non presentano alcun pericolo»⁶³. Per prima cosa rivolgere domande su fatti di scarsa importanza è un dispendio del tempo del giudice cui corrisponde una graduale perdita di credibilità dell'interrogante, ma soprattutto perché solo dopo la risposta si può essere sicuri di avere scampato il pericolo di una domanda "al buio".

D'altra parte, siccome, inevitabilmente, prima o poi, la risposta inattesa e dannosa arriverà, il miglior modo per ridurre l'impatto, se non la si può contestare, è rimanere imperturbabili e proseguire, possibilmente con un argomento sicuro; non certo reagire stizziti, peggiorando la situazione.

Si può concludere con un'immagine che efficacemente riassume il senso di quanto illustrato: le linee generali di quel controesame, la storia che si vuole raccontare tramite quel testimone della parte avversa, dovranno essere pronte prima che il testimone abbia ancora detto una sola parola nel corso dell'esame diretto⁶⁴. Ciò è possibile solo tramite la preparazione.

4.1.1. Origini di un insuccesso annunciato e di un successo prevedibile (mai scontato).

Di seguito un esempio cinematografico di danno provocato dalla mancanza di preparazione, tratto dal film "Mio Cugino Vincenzo", stralcio del controesame condotto dal difensore d'ufficio, John Gibbons, nei confronti del testimone oculare, che ha identificato nel suo cliente uno degli autori dell'omicidio.

AVVOCATO: Bene signor [nervoso e balbettando] T-T-T-T-T-T-ah-ah-ah-T-T-T-Tipton!
Ora, quando ha visto il mio cliente, circa qua – qua –qua quanto lontano era?

Tipton: Circa 20 metri.

AVVOCATO: Ah bene, ora, lei pensa che sia vicino abbastanza per fare una I-I-I-I-I-I-Identificazione accurata?

Tipton: Sì.

AVVOCATO: Signor Tipton, vedo che lei porta gli occhiali.

Tipton: A volte.

AVVOCATO: Bene, le dispiacerebbe mostrare quegli occhiali alla giuria per piacere? Grazie.

Tipton: [mostra gli occhiali]

AVVOCATO: Grazie, signor Tipton, li stava indossando quel giorno?

Tipton: No.

⁶³ M. STONE, *La Cross-Examination strategie e tecniche*, op. cit., p. 170.

⁶⁴ Peralto sarà necessario prestare la massima attenzione all'esame diretto per sfruttare al meglio qualunque ulteriore occasione di segnare un punto a nostro favore.

AVVOCATO: Ah bene!... Visto? Era lontano 50 piedi. Ha fatto una identificazione oculare e-e-e-e-e- [sbattendo la mano sulla panca] ... non indossava gli occhiali da vista necessari che le sono stati prescritti!?

Tipton: [pausa, con faccia inespressiva e accento provinciale il testimone, calmo, ribatte] Sono occhiali per leggere...

Un altro esempio marca il punto, questa volta in positivo.

Si tratta del controesame condotto dal difensore del produttore di un farmaco nei confronti del “testimone esperto” di parte attrice, che aveva sostenuto nel corso dell’esame che il linfoma, da cui era affetto il soggetto che aveva citato la società, era stato causato proprio da quel farmaco⁶⁵.

D: Lei fa parte dello Staff dell’ M.D. Anderson Cancer Hospital?

R: Sì

D: È vero che l’ M.D. Anderson Cancer Hospital ha un sito web?

R: Sì

D: Ha mai scritto articoli pubblicati sul sito web dell’M.D. Anderson?

R. Qualcuno

D: Ricorda uno dei suoi articoli che è stato pubblicato sul sito proprio tre mesi fa?

R: Penso di sì.

D: In quell’articolo parlava del linfoma con cellule a T, proprio lo stesso tipo di cui parliamo in questo caso?

R: Sì credo di sì.

D: Cerchiamo di essere sicuri. È questo l’articolo pubblicato sul sito web?

R: Sì è il mio articolo, c’è il mio nome..

D: Credo che Lei sappia che i medici e anche altri possono leggere questo articolo.

R: Sì credo di sì.

R: E quindi Lei ha cercato di essere più accurato possibile?

R: Certamente.

D: Vada a pagina 4 dell’articolo.

R: Okay.

D: In questo articolo, che ha pubblicato sul sito internet solo tre mesi fa lei parla di ciò che è noto riguardo alla causa del linfoma con cellula T, è così?

R: Sì.

D: Ed è vero che ha affermato nell’articolo: «Nessuno sa che cosa causa il linfoma con cellula T». È questo che ha scritto solo tre mesi fa?

R. È ciò che è scritto, sì.

Un altro esempio in positivo, in cui il contro-esaminatore fa un uso magistralmente efficace delle precedenti dichiarazioni rese dall’imputato, è tratto dal processo nei confronti dell’atleta sudafricano Oscar Pistorious, accusato di avere intenzionalmente ucciso la fidanzata. La sua difesa, o “teoria del caso”, è che si sia trattato di quella che noi chiameremmo “legittima difesa putativa”, avendo egli

⁶⁵ Caso citato da T. A. PRATT, *The Ten Commandments of Cross-Examination*, inviato dall’autore alla Sezione “Trial & Tactics” del sito internet della FDCC (The Federation of Defense & Corporate Counsel).

esplosivo un colpo nell'erronea convinzione che dei ladri si fossero introdotti nella sua abitazione.

Il Pubblico Ministero Gerhard Nel, detto "il bulldog", controesamina Pistorius, contrapponendo alle sue dichiarazioni dibattimentali quelle rese nell'ambito della richiesta di revoca della custodia cautelare in carcere e di rilascio su cauzione⁶⁶.

Il Procuratore si concentra in particolare sul rumore, che Pistorius sostiene di avere sentito, dello sbattere della porta del bagno e che non era menzionato in sede di richiesta di revoca della custodia cautelare: rumore la cui rilevanza è cruciale perché, secondo la sua deposizione dibattimentale, è ciò che avrebbe convinto l'atleta della presenza di un intruso nel bagno, laddove in sede cautelare Pistorius aveva affermato «ho visto che la porta del bagno era chiusa e ho pensato che potesse esserci qualcuno dentro».

PROCURATORE: Non c'è neanche una parola in merito alla porta che si chiude nella sua richiesta di revoca della custodia cautelare?

PISTORIOUS: Non ne sono sicuro, signore.

PROCURATORE: Nemmeno nella sua dichiarazione sulla colpevolezza. Perché?

PISTORIOUS: Non ne sono sicuro, signore.

PROCURATORE: Se lo ha riferito al suo difensore perché non lo hanno inserito?

PISTORIOUS: Non ne sono sicuro, signore.

(...)

PROCURATORE: E quando lei era in bagno ha visto la finestra aperta e la porta del bagno sbattere. Questo particolare rumore – è un rumore significativo... è importante... dal momento che non c'è nemmeno una singola parola sulla porta che si chiude, che sbatte, nella sua richiesta di cauzione.

PISTORIOUS: Capisco che è così, signore.

PROCURATORE: Perché?⁶⁷

PISTORIOUS: Non lo so, signore, deve chiederlo al mio team legale.

PROCURATORE: Non è vero, è perché se l'è inventato

PISTORIOUS: Non è vero, signore.

4.2. Come formulare le domande suggestive: chiare, brevi, una per fatto.

Proviamo ora a fare un passo oltre, suggerendo come formulare le domande "leading", in modo da garantirci il "controllo" del testimone nella maniera più efficace.

Le "domande" dovranno essere formulate in linguaggio chiaro, semplice, adatto alla capacità di comprensione del testimone, senza diventare colloquiale e

⁶⁶ Le dichiarazioni sono state rese in un *affidavit* redatto di fronte all'avvocato e non in un verbale di interrogatorio come sarebbe nel nostro sistema processuale.

⁶⁷ Generalmente non è indicato rivolgere domande aperte in controesame, soprattutto chiedere spiegazioni ("perché questo?"). Eccezioni alla regola sono i casi in cui l'esaminatore sappia che il testimone non è in grado di rispondere o che la risposta gli sia indifferente.

certamente non in “legalese”⁶⁸. In fin dei conti le persone: «non diventano mai così istruite da non riuscire a comprendere il linguaggio semplice meglio di qualunque altro»⁶⁹.

Le ragioni sono tre, se la domanda è chiara e semplice:

- a. al testimone non è data la possibilità di dare o chiedere spiegazioni e di definire autonomamente il perimetro della risposta.
- b. la storia che stiamo raccontando sarà più comprensibile e quindi più avvincente.
- c. i termini legalesi sottoposti al testimone danno al giudice l'impressione che si voglia appaltare ad altri il lavoro di interpretazione che a buon titolo ritiene essere una sua prerogativa.

Come regola generale, una domanda formulata in termini positivi è più facilmente comprensibile di una formulata in termini negativi, la forma attiva più di quella passiva.

Il semplice esempio che segue mostra come sia molto più chiara per l'ascoltatore la risposta alle due domande in termini positivi sulla destra di quella alla domanda in chiave negativa sulla sinistra.

D: Lei non beve il caffè macchiato?

D: Lei beve il caffè?

D: Macchiato?

Le domande dovranno essere brevi. Occorre evitare tutte le parole di riempimento, come aggettivi e avverbi, che allungano la domanda e consentono al testimone di sottrarsi a una risposta diretta⁷⁰.

Anche qui valgano tre ragioni:

- a. parallelamente alla chiarezza, più si è brevi, più facilmente si è comprensibili, sia dal testimone che dal giudice;
- b. come prima, più breve è l'interlocuzione, maggiore rimane l'attenzione di chi ascolta;
- c. la lunghezza della domanda influenza quella della risposta; poiché idealmente il testimone che stiamo controesaminando dovrà (potrà) rispondere alla nostra domanda con un sì o con un no, molto più facilmente rispetterà la consegna se a nostra volta avremo usato poche parole nel formulare la domanda⁷¹.

⁶⁸ Cfr. D. CARPONI SCHITTA, *Modi dell'Esame e del Controesame*, cit., p. 323.

⁶⁹ Così testualmente F. J. WROTTSLEY, *The Examination of Witness in Court*, London, 1910, p. 70.

⁷⁰ Cfr. R. BLACK, *Irving Younger's Ungodly Ten Commandments*, pubblicato il 18 luglio 2012 sul sito <http://www.royblack.com/blog/irving-youngers-ungodly-ten-commandments/>

⁷¹ Si vedano gli studi di G. RIZZOLATI, *The mirror neuron system and imitation*, in S. HERLEY-S. CHATER, (a cura di), *Perspectives on Imitation. From Neuroscience to Social Science*. Cambridge, 2005, pp. 55-76 citati da L. DE CATALDO NEUBURGER, in *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 172.

Le domande dovranno vertere su fatti, non su opinioni⁷² o giudizi di valore.

Di seguito una esemplificazione di ciò che può accadere quando non si rispetta questa indicazione: è la trascrizione dell'inizio del controesame del Procuratore distrettuale, Moira Lasch, nei confronti di William Kennedy Smith, nipote di John Kennedy, accusato nel 1991 dello stupro della giovane Patricia Bowman ed in seguito assolto.

PROCURATORE Quindi lei definisce Patricia Bowman una bugiarda, o no?

DIFENSORE: Obiezione Vostro Onore, si chiede al testimone (l'imputato in realtà, nds.) di caratterizzare una persona...

PROCURATORE: Non è stata una sua dichiarazione pubblica?

WKS: Cosa non è stata una mia dichiarazione pubblica?

PROCURATORE: "È una terribile bugia": non costituiva indicazione al mondo che era una bugiarda?

DIFENSORE: Obiezione Vostro Onore, ancora una volta...

GIUDICE: Accolta

PROCURATORE: Non era un modo per far sì che nessuno le credesse?

DIFENSORE: Ancora obiezione Vostro Onore.

GIUDICE: Accolta...

PROCURATORE: Non ha portato avanti la sua minaccia, Mr. Smith, di fare tutto ciò che poteva perchè nessuno potesse crederle?

WKS: Mrs. Lasch, io non..., ho cercato dentro di me ogni sera da quel 29 marzo per cercare di capire perché Patty abbia fatto affermazioni sul mio conto che non sono vere che stanno distruggendo la mia famiglia, distruggendo la mia carriera e che magari mi manderanno in galera per i prossimi 15 anni... non so perché Patricia debba fare una cosa del genere non capisco perché una qualsiasi persona possa fare una cosa del genere.

PROCURATORE: E perché Patricia dovrebbe farlo? Ha detto che si è guardato dentro, proviamo a vedere un po' di cose: Patricia non ha preso soldi per nessuna ragione connessa al caso, lo sapeva?

DIFENSORE: Obiezione, Vostro Onore, non è un fatto di cui sia stata data prova nel processo...

PROCURATORE: Bè l'ha sentita che ha testimoniato su questo punto, Mr. Smith, ha sentito che ha rifiutato tutte le offerte di soldi, di non aver preso o accettato soldi, assolutamente

WKS Io l'ho sentita testimoniare di non aver accettato soldi..., l'ho sentita testimoniare tante cose che non erano vere...

PROCURATORE: Sta dicendo che invece ha accettato i soldi?

WKS: Non sto dicendo che ha preso soldi, tutto quello che sto dicendo è che non so, in questo momento, se li ha accettati oppure no.

PROCURATORE Bè non è apparsa in nessuno show televisivo, non ha cercato pubblicità.

WKS: No, anche se dei suoi avvocati sono apparsi in molti programmi televisivi.

PROCURATORE: Mr. Smith uno dei suoi avvocati è apparso alla televisione dopo che Lei ha rilasciato un comunicato pubblico dicendo che era una terribile bugia, e solo per dire "lei non sta mentendo", non è così che sono andate le cose?

⁷² L'opinione scientifica del consulente tecnico, invece, può senz'altro essere oggetto di controesame.

R: Non ho guardato l'apparizione televisiva dell'avvocato e non so come sia stata la sua performance in quello show, io non sono mai apparso in nessuno show, né i miei avvocati in quel momento erano ancora apparsi in televisione, tutto ciò che ho fatto è stato rispondere a una cosa che avevo letto su di me e che non era vera.

PROCURATORE: Ora lei sta dicendo che questa... qual è la motivazione allora? Perché passare attraverso tutto questo? Ha detto che ci ha pensato molto, ci dica qual è la sua motivazione.

WKS: Mrs. Lasch, io non capisco perché Patty mi accusi di averlo fatto, io non capisco perché chiunque debba accusare qualcuno, accusare me di quello che Patty Bowman mi sta accusando di aver fatto. Non capisco perché qualcuno dovrebbe distruggere la carriera di un'altra persona, attaccare la mia famiglia, questo io capisco, capisco che Patty Bowman ha molti problemi. Ha parlato del suo collo⁷³, ha parlato di suo figlio, ha parlato del rapporto con la sua famiglia. Tutte queste cose mi fanno sentire veramente dispiaciuto per Patty Bowman. Ma Patty Bowman qui non è il punto. Il punto qui è che io sono innocente e come ti puoi difendere quando qualcuno pronuncia la parola "stupro" e continua e continua a ripeterla? E quando tu chiedi di cosa stanno parlando, tutto ciò che dicono "dovremmo parlare del mio collo, o di mio figlio"... è di questo che stiamo parlando. Mi piacerebbe che lei mi dicesse come mi dovrei regolare con questo.

E le domande devono riguardare fatti anche per evitare le reazioni dei giudici più attenti.

PRESIDENTE: Avvocato, non mi sono spiegato, temo di non essermi spiegato, le domande le dobbiamo fare sui fatti.

AVVOCATO: Però, Presidente, le spiego, questa situazione è molto complessa.

PRESIDENTE: Non c'è bisogno che me lo spieghi lei, questo l'ho capito anch'io, devo spiegare, io a lei che, se vuole fare domande in quest'aula, deve fare quello che dico io, altrimenti non le fa. È diverso il problema. Faccia domande sui fatti, non ci interessa l'atto, faccia la domanda sul fatto, non c'è bisogno di parlare dell'atto, parli del fatto, la circostanza di fatto che le interessa, può fare anche duecento domande ma parlando di fatti e senza fare premesse, come ha fatto anche l'ultima volta.

Un altro aspetto fondamentale è quello di isolare una domanda per ogni fatto che si intende "estrarre" dal testimone, anche in questo caso per ragioni legate al controllo del testimone, alla chiarezza del racconto e al ritmo.

Si immagini una domanda formulata come segue: «Lei va spesso a fare uso di droga al parco con suo cugino o i suoi amici?», un semplice «no» non ci consente di estrarre nemmeno un'informazione – immaginando che sia nostro interesse difensivo estrarre una o più di queste informazioni dal testimone⁷⁴.

Allo stesso modo, una domanda come «Lei alle 9.30 di sabato 28 giugno trovandosi a Roma all'incrocio tra viale Italia e corso Indipendenza insieme al signor

⁷³ All'età di 14 anni aveva subito un grave infortunio al collo a seguito di un incidente automobilistico, circostanza emersa nel corso dell'esame.

⁷⁴ L'esempio si deve a G. GULOTTA (e collaboratori), *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2000, p. 662, dove è utilizzato per la diversa (e molto interessante) finalità di illustrare come sia il tono dove si posa la voce ad indicare e sollecitare una diversa risposta.

Sergio Rossi eravate diretti al Bar di piazza Barberini e siete passati davanti al Supermercato Essi?» può ben generare una risposta «no», che non può definirsi falsa da parte del testimone se è stato lì 20 minuti prima delle 18, se il suo ufficio è distante, o si trova in una via diversa, o era solo, o non stava andando al bar e così via. Si tenga presente che molti testimoni, che mai mentirebbero apertamente, non si fanno, però, scrupolo, secondo convenienza, nel creare una falsa impressione attraverso omissioni.

Di seguito un esempio di come svolgere in modo adeguato un controesame, un fatto alla volta.

D: Ora le farò qualche domanda su ciò che avvenne nella mattinata del 28 giugno. Lei si trovava a Roma?

D: Nei pressi del suo ufficio?

D: Il suo ufficio è in via della Purificazione?

D: Intorno alle 9.30 era in via Vittorio Veneto?

D: Era in compagnia di Sergio Rossi?

D: Stavate andando al bar?

D: In piazza Barberini?

D: Siete passati davanti al Supermercato Essi?

D: Il supermercato era chiuso?

È un quadro breve e semplice che si presta molto bene a riepilogare alcuni concetti sinora espressi.

Si vede chiaramente l'importanza della scomposizione in più fatti.

Alla domanda prima ipotizzata, quand'anche semplificata in: «il 28 giugno lei stava camminando in via Vittorio Veneto in compagnia di Sergio Rossi?», una risposta che non sia «sì», obbliga il testimone a spiegare la sua risposta e, nel farlo, a dare informazioni che non abbiamo deciso noi che lui dia: «No, ero con Sergio Rossi ma da tutt'altra parte», «Sì ero in via Vittorio Veneto, ma con Mario Bianchi», «quando ero in via Vittorio Veneto Mario Bianchi non c'era, è arrivato dopo insieme a Tizio e Caio...».

Si comprende facilmente la preparazione che questo sistema impone: per poter "domandare" affermando «il supermercato era chiuso», è necessario che, preparando il controesame, ci si sia accertati preventivamente della circostanza.

Di seguito un'altra efficace esemplificazione della diretta relazione tra formulazione delle domande e controllo del testimone.

Nel caso che si propone si ipotizza che lo scopo del controesaminatore sia quello di mostrare che il testimone ha un pregiudizio nei confronti del proprio assistito, a causa di un litigio occorso tempo prima.

Immedesimiamoci nel giudice che ascolta: immaginate la risposta che vi attendereste dal testimone alla sbarra ad una domanda formulata come segue⁷⁵:

⁷⁵ L'esempio si deve a J. A. TANFORD, *Keeping Cross-Examination Under Control*, consultabile alla pagina [web http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=facpub](http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=facpub).

«Non è vero che lei ha un pregiudizio nei confronti del signor Tizio per via del litigio che avete avuto?».

Sempre immedesimati nel Giudice, proviamo invece a catturare l'impronta dello scambio diverso:

D: Ora le farò qualche domanda sul 14 agosto 2013, quel giorno lei ha partecipato ad una festa?

D: A casa di Caio?

D: Tizio era presente alla festa?

D: Intorno alle 22 Lei e Tizio avete iniziato a litigare?

D: Tizio le ha dato un pugno?

D: Lei gli ha detto che lo odiava?

D: E poi gli ha detto che gliel'avrebbe fatta pagare?

Anche in questo secondo caso il testimone spiegherà o proverà a spiegare che il litigio non ha nulla a che vedere con le sue dichiarazioni rese in esame circa la responsabilità del nostro cliente Tizio, ma con quanta efficacia in meno?

Per concludere il discorso sul metodo di formulazione delle domande si concedano ancora due rilievi.

Non è consigliabile introdurre nella domanda dettagli secondari, giacché questi potrebbero consentire al testimone di rispondere negativamente o, comunque, in maniera ambigua, laddove la risposta attesa è affermativa, e, persino, di esprimersi ben oltre l'affermazione o la negazione.

D: L'aggressore indossava un cappello rosso?

R: No.

D: L'aggressore indossava un cappello rosso?

R: No, ora che mi ci fa pensare il capello rosso lo indossava l'altro ragazzo, il suo cliente, quello che si è messo a gridare: "spaccalo..., spaccalo in due" mentre l'altro con il cappello blu iniziava a spingere la vittima.

Se il punto da estrarre è che l'aggressore indossava un cappello, quello sarà il solo fatto da domandare; se è interesse anche ottenere conferma del colore del cappello (ma, oltre che un buon motivo, occorrerà una solida base su cui ritenere che il testimone confermerà il colore del cappello), si dividerà la domanda in due.

D: L'aggressore indossava un cappello?

R: Sì.

D: Rosso?

R: No, blu. (in ipotesi)

D: Va bene, indossava un cappello blu (e si prosegue oltre...)

Infine, è quasi sempre inutilmente rischioso introdurre nelle domande parole che implicano una conclusione, una consequenzialità o una contraddizione: «quindi, pertanto, così, tuttavia, di conseguenza, infatti» sono tutte espressioni che presuppongono una valutazione e che invitano o comunque consentono al testimone

di contestare il nesso che si vuole evidenziare; le valutazioni non possono essere lasciate al testimone, ma sono esclusiva prerogativa dell'avvocato nella discussione finale⁷⁶.

Si badi, da ultimo, che anche una domanda strutturata in maniera formalmente corretta, suggestiva, chiara, breve, precisa, può pur sempre rimanere una domanda stupida⁷⁷:

AVVOCATO: Signor Dritto, la Sua motocicletta è in grado di andare ad una velocità superiore a quella del limite di 70 miglia orarie, non è così?

IMPUTATO: Certo che può superare il limite, ma le possibilità implicite in quella attitudine fisica sono irrilevanti ai fini di questo processo. Non siamo qui per valutare quello che avrei potuto fare, è invece onere dell'accusa provare, se riesce, che io stavo facendo ciò che si sostiene io stessi facendo. Se fosse diversamente potreste stare qui ed accusarmi di stupro, sulla base del fatto che possiedo l'apparato necessario.

4.3. Come ordinare la sequenza delle domande: un ulteriore strumento per raccontare in modo efficace la propria storia.

L'ultimo argomento che si affronterà attiene ai criteri per stabilire l'ordine con cui le domande saranno rivolte al testimone (o consulente tecnico, etc.).

Ribadendo che si tratta di una materia in cui esistono più che altro regole flessibili, proviamo però a fornire anche in questo caso una indicazione generalmente valida, da tenere come ipotesi di lavoro.

Selezionati gli argomenti che intendiamo affrontare con il testimone, coerenti con la nostra "teoria del caso", prima di stabilire l'ordine delle domande è necessario classificare le domande (e le risposte attese) in termini di "alta sicurezza", "media sicurezza", "bassa sicurezza"⁷⁸.

Considereremo esemplificativamente ad "alta sicurezza" argomenti in cui:

- a. il testimone ha reso informazioni in precedenza in una dichiarazione scritta o in una deposizione;
- b. l'informazione può essere reperita in documenti o prove acquisiti o acquisibili (fotografie, filmati certificati, documenti);

⁷⁶ Così nel 1925 annota l'estensore della sentenza "Regina d'Inghilterra contro Baldwin" «Così spesso si sentono porre ai testimoni domande che hanno proprio la natura di un invito a discutere. Per esempio domande come «sta dicendo che...», «ciò che dice implica...». Se il testimone fosse una persona equilibrata, con la massima educazione direbbe: «Quello che secondo lei implica non è affar mio. Io non sono qui per fare valutazioni. Sono qui per rispondere a domande rilevanti. Quali siano le conclusioni da trarre dalle mie risposte non mi riguarda e, per quanto riguarda i suggerimenti, li lascio ad altri.».

⁷⁷ La semplificazione è ripresa da P. M. BROWN, *The Art of Questioning*, cit., p. 22.

⁷⁸ L'originaria classificazione è di J. A. TANFORD, *The trial process: Law, Tactics and Ethics*, Charlottesville, 2002, p. 30.

- c. si stanno chiedendo al testimone informazioni di cui dovrebbe essere a conoscenza e su cui comunque saranno chiamati a riferire altri testimoni, maggiormente credibili.

Gradatamente, considereremo domande a “media” sicurezza le seguenti:

- a. quelle in cui una risposta sfavorevole contrasta con il senso comune;
- b. quelle sulle quali il testimone sa di poter essere smentito da altri testimoni “indipendenti”;
- c. quelle che implicano una conferma di ciò che si può dedurre dalle precedenti dichiarazioni di un altro testimone, ma di cui l’esaminato non ha a sua volta riferito in precedenza.

Al confine tra le domanda a sicurezza “media” e quelle a sicurezza “bassa”, sta la richiesta di confermare che qualcosa *non* è accaduto, sulla base del fatto che in precedenza il testimone non ne ha riferito. Se nella relazione di un incidente stradale non troviamo scritto che il nostro cliente è stato sottoposto al test alcolimetrico e che è risultato ubriaco, possiamo ragionevolmente supporre che non sia accaduto.

L’argomento si definirà “a bassa sicurezza” o, specularmente, “ad alto rischio” ogni qualvolta non abbiamo una base ragionevole per ritenere più probabile una risposta favorevole rispetto ad una sfavorevole.

In linea generale, anche solo per non intaccare la nostra credibilità agli occhi del giudice, faticosamente guadagnata, eviteremo di formulare domande su tali argomenti.

Due eccezioni all’indicazione di non rivolgere domande ad alto rischio:

- a. se il beneficio di una risposta favorevole è maggiore in modo sproporzionato al danno di una risposta negativa;
- b. quando la partita è comunque disperata: se l’esito (del processo intero o di quello specifico segmento) è già inesorabilmente indirizzato negativamente è certamente consentito assumere rischi elevati.

Al di fuori della classificazione, perché da non fare assolutamente, ci sono quelle “sicuramente dannose”, a cui (ahinoi), è frequentissimo assistere: in tale categoria si inscrivono tutte le domande in cui si chiede al testimone di cambiare la propria testimonianza. Il controesaminatore pretende in questi casi che il testimone concordi o riconosca elementi della sua teoria del caso, o addirittura affermi di essersi sbagliato laddove in esame o comunque in precedenza abbia dichiarato qualcosa di diverso: sennonché, solo nelle opere di fantasia il testimone cede e ammette che il controesaminatore ha ragione, mentre di solito continuerà a ripetere «no».

Si consideri il seguente esempio.

D: Lei non ha visto l’automobile, non è così?

R: Sì, l’ho vista, l’ho detto prima.

D: Da dov’era lei non poteva vedere l’automobile, non è così?

R: Glielo ripeto, avvocato, io l’ho vista l’automobile.

D: Lei non poteva vederla l’automobile?

R: Avvocato, quante volte le devo dire che l'automobile l'ho vista?

È la sindrome di Perry Mason di cui parla Mac Carty:

«Il testimone è alla sbarra, Perry si alza per controesaminarlo. Dopo pochi minuti di controesame, non particolarmente valido, di Perry, il testimone comincia a cedere. Alla fine cade in pezzi, scuote la testa e dice: “No, signor Mason, devo dirle la verità. Non è stato il suo Johnny a rapinare la banca, sono stato io”. Tutti nell'aula gridano “Allelujah”, il Giudice assolve l'imputato e il pubblico ministero, Hamilton Berger, viene riletto. È ciò che succede sempre».

Così prosegue icasticamente Mac Carty: «immaginate di avere alla sbarra una testimone, immaginate che la testimone sia stata molestata alle 11 del mattino sotto un viadotto, mentre tornava a casa. Ora è in udienza e in esame ha testimoniato che è stato il vostro cliente a molestarla. Voi dovete controesaminarla. A questo punto la sindrome di Perry Mason fa pensare agli avvocati che potranno far sì che la testimone cambi idea al punto che dovrà cedere e dire: “Oh avvocato, non posso più vivere con questa bugia. Non è stato il suo Johnny a molestarmi. È stato... è stato il Pubblico Ministero laggiù».⁷⁹.

Ed è sempre Terry Mac Carty a raccontare che nell'unico caso, a lui noto in 40 anni di professione, di testimone che cambia versione autoaccusandosi – era un processo per possesso di armi – il difensore, gelato, ha guardato il testimone e poi il giudice. Il giudice non sapeva a sua volta cosa fare e dopo un po' di minuti di silenzio ha disposto un rinvio per valutare come uscire dall'*impasse*⁸⁰.

La classificazione delle domande qui proposta ha significative ricadute nella scelta dell'ordine degli argomenti da affrontare in controesame. Sottolineando ancora una volta che si tratta di indicazioni “di massima” – regola assoluta⁸¹ è quella di conoscere in anticipo lo scopo di ciò che si sta facendo – proponiamo di seguire l'ordine “nestoriano”⁸²: inizieremo, dunque, con argomenti “ad alta sicurezza”, lasciando a metà gli argomenti caratterizzati da maggiore incertezza, per poi finire con altri argomenti forti.

L'ordine nestoriano trova la sua legittimazione e ragione profonda in quegli studi che hanno dimostrato come l'impressione iniziale sia decisiva per l'attenzione

⁷⁹ T. MAC CARTHY, *On Cross-Examination*, cit., pp. 26 ss.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ La tradizione retorica sulla *dispositio*, cioè l'ordine in cui devono essere disposti fatti e argomentazioni, conosce tre metodi: 1) Ordine crescente: dagli argomenti deboli a quelli forti; il vantaggio è che gli ultimi argomenti trattati vengono ricordati meglio; 2) Ordine decrescente: dagli argomenti forti a quelli deboli; il vantaggio è il forte impatto del primo argomento; 3) Ordine nestoriano o omerico: gli argomenti forti vengono disposti all'inizio e alla fine.

⁸² Dal modo in cui Nestore, il più vecchio e il più saggio dei re greci che sotto la guida di Agamennone assediavano Troia, nel libro IV dell'Iliade dispone le sue truppe: In prima ei pose Alla fronte coi carri e coi cavalli I cavalieri, e al retroguardo i fanti, Che molti essendo e valorosi, il vallo Formavano di guerra. Indi nel mezzo I codardi rinchiuse, onde forzarli Lor mal grado a pugnar.

che viene in seguito prestata⁸³ e che la sensazione al momento della conclusione sia quella che determina un giudizio complessivamente positivo o negativo della situazione a cui si è assistito⁸⁴.

Si propone, dunque, il seguente ordine:

- a. informazioni favorevoli, “ad alta sicurezza”, su argomenti in discussione;
- b. informazioni favorevoli “ad alta sicurezza” a conferma dei nostri principali testimoni, o comunque della nostra teoria del caso (se il principale obiettivo del controesame è attaccare la credibilità del testimone o della testimonianza, anche a costo di perdere l’impatto di una partenza “forte”, potrebbe essere più opportuno “estrarre” le informazioni utili, prima di entrare in un clima di contrapposizione con il testimone che, una volta capita la prospettiva, potrebbe non essere più disponibile a concedere nemmeno un dettaglio in favore del nostro interesse);
- c. informazioni favorevoli “a media sicurezza” sul contenuto della deposizione;
- d. informazioni favorevoli “a media sicurezza” funzionali ad attaccare la credibilità del testimone o della testimonianza;
- e. informazioni favorevoli ad alta sicurezza funzionali ad attaccare la credibilità della testimonianza;
- f. informazioni favorevoli ad alta sicurezza funzionali ad attaccare la persona del testimone.

Non è un caso che nell’elenco non siano riportate le informazioni “a bassa sicurezza”: di regola, infatti, ci asterremo dall’entrare in tale campo e nemmeno sarà necessario; ovviamente non compaiono le domande “dannose”.

Va, inoltre, sottolineato che l’attacco alla persona del testimone deve essere legato solo ad “informazioni ad alta sicurezza”: non c’è nulla che pregiudichi maggiormente l’immagine dell’avvocato in un processo – che perde in conseguenza di credibilità agli occhi del giudice – che l’attacco personale rivolto al testimone in assenza di solidissime basi⁸⁵.

⁸³ Sostiene sul punto L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 188: «Una volta che si sia formata una prima impressione, ci sarà la forte tendenza a mantenerla a dispetto delle informazioni contrarie che il soggetto successivamente può ricevere. Gli psicologi spiegano questo fenomeno osservando che gli individui fanno affidamento sulla prima impressione perché fornisce uno schema intorno al quale organizzare tutte le altre informazioni. In altri termini, sembra che le prime impressioni o le prime informazioni ricevute attivino uno schema che sarà utilizzato in seguito per integrare e dare un senso ad ulteriori informazioni quando si arriverà ad una valutazione finale».

⁸⁴ Si veda sul punto W. M. O’BARR, *Linguistic Evidence, language, Power and Strategy in the Courtroom*, New York, 1982, *passim*.

⁸⁵ Per una panoramica dei profili etici e deontologici dell’attacco al testimone, [D. RYAN, Propriety and Impropriety in Cross Examination](#), Seminario per la formazione permanente dell’Associazione Avvocati del Nuovo Galles del Sud.

Ora, la classificazione proposta risulterebbe forse scolastica e di minore utilità pratica se non sottolineassimo che, nello stabilire l'ordine delle domande, il parametro della sicurezza necessariamente deve interagire con quello della rilevanza rispetto alla teoria del caso. Nell'esempio proposto di seguito, tratto dal controesame di Herman Goering nel processo di Norimberga⁸⁶, il procuratore statunitense, Mr. Robert H. Jackson, inizia il controesame con un argomento "ad alta sicurezza", ma l'esordio è completamente errato dal momento che, in un processo in cui la condanna è pressoché scontata sin dall'inizio e si discute di morale e storia, l'imputato viene elevato a più autorevole fonte interpretativa dei fatti occorsi, oggetto delle successive domande.

MR. JACKSON: È consapevole del fatto che forse lei è l'unica persona al mondo che può esporci i veri propositi del partito nazista e l'effettivo funzionamento della sua leadership?

GOERING: Ne sono perfettamente consapevole.

MR. JACKSON: Lei, sin dall'inizio, insieme con quelli con cui si è associato, avevate intenzione di rovesciare e poi effettivamente avete rovesciato la repubblica di Weimar?

GOERING: Per quanto mi riguarda era la mia ferma intenzione.

MR. JACKSON: E, preso il potere, avete immediatamente abolito il governo parlamentare in Germania?

GOERING: Lo trovavamo non più necessario. Mi piacerebbe anche enfatizzare il fatto che, per di più, eravamo il partito più forte in parlamento e avevamo la maggioranza. Ma ha ragione quando dice che l'abbiamo fatta finita con la procedura parlamentare perché i vari partiti sono stati smantellati e proibiti.

5. L'unica conclusione è che siamo solo all'inizio.

All'origine di questo lavoro sta l'ipotesi che la capacità di utilizzare il controesame in maniera efficace non è un problema di abilità innate: «tutti possono fare un buon controesame sapendo come», ci si proponeva nella promessa.

L'approfondimento così tratteggiato ha – ad avviso di chi scrive – offerto conferma dell'originaria intuizione: nei contesti di *common law*, in cui la cross-examination ha una storia ben più lunga del quarto di secolo italiano, il controesame viene trattato come disciplina pratica, come una tecnica, che ha capitoli dedicati nei manuali di *Trial Advocacy*, che viene discussa e insegnata nelle *law schools*.

D'altra parte, allorché è stato introdotto in Italia il sistema accusatorio, del controesame non vi era alcuna esperienza pratica e sul controesame come «tecnica» – come strumento euristico certamente sì – non vi era nessuna elaborazione scientifica.

Probabilmente lo sviluppo di una riflessione sul controesame come "disciplina" è risultato appiattito da questa interazione negativa tra inesperienza pratica ed equivoco teorico, come in un circolo vizioso, non aiutata dalla coincidenza tra giudice "della prova" e "del merito".

⁸⁶ Il materiale relativo al processo di Norimberga è reperibile al sito internet http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp, inclusi capi di imputazione, trascrizioni delle udienze, sentenze, documenti, etc.

Oltreoceano invece, – si è visto – esiste una «genealogia» di grandi controesaminatori e davvero copiosa è la letteratura che si è occupata dell'argomento, con quel caratteristico taglio pragmatico certamente efficace per una disciplina pratica come il controesame.

Molti sono gli esempi tratti dall'esperienza forense di Paesi di *common law*, soprattutto statunitense, di utilizzo magistralmente efficace del controesame, con forme e modi per certi aspetti imprevisi e imprevedibili.

Ci si è interrogati se quelle forme e quei modi propri della prassi e dell'elaborazione dei paesi di *common law*, potessero essere riproposti come fondamenti metodologici del controesame per l'esperienza italiana.

Non poche voci⁸⁷, infatti, si erano levate, sin dal momento dell'introduzione del sistema accusatorio nel nostro Paese, sottolineando una ipotetica diversità di finalità tra il controesame italiano e quello statunitense, dovuta al diverso destinatario dell'opera di persuasione, il giudice in Italia, la giuria negli Stati Uniti.

Voci che già scontavano un vizio di fondo, dal momento che gli insegnamenti sul controesame nei sistemi di *common law* sono comuni ai processi penali con giuria ed ai processi civili decisi da un giudice togato, arbitro anche della prova.

La ricerca condotta ha convinto chi scrive che si possa (*rectius* si debba) tentare di fondare un "sistema" di controesame in Italia, partendo dall'elaborazione scientifica e prasseologica dei Paesi a più lunga tradizione *adversary*: la prassi, oltre che la riflessione, mostrano la maggiore efficacia di un approccio metodologicamente fondato e quest'idea merita di essere coltivata.

La sola (benché insostituibile) pratica, non assistita da adeguata riflessione metodologica, ha condotto alla situazione che si descriveva all'inizio.

Il tempo, l'esperienza e il contributo di altri ampliaranno orizzonti e apriranno prospettive impensate, né con questo intervento si intendeva proporre un modello "chiuso".

I suggerimenti illustrati potrebbero essere viziati da errori o ingenuità che il tempo filtrerà; molti altri sono gli argomenti e i suggerimenti, pure importanti e qui in parte solo accennati, che ancora si possono offrire sulla materia: il modo di selezionare ed organizzare il materiale necessario, le transizioni tra blocchi di domande, la gestione delle interruzioni di giudici e pubblici ministeri, il controesame del "testimone esperto", le contestazioni, i profili etici e deontologici, lo stile e gli esercizi che si possono fare per migliorare la tecnica sono solo alcuni dei profili meritevoli di approfondimento.

L'unica conclusione possibile è che siamo solo all'inizio, per questo occorre trasformare in un'esortazione la considerazione di Fassone: «Moltiplicando per cento il materiale di osservazione, avremmo probabilmente un innalzamento del livello complessivo degli operatori processuali, e alla fine una miglior qualità di risultati»⁸⁸;

⁸⁷ Si veda C. DI MARTINO-T. PROCACCINI, *La prova testimoniale nel processo penale*, cit., pp. 248-250 e gli Autori ivi citati.

⁸⁸ E. FASSONE, Presentazione, in G. CAROFIGLIO, *Il Controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, cit., p. XIX.

dunque non si può che riproporre il suggerimento pionieristico del compianto Corso Bovio: «Dovremmo prevedere corsi teorici e prove pratiche di questa arte. Forse potremmo cominciare noi avvocati, direi persino nei nostri studi professionali, a testare, davanti ad un collega “impietoso”, se e come siamo capaci di far raccontare, ad esempio ad una segretaria, quanto è successo in un pomeriggio, compresi i particolari più banali»⁸⁹.

⁸⁹ C. BOVIO, *Esame, controesame e convincimento del Giudice* cit., p. 83 Il suggerimento pionieristico di C. BOVIO potrebbe essere arricchito da numerosissimi esempi e studi sulla didattica dell'esame testimoniale che si rinvencono nella letteratura nord-americana sulla *trial advocacy*, materia di insegnamento universitario.