



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA IN
GIURISPRUDENZA**

Tesi di laurea in Diritto processuale penale

**“IL MINORE TESTIMONE NEL PROCESSO PENALE: TRA
ESIGENZE DI PROTEZIONE E RICERCA DELLA
VERITÀ”**

Relatore:

Chiar. mo. Prof. Mitja Gialuz

Candidato:

Vittoria Casalnuovo

Anno accademico 2021 – 2022

SOMMARIO

INTRODUZIONE	III
CAPITOLO 1	1
LA TUTELA DEL MINORE TESTIMONE NEL PROCESSO PENALE.....	1
SEZIONE I	1
LE FONTI SOPRANAZIONALI ED EUROPEE	1
1. LA CONVENZIONE DI NEW YORK SUI DIRITTI DEL FANCIULLO DEL 1989.....	1
2. LA CEDU E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO ...	1
3. IL CONTESTO EUROPEO: LA DECISIONE QUADRO 2001/220/GAI	6
4. (SEGUE) LA CONVENZIONE DI LANZAROTE DEL 2007	8
5. (SEGUE) LA DIRETTIVA 2012/29/UE	11
6. LA PROTEZIONE DEL MINORE NELLA CARTA COSTITUZIONALE.....	18
7. LE REAZIONI DEL LEGISLATORE ITALIANO ALLE SOLLECITAZIONI SOPRANAZIONALI ED EUROPEE	20
8. (SEGUE) LE MODIFICHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE AD OPERA DELLA L. 172/2012	23
9. (SEGUE) IL D.LGS 212/2015 E L’INTRODUZIONE DELLA “CONDIZIONE DI PARTICOLARE VULNERABILITÀ”	27
10. LE LINEE GUIDA PER L’ESAME DEL MINORE CONTENUTE NELLA CARTA DI NOTO: UN VERO E PROPRIO CORPUS NORMATIVO O MERE DIRETTIVE?.....	31
CAPITOLO 2	35
LE DICHIARAZIONI DEL MINORE TESTIMONE VITTIMA DI REATO	35
SEZIONE I	35
LA FASE PRELIMINARE	35
1. LE ESIGENZE DI PROTEZIONE DEL DICHIARANTE MINORENNE E QUELLE DI SALVAGUARDIA DELLA GENUINITÀ DELLA PROVA: UN DIFFICILE BILANCIAMENTO.....	35
2. IL MINORE SENTITO COME “PERSONA INFORMATO SUI FATTI”	37
2.1 L’AUDIZIONE MEDIATA: LA PRESENZA OBBLIGATORIA DELL’ESPERTO IN PSICOLOGICA E PSICHIATRIA INFANTILE	40
2.2 L’ASSUNZIONE DI INFORMAZIONI NEL CORSO DELLE INDAGINI DIFENSIVE	43
2.3 IL DIBATTITO CIRCA L’UTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI ASSUNTE IN ASSENZA DELL’ESPERTO	45
3. L’ASSISTENZA AFFETTIVA E PSICOLOGICA PREVISTA DALL’ART. 609-DECIES C.P.	48
4. L’INCIDENTE PROBATORIO “SPECIALE”	51
5. (SEGUE) LA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO. ASPETTI PECULIARI.....	54
5.1 IN PARTICOLARE, LA DISCOVERY TOTALE DEGLI ATTI DI INDAGINE.....	55
5.2 IN PARTICOLARE, LE MODALITÀ DI CONDUZIONE DELL’INCIDENTE PROBATORIO	58
5.3 IN PARTICOLARE, GLI STRUMENTI DI DOCUMENTAZIONE.....	62

SEZIONE II.....	65
IL DIBATTIMENTO	65
6. LA CAPACITÀ TESTIMONIALE DEL MINORE	65
6.1 L'indagine psicologica: l'accertamento peritale	67
6.1.1 La valutazione della capacità intellettuale ed affettiva del minore	70
6.1.2 La valutazione della credibilità del minore	71
7. L'ESAME DIBATTIMENTALE "ATTUTITO": LA PRESENZA SOLO EVENTUALE DELL'ESPERTO IN PSICHIATRIA INFANTILE	72
8. L'AUDIZIONE "PROTETTA": L'ART. 498, COMMA 4-BIS E 4-TER C.P.P.	76
8.1 Le fasi principali dell'intervista	79
8.2 Le tecniche di intervista	82
8.2.1 L'intervista graduale.....	82
8.2.2 L'intervista cognitiva.....	83
8.2.3 L'intervista strutturata	85
9. La violazione dell'obbligo giudiziale di disporre modalità protette: mera irregolarità?	86
10. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA DEL MINORE TESTIMONE	88
10.1 (Segue) Il divieto di pubblicazione	90
10.2 (Segue) Il dibattimento a porte chiuse.....	92
11. L'ESAME DIBATTIMENTALE DEL MINORE CHE ABBA GIÀ RESO DICHIARAZIONI: L'ECCEZIONE PREVISTA DALL'ART. 190-BIS C.P.P.	93
12. LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE IN APPELLO	97
CAPITOLO 3	104
IL FALSO RICORDO: PROBLEMI DI ATTENDIBILITÀ DELLE TESTIMONIANZE DEI MINORI.....	104
1. LA MEMORIA DEL TESTIMONE: L'ACCURATEZZA DEL RICORDO	104
2. FENOMENI DI DISTORSIONE DELLA MEMORIA	109
2.1 L'amnesia infantile.....	109
2.2 Il falso ricordo	111
3. L'ELEVATA SUGGESTIONABILITÀ DEL MINORE	115
4. L'ATTENDIBILITÀ DELLA TESTIMONIANZA: IL RUOLO DEL GIUDICE NEL "VAGLIO RIGOROSO DI ATTENDIBILITÀ".....	121
4.1 Le regole di valutazione della prova di cui all'art. 192, c.p.p.....	123
4.2 Il protocollo SVA e l'esame delle informazioni relative al caso	127
4.3 Il CBCA dell'intervista	129
5. LE QUESTIONI "CONTROVERSE" NELLA PSICOLOGIA DELLA TESTIMONIANZA	132
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	135
BIBLIOGRAFIA	146

INTRODUZIONE

Nel corso degli ultimi decenni, il diritto internazionale ha prestato una crescente attenzione alla figura del minore, considerato *in re ipsa* “vulnerabile” a causa delle sue peculiari caratteristiche psico-fisiche e, perciò, meritevole di una protezione rafforzata tale da consentire uno sviluppo armonioso della sua personalità ancora in fase di formazione.

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (CRC) del 1989 ha rappresentato una vera e propria “rivoluzione copernicana” in materia, elevando il minore da oggetto di protezione a soggetto destinatario di diritti, tra i quali, assume particolare rilievo il diritto di essere «ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne» (art. 12§2). Difatti, il legislatore italiano ha accolto nel codice di rito il principio della c.d. “universalità” dell’obbligo testimoniale, il quale postula il riconoscimento ad ogni persona della «capacità di testimoniare» *ex art.* 196, comma 1, c.p.p., non volendo rinunciare al contributo dichiarativo dei soggetti minori di età, anche se molto piccoli. Tuttavia, ciò non esclude che, nel momento in cui il minore sia chiamato a testimoniare – tenuto conto della sua età e “fragilità” – possa essere destinatario di specifiche forme di tutela, ulteriori rispetto a quelle previste per la generalità dei testimoni. Infatti, è proprio quando il minore si trova a deporre in giudizio, magari in procedimenti aventi ad oggetto reati legati alla sfera della libertà sessuale o, comunque, particolarmente traumatizzanti, che l’esigenza di preservare la sua integrità psico-fisica emerge con maggiore evidenza. Ad ogni modo, l’esigenza di tutela della fonte di prova minore non può mai comportare un annichilimento dei principi cardine del “giusto processo” di cui all’art. 111, Cost. – *in primis*, del diritto al contraddittorio nella formazione della prova – spettando, quindi, al legislatore ordinario operare un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti.

Il presente elaborato si propone di analizzare le modalità attraverso le quali il minore testimone fornisce il suo contributo dichiarativo nelle varie fasi del processo penale, tenendo in primaria considerazione il duplice obiettivo che governa la materia: da un lato, proteggere il minore del fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria, in quanto soggetto “vulnerabile” a causa della sua fragile personalità; dall’altro, la salvaguardia della genuinità e dell’attendibilità del suo contributo dichiarativo, garantendo i diritti della difesa.

L’analisi della peculiare disciplina concernente il testimone minore dettata dal codice di procedura penale italiano è preceduta da una doverosa analisi delle fonti sopranazionali ed

europee in materia, che hanno fornito un contributo essenziale nell'opera di implementazione delle garanzie processuali riconosciute al dichiarante minorenni, in ragione dell'obbligo che grava sul legislatore ordinario di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali *ex art. 117, comma 1, Cost.*

In particolare, l'attenzione viene focalizzata sulla Convenzione di Lanzarote, specificamente dedicata alla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, e alla direttiva 2012/29/UE che – nell'istituire norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – dedica puntuali disposizioni alle «vittime con esigenze specifiche di protezione», tra le quali rientrano a pieno titolo i soggetti minori di età.

In seguito a tale indispensabile premessa, il *focus* della trattazione si sposta sull'analisi delle disposizioni codicistiche dedicate al contributo dichiarativo del minorenni, sia nella delicata fase delle indagini preliminari che in quella dibattimentale.

Con riferimento alla fase delle indagini preliminari, particolare attenzione è dedicata alle previsioni dedicate al minorenni nella sua veste di “persona informata sui fatti” e, perciò, chiamato a rendere «sommarie informazioni» alla polizia giudiziaria o «informazioni» al pubblico ministero» (artt. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, c.p.p.). Si tratta di una fase altamente delicata in quanto, trattandosi di una fase poco “garantista”, le audizioni unilaterali condotte in assenza dei necessari accorgimenti – in particolare, l'ausilio di un esperto in psicologia e psichiatria infantile – sono suscettibili di provocare danni irreversibili sia sull'equilibrio psico-fisico del dichiarante che sulla genuinità del contenuto dichiarativo. Successivamente, l'analisi viene focalizzata sull'istituto dell'incidente probatorio “speciale” (art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.) e sulle modalità del suo svolgimento (art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.), il quale si configura come un meccanismo di assunzione anticipata della prova in contraddittorio – senza che sia necessario attendere il dibattimento – da considerarsi quale sede privilegiata di assunzione della prova dichiarativa del minorenni. È evidente il rischio che il suo ricordo sia particolarmente esposto a suggestioni e al pericolo di dispersione con il trascorrere del tempo, con la conseguenza che la genuinità della deposizione risulterebbe inevitabilmente pregiudicata se non si provvedesse a cristallizzare il suo contributo probatorio nel più breve tempo possibile.

Con riguardo, invece, alla fase dibattimentale, l'attenzione è incentrata sui due “modelli” delineati dal codice di rito per l'esame testimoniale del minorenni, che prevedono peculiari modalità di conduzione dell'esame derogatorie rispetto all'ordinario esame dibattimentale condotto con il metodo della *cross examination*. In particolare, uno pressoché comune per l'escussione di qualsiasi teste minorenni, presidiato da specifiche tutele che lo differenziano

dall'ordinario esame dibattimentale (art. 498, comma 4, c.p.p.), mentre, l'altro, rivolto specificamente ai minori che assumano la veste di vittime del reato e/o persone offese in condizione di particolare vulnerabilità (art. 498, comma 4-ter e 4-quater, c.p.p.).

Viene, inoltre, affrontato il dibattuto tema della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, alla luce delle recenti pronunce della Corte di Strasburgo e delle Sezioni unite, in considerazione della circostanza per cui la testimonianza del minore è spesso ritenuta decisiva e, di conseguenza, posta a fondamento della sentenza che conclude il giudizio, soprattutto nei procedimenti per maltrattamenti o abusi sessuali.

Al termine del presente elaborato, si illustrano alcune nozioni scientifiche relative al funzionamento della memoria del minore, al fine di comprendere come innumerevoli fattori – come, ad esempio, l'età e il coinvolgimento emotivo in un determinato evento – possano interferire nella ricostruzione degli eventi oggetto di testimonianza. In aggiunta, vengono dettagliatamente analizzate le principali tecniche di intervista cui gli operatori giuridici dovrebbero attenersi al fine di condurre l'esame testimoniale del minore nel modo più efficace possibile, senza comportare alcun nocumento al suo equilibrio psicofisico. Infine, sono illustrate le regole di valutazione della prova *ex art. 192, c.p.p.* cui il giudice deve attenersi nel “vaglio rigoroso di attendibilità” della testimonianza del minore, con tutte le complessità che tale operazione porta con sé.

CAPITOLO 1

LA TUTELA DEL MINORE TESTIMONE NEL PROCESSO PENALE

Sezione I

Le fonti sopranazionali ed europee

SOMMARIO: Sezione I – Le fonti sopranazionali ed europee. – 1. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. – 2. La CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Il contesto europeo: la decisione quadro 2001/220/GAI. – 4. (*Segue*) La Convenzione di Lanzarote del 2007. – 5. (*Segue*) La Direttiva 2012/29/UE.

1. *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989*

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (CRC), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre, 1989¹, costituisce il punto di arrivo di numerosi sforzi volti a riconoscere al minore una propria soggettività e, di conseguenza, la titolarità in capo ad esso di una serie di diritti fondamentali. Una volta aperta alla ratifica, la Convenzione ha ottenuto un consenso pressoché unanime, costituendo il documento concernente i diritti umani con il più alto numero di Stati aderenti². Storicamente, il minore è stato considerato un soggetto bisognoso di particolari tutele a causa delle sue caratteristiche psico-fisiche, riconducibili sostanzialmente all'età: vi è una sorta di presunzione di immaturità del minore, considerato incapace di assumere autonomamente e

¹ Con la risoluzione 44/25 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 2 settembre 1990. La disciplina contenuta nella Convenzione è stata poi integrata nel 2000 da due protocolli opzionali, rispettivamente sul coinvolgimento dei fanciulli nei conflitti armati e sulla vendita, prostituzione e pornografia infantile; e nel 2014 da un ulteriore protocollo opzionale, il quale istituisce una procedura di reclami azionabile da organizzazioni non governative e da individui che ritengano aver subito una violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione. Il testo integrale della Convenzione, tradotto in italiano, è reperibile sul sito www.minori.gov.it.

² L'art. 49 CRC richiede, ai fini dell'entrata in vigore, almeno 20 ratifiche: la Convenzione è stata ratificata da 196 Stati, con l'importante esclusione degli Stati Uniti, i quali l'hanno firmata nel 1995 ma non ratificata. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che, al momento dell'adozione della Convenzione, in numerosi Stati americani era ancora praticata la pena di morte sui minori, ponendosi quest'ultima in aperto contrasto con la previsione di cui all'art. 37 CRC.

consapevolmente decisioni riguardanti la propria persona. Tale era l'impostazione dei documenti precedenti alla Convenzione – quali la Convenzione di Ginevra del 1924 e la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959 – in cui la protezione del minore si incentrava sul riconoscimento di specifici doveri di protezione in capo ai genitori o allo Stato, considerando il minore quale mero destinatario passivo di diritti.

È evidente come la necessità di una tutela rafforzata del minore non sia del tutto nuova nel panorama internazionale, ma l'elemento di svolta consiste proprio nella diversa considerazione che si ha del minore stesso, trattato quale "soggetto" di diritti a pieno titolo. Si noti anche lo strumento giuridico utilizzato dalle Nazioni Unite per apprestare questa maggiore tutela ai diritti dei minori: la Convenzione non ha valore di mero impegno morale (come nel caso delle Dichiarazioni), bensì costituisce uno strumento giuridicamente vincolante per gli Stati che l'hanno sottoscritta, impegnandoli a riconoscere e garantire i diritti *ivi* previsti³. Un ulteriore rafforzamento dell'obbligo di esecuzione degli impegni assunti dagli Stati firmatari sono le previsioni contenute negli artt. 43 – 44 CRC, che prevedono l'istituzione del Comitato dei Diritti del Fanciullo, al quale ogni cinque anni gli Stati contraenti devono sottoporre «rapporti sui provvedimenti che essi avranno adottato per dare effetto ai diritti riconosciuti nella presente Convenzione e sui progressi realizzati per il godimento di tali diritti». Ricevuti i rapporti periodici, il Comitato si limita a formulare commenti generali, i quali, tuttavia, non sono giuridicamente vincolanti.

La *ratio* della Convenzione è espressa nel suo Preambolo, dove si legge che «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale necessita di una protezione e cure particolari» al fine di garantire uno «sviluppo armonioso e completo della sua personalità». La Convenzione si apre con la definizione di "fanciullo", considerando tale «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni⁴, salvo se abbia raggiunto la maturità in virtù della legislazione applicabile». Ciò, tuttavia, non esclude che all'interno dei singoli Stati si possano – ed è auspicabile che questi lo facciano – adottare delle diversificazioni di trattamento per fasce d'età⁵, corrispondenti alle diverse fasi di sviluppo del minore, in modo tale da garantire una protezione più attenta alle esigenze del minore coinvolto. Il principio

³ Non osta la presenza di standard più favorevoli contenuti nella legislazione interna di ciascun Stato contraente o in altri documenti internazionali, i quali potranno – e anzi dovranno – trovare applicazione. Cfr. art. 41 CRC.

⁴ Cfr. art. 1 CRC. Secondo S. BUZZELLI, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenne e la giustizia penale in Europa*, in AA. VV., *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Milano, 2015, p. 1, c'è una convergenza piena – sia a livello sopranazionale che a livello europeo – sulla definizione di minorenne.

⁵ In questo senso si è orientata anche l'Unione europea, cfr. Comunicazione della Commissione, *Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*, Bruxelles, 4 luglio 2006, COM (2006) 367, p. 4.

generale che governa l'intera Convenzione è sicuramente quello del “*best interest of the child*” sancito nell'art.3 §1, che nella versione ufficiale inglese recita: «*In all actions concerning children, wheter undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*». Tale principio è stato mutuato dall'esperienza giuridica del common law⁶, in particolare dall'area statunitense, ove è nato e si è sviluppato il dibattito circa i “*children's rights*”⁷. Da un lato, l'orientamento dell'*autonomy* o della *self-determination*, partendo dal presupposto che i minori siano titolari di *rights* – intesi come diritto di poter compiere in autonomia le scelte che riguardano la propria vita – esclude la possibilità di ogni forma di ingerenza altrui (e in particolare dell'autorità pubblica) nelle decisioni che coinvolgono la vita del minore. Dall'altro, l'orientamento della *protection*, ritenendo che i minori non siano in grado di effettuare tali scelte consapevolmente a causa della loro debolezza e vulnerabilità e per evitare che queste possano in qualche modo andare a loro svantaggio⁸, pone l'accento sulla necessità che spetti ad altri soggetti individuare quale siano i loro *best interests* e, di conseguenza, a compiere le scelte che – in quella specifica situazione concreta – garantiscano il massimo benessere per il minore (senza, tuttavia, trascurare anche potenziali altri interessi rilevanti, in un'ottica di bilanciamento). Quest'ultimo orientamento sembra maggiormente essere in linea con il tenore testuale dell'art. 3 §1 nella versione inglese: *interests* è al plurale, lasciando intendere che il minore sia titolare non di un interesse identificabile a priori, bensì di una molteplicità interessi; il superlativo *best* richiede di prendere in considerazione, tra questi, “i migliori”, i più importanti. Tali considerazioni sembrano, tuttavia, stridere con la versione italiana⁹ dell'art. 3 §1, leggendo la quale ci si rende conto che probabilmente il testo ufficiale preso come riferimento e tradotto è stato quello francese, il quale recita: «[...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». La versione francese sembrerebbe alludere

⁶ Si tratta comunque di un principio che non era estraneo ai paesi di civil law: già prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, il principio della tutela dell'interesse del minore era centrale in materia di affidamento in caso di separazione dei genitori.

⁷ E. LAMARQUE, *Il principio del best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2017, p. 23 s.; EAD., *I best interests of the child*, in AA. VV., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, p. 146 s., in www.garanteinfanzia.org, 2019.

⁸ S. BUZZELLI, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenni e la giustizia penale in Europa*, cit., p. 18, parla di propensione del minore «“a ferirsi” e “a essere ferito”».

⁹ La traduzione italiana non ufficiale allegata al testo della legge 27 maggio 1991, n. 176 di ratifica ed esecuzione della Convenzione, è la seguente: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

al fatto che l'interprete debba far sempre prevalere l'interesse del minore, a scapito di altri potenziali confliggenti interessi (sia pubblici che privati) in gioco¹⁰: è evidente come una simile posizione farebbe assumere all'interesse superiore del minore il rango di «diritto fondamentale tiranno¹¹».

Un ruolo primario nell'individuazione di una nozione comune di “*best interests of the child*” e dei criteri da adottare per la sua interpretazione, lo ha svolto il Comitato dei Diritti del Fanciullo con i suoi “General Comments”¹². Qui rileva il Commento Generale n. 14¹³, il cui obiettivo è quello di fornire delle “linee guida” per una migliore valutazione del principio del *best interests of the child* da parte di tutti quei soggetti che, in diversi ambiti, interagiscono con il minore: in *primis*, i Governi degli Stati contraenti e le autorità giudiziarie, ma anche tutti gli operatori che lavorano con e per i minori (compresi i genitori). Nell'introduzione, il Comitato sottolinea come si debba tenere sempre in considerazione la triplice dimensione di questo principio¹⁴, inteso come diritto sostanziale, criterio interpretativo e regola procedurale. In primo luogo, si evidenzia il carattere di diritto soggettivo del principio dei *best interests*: e come tale, è da tenere in primaria considerazione ed attuare ogniqualvolta sia necessario adottare una decisione riguardante un minore, ed è invocabile dallo stesso dinanzi ad un tribunale in caso di sua asserita violazione. Viene in questo modo rimarcato il carattere *self-executing* dell'art. 3§1¹⁵, quale obbligo intrinseco per gli Stati e direttamente applicabile, senza che sia necessaria alcuna attività di integrazione normativa da parte degli organi statali. In secondo luogo, il principio di esame assume il

¹⁰ In tal senso v. C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 987. Di opinione contraria, è M. L. PADELLETTI, *Salvaguardia dei minori e best interests of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, in *La Comunità Internazionale*, 2018, p. 420 – 421, il quale non nega una divergenza tra le due versioni, ma sostiene che sia un “falso problema”, poiché la tutela dell'interesse del minore implica necessariamente di tenere in considerazione entrambi gli aspetti emersi dai due testi autentici.

¹¹ Parole di E. LAMARQUE, *Il principio del best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, cit., p. 29 che sottolinea come la nostra Corte costituzionale sia granitica nell'affermare un necessario e costante bilanciamento tra diritti e principi fondamentali all'interno di un ordinamento democratico, non potendo contemplare «la tirannia di un valore o di un diritto».

¹² Attualmente il Comitato ha redatto 25 Commenti Generali su diverse questioni tematiche, l'ultimo dei quali è del 18 settembre 2019 e reca il titolo «*On children's rights in the child justice system*».

¹³ *UN Committee on the Rights of the child (CRC), General Comment No. 14 (2013) on the rights of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 May 2013. La traduzione italiana del Commento generale è consultabile sul sito: <https://www.datocms-assets.com/30196/1623238249-commentogenerale14.pdf>,

¹⁴ *UN Committee on the Rights of the child (CRC)*, cit., p. 4.

¹⁵ Ad avviso di R. PISILLO MAZZESCHI, voce *Diritti umani [dir. int]. Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2013, le norme sui diritti umani, specie quelle convenzionali, sono dotate di “effetti diretti”: idonee a riconoscere diritti ed obblighi in capo agli individui, che possono essere fatti valere dinanzi ai tribunali interni. Secondo M.L. PADELLETTI, *Salvaguardia dei minori e best interests of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, cit., p. 426, la Convenzione di New York è, in linea di massima *self-executing*, ma non per questo può riconoscersi a priori tale carattere all'art. 3 §1.

rango di criterio interpretativo fondamentale: qualora una disposizione sia suscettibile più interpretazioni, tutte egualmente accettate dall'ordinamento, è opportuno optare per quella che maggiormente propenda per il *favor minoris*. In terzo luogo, tale principio ha dei risvolti anche in chiave processuale: ogni decisione giurisdizionale che possa avere dei riflessi sul minore dovrà essere dettagliatamente motivata dal giudice, il quale dovrà dimostrare di aver considerato e rispettato gli interessi del minore, e in che modo questi siano stati soppesati rispetto ad altre considerazioni¹⁶. Il Comitato è consapevole delle complessità del tema in oggetto, in quanto non è sempre possibile individuare *ex ante* la soluzione migliore per il singolo minore in ogni situazione che lo coinvolga direttamente o indirettamente, dovendosi invece – di volta in volta – tener conto delle peculiarità del caso concreto. Si legge, infatti, che il principio dei *best interests* è un «un concetto dinamico che comprende varie questioni in continua evoluzione¹⁷». Al fine di agevolare la valutazione e la determinazione del superiore interesse del minore da parte dell'organo decisionale¹⁸, il Comitato ha ritenuto opportuno individuare una serie di elementi – anche extra-giuridici – che sono senz'altro da tenere in considerazione e bilanciare tra loro in questa operazione di valutazione: si tratta di un'elencazione non tassativa né tantomeno gerarchica, che risulterebbe incompatibile con l'ambito di applicazione pressoché universale della Convenzione¹⁹. Nonostante talune esigenze fondamentali siano comuni a tutti i minori intesi come gruppo, è necessario attribuire rilevanza l'identità del singolo minore: aspetti personali, sociali e culturali – come sesso, origine nazionale, convinzioni religiose, identità culturale, opinioni personali – incidono sulle specifiche e differenti esigenze di ciascun soggetto. Inoltre, non bisogna dimenticare l'obbligo di cura, protezione e sicurezza del minore che grava in capo agli Stati membri in forza dell'art. 3§2 della Convenzione: al fine di assicurare ai minori il proprio benessere, è impossibile prescindere dalle loro necessità essenziali materiali, fisiche, educative ed emotive (come, ad esempio, il bisogno di affetto) sia attuali che future. In aggiunta a ciò, una ancor più minuziosa e attenta valutazione del migliore interesse del

¹⁶Ad esempio, nell'ambito del processo penale, la scelta ad opera del giudice circa le più idonee modalità di audizione del dichiarante minorenni dovrà tener conto di una pluralità di fattori ed essere adeguatamente motivata. V. *infra*, cap. 2§1.

¹⁷ *UN Committee on the Rights of the child (CRC)*, cit., p. 8.

¹⁸ Il Comitato evidenzia come, al momento della valutazione, è auspicabile sia che l'organo decisionale venga affiancato da un *team* multidisciplinare di professionisti qualificati, sia che il minore vi partecipi.

¹⁹ *UN Committee on the Rights of the child (CRC)*, cit., p. 25 s. In considerazione di tale circostanza, ne deriva che la Convenzione si confronti con modelli sociali, educativi e religiosi completamente diversi, risultando così necessario un margine di libertà nella valutazione degli elementi concreti utili a determinare l'interesse superiore del minore. V. altresì M.L. PADELLETTI, *Salvaguardia dei minori e best interests of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, cit., p. 26 s.

minore è opportuna qualora questo si trovi in una situazione di vulnerabilità²⁰: gli organi statali dovranno tener conto dello specifico tipo e grado di vulnerabilità del singolo minore. Strumento indispensabile per perseguire il miglior interesse del minore è il pieno coinvolgimento del minore stesso in ogni processo decisionale che lo riguardi, poiché è fondamentale prendere debitamente in considerazione le sue opinioni, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, l'art. 12 §2 della Convenzione prevede la possibilità che il minore sia «[...] ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato [...]». Il grado di maturità dei bambini e degli adolescenti non necessariamente corrisponde con la loro età biologica: la capacità di comprendere e valutare le molteplici implicazioni di una data questione in maniera ragionevole e indipendente discende dall'esperienza, dal contesto socio-culturale e familiare in cui si trova ciascun soggetto. Nell'ambito dei procedimenti penali, qualora il minore sia vittima e/o testimone di un reato, la legislazione di ciascun Stato contraente deve predisporre gli strumenti idonei a consentirgli – in tutte le fasi del processo – di esprimere liberamente le proprie opinioni e i suoi eventuali timori circa il suo coinvolgimento nel processo. Il minore dovrà essere previamente informato circa le questioni sulle quali gli sarà chiesto di esprimere le proprie opinioni e sulle modalità dell'ascolto²¹; queste ultime dovranno essere a “misura di bambino”²², onde evitare la manifestazione di attitudini negative che impediscano la piena realizzazione del diritto all'ascolto.

È proprio con riferimento al minore vittima e/o testimone che risulta ancora più evidente come tra i principi generali enunciati dagli artt. 3 e 12 della Convenzione vi sia una certa complementarità: il primo, si prefigge l'obiettivo di garantire il migliore interesse del minore, mentre il secondo fornisce lo strumento concreto per raggiungere quell'obiettivo.

²⁰ Ad esempio, un minore vittima di abusi. Sulla nozione di vulnerabilità, v. *infra* §5.

²¹ *UN Committee on the Rights of the child (CRC), General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard*, p. 16 s. Il Comitato ritiene necessario rispettare cinque fasi per la piena attuazione delle previsioni contenute nell'art. 12, ogniquale volta in minore sia chiamato ad esprimere le proprie opinioni ed essere ascoltato in procedimenti che lo coinvolgano. Inoltre, è opportuna la previsione di effettivi rimedi ex post (come ricorsi, risarcimenti, indennizzi) nel caso in cui il diritto di essere ascoltato o di avere garantito il giusto peso alle proprie opinioni venga violato o disatteso.

²² *UN Committee on the Rights of the child (CRC)*, cit., p. 40 s.

2. La CEDU e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), adottata in seno al Consiglio d'Europa e firmata a Roma nel 1950, enumera una serie di diritti e libertà universalmente riconosciuti ad ogni persona «senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza [...] od ogni altra condizione»²³. Manca un esplicito riferimento all'età, poiché negli anni dell'elaborazione della CEDU l'idea per cui il minore sia da considerarsi alla stregua di un soggetto titolare di diritti era ancora in via di definizione nel diritto internazionale²⁴. Tuttavia, pur in assenza di una puntuale specificazione, l'utilizzo della formula ampia «ogni altra condizione» lascia intendere che la condizione dipendente dall'età possa ritenersi inclusa come possibile fattore di discriminazione. Ne discende che ciascun minore d'età, al pari di qualsiasi altro soggetto, è titolare dei diritti “universali” garantiti dalla Convenzione; ed a maggior ragione, qualsiasi minore che sostenga di essere vittima di una violazione dei diritti *ivi* contenuti, potrà rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo mediante ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 CEDU²⁵.

I minori non vengono mai espressamente menzionati nella Convenzione, se non nell'art. 6§1 relativo al diritto ad un equo processo, nella parte in cui consente di derogare al principio della pubblicità delle udienze «quando lo esigono gli interessi dei minori». Data la formulazione in termini generici delle norme della Convenzione spetta alla Corte EDU il compito di adattare il loro contenuto alle particolari esigenze del minore, tenendo conto della sua particolare situazione di vulnerabilità. La Corte ha più volte sottolineato come la CEDU costituisca uno “strumento vivente”²⁶, adattabile ai cambiamenti sociali e agli sviluppi del diritto internazionale, in modo tale da riflettere i sempre più crescenti *standard* richiesti in materia di protezione dei diritti umani. Un'interpretazione evolutiva è possibile solo

²³ Cfr. art. 14 CEDU.

²⁴ Tale impostazione tradizionale è evidente nell'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, il quale impone allo Stato l'obbligo di rispettare le scelte dei genitori nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, secondo le loro convinzioni filosofiche e religiose. Il diritto all'istruzione sembra essere un diritto riconosciuto ai genitori piuttosto che al minore. G. MAGNO, *La condizione della persona minore di età nelle principali convenzioni internazionali e nei regolamenti europei*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 167.

²⁵ La possibilità di proporre ricorso individuale è subordinata al previo esperimento delle vie di ricorso interne e, generalmente, è presentato dai genitori del minore, in quanto suoi rappresentanti legali, nonostante vi siano stati casi in cui il ricorso è stato proposto direttamente dal minore stesso: v. Corte. e.d.u., 19 gennaio 1984, *Bulus v. Sweden*; 19 maggio 1994, *Dreshaj v. Finland*. Non vi è, infatti, alcuna previsione ostativa in tal senso nella Convenzione, non essendo in alcun modo necessario un accertamento circa capacità di stare in giudizio del minore secondo la sua legge nazionale. In dottrina, v. C FIORAVANTI, *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur.*, Vol. XI, 1997, p. 53 – 54.

²⁶ Tale concetto è stato introdotto da Corte e.d.u., 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*.

interpretando la CEDU non isolatamente, ma in armonia con le altre norme del diritto internazionale applicabili *rationae materiae* alle relazioni tra le parti²⁷: qualora vengano in rilievo situazioni in cui siano coinvolti dei minori, ineludibile è il riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (CRC) e all'attività del Comitato dei Diritti del fanciullo. La giurisprudenza della Corte EDU, infatti, in materia minorile utilizza frequentemente come parametro di giudizio il principio del *best interest of the child*, soprattutto nell'interpretazione delle previsioni di cui agli artt. 6 e 8 CEDU, che disciplinano rispettivamente il diritto ad un equo processo e il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*²⁸, riguardante una violenza sessuale subita da una sedicenne affetta da disabilità mentale, per la prima volta la Corte ha adottato un'interpretazione ampia della nozione di "vita privata" di cui all'art. 8 CEDU, come comprensiva anche dell'integrità morale e fisica della persona. In tale occasione, la Corte ha rimarcato come in ordine ad atti gravi quali la violenza sessuale e gli abusi sessuali nei confronti di minori, gli obblighi positivi gravanti in capo agli Stati membri debbano tradursi nella predisposizione di un adeguato quadro giuridico idoneo ad assicurare in modo concreto ed effettivo la tutela dell'integrità psico-fisica della vittima: sia sul piano sostanziale, fornendole adeguati strumenti riparativi e risarcitori, che sul piano processuale, garantendole una serie di cautele in tutte le fasi del procedimento in cui è coinvolta. Sotto quest'ultimo profilo, laddove un minore siano chiamato a rendere le proprie dichiarazioni nell'ambito di un procedimento penale, ciascuno Stato ha l'obbligo di prevedere regole procedurali differenziate rispetto a quelle previste per gli adulti – sia nella fase delle indagini che in un eventuale giudizio successivo – tali da salvaguardare la sua integrità personale e la genuinità della testimonianza. È proprio sulla base di queste considerazioni che la Corte EDU ha recentemente condannato l'Estonia per non aver rispettato gli *standards* internazionali di tutela dei minori, presunte vittime di reati a sfondo sessuale, poiché in nessuno dei colloqui svolti dalla vittima nel corso delle indagini preliminari le erano state rivolte le avvertenze da dare ai testimoni prescritte dalla normativa interna (che, sul punto, non prevede alcuna

²⁷ Si tratta della c.d. dottrina del *vacuum*, accolta dalla Corte EDU, la quale trae ispirazione dall'art. 31 §1, lett. c, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: è consentito il riferimento a disposizioni di dettaglio contenute in fonti "esterne" allo scopo di precisare il contenuto delle disposizioni della CEDU in quel dato contesto e momento storico. Più dettagliatamente, v. P. PACZOLAY, *Il richiamo di altre fonti internazionali nelle sentenze Cedu*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 171 – 174.

²⁸ Corte e.d.u., 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, § 22 – 27. La Corte ha rilevato l'assenza, nella legislazione dello Stato in questione, di un apparato efficace di norme penali, tali da proteggere le vittime da qualsiasi atto di violenza commessi da privati.

differenziazione qualora il destinatario sia un minore)²⁹. Tale omissione ha comportato l'inammissibilità della testimonianza, che costituiva la prova decisiva in ordine alla colpevolezza dell'imputato, privando così la vittima del diritto ad una protezione giurisdizionale efficace ed adeguata al suo *status*.

Con riferimento alla necessità di assicurare anche ai minori i diritti riconducibili all'equo processo *ex art. 6 CEDU*, l'attività giurisprudenziale della Corte EDU svolge un ruolo essenziale. Allo scopo di evitare di generare ulteriori traumi psicologici al minore-testimone derivanti dalla sua deposizione in un'udienza pubblica, la Corte ammette l'utilizzo di modalità di escussione differenti rispetto al tipico esame incrociato in dibattimento³⁰, sempre che tale modalità possa al contempo garantire il diritto di difesa dell'accusato. Recentemente, nella sentenza *Pereira Cruz e altri c. Portogallo*³¹, la Corte ha affrontato il tema della compatibilità di un contraddittorio "attenuato" nelle sue modalità esecutive con il diritto dell'accusato a confrontarsi con il proprio accusatore *ex art. 6 §3 lett. d) CEDU*: nel caso di specie, la *cross examination* dei minori presunte vittime di violenza sessuale è stata sostituita dall'esame svolto con l'intermediazione del giudice in un'aula separata, risultando così garantito il diritto al confronto. Infatti, il diritto di «esaminare o far esaminare i testimoni» non postula necessariamente che le domande rivolte al dichiarante siano poste direttamente dall'accusato o dal suo difensore, consentendo l'intermediazione di un soggetto terzo, quale il giudice³²; deve comunque essere assicurata all'accusato, al momento della deposizione o anche in un momento successivo, l'opportunità di osservare l'atteggiamento dei testimoni esaminati e di contestarne le dichiarazioni e la credibilità³³.

²⁹ Corte e.d.u., 22 giugno 2021, *R.B. c. Estonia*, §100 – 104. Il caso riguardava una presunta violenza sessuale perpetrata dal padre nei confronti della figlia di quattro anni e mezzo. Nello specifico, al momento della deposizione la vittima non era stata informata della possibilità di astenersi dal rendere una dichiarazione nei confronti di un membro della sua famiglia e del suo dovere di dire la verità. La Corte ravvisa come le regole procedurali estoni, proprio perché non adoperano alcuna distinzione tra testimoni adulti e bambini, non consentano di tenere sufficientemente in considerazione la particolare vulnerabilità di questi ultimi, integrando una violazione manifesta degli obblighi positivi gravanti in capo allo Stato convenuto ai sensi degli artt. 3 e 8 CEDU.

³⁰ Corte e.d.u., 20 gennaio 2005, *Accardi e altri c. Italia*, avente ad oggetto un caso di presunti abusi sessuali nei confronti di due minorenni. L'esame di una dei due testi è stato condotto in incidente probatorio, attraverso il c.d. esame schermato, da parte dello psicologo e alla iniziale presenza del giudice. Tuttavia, a causa del forte nervosismo e sentimento di vergogna della dichiarante, in un secondo momento giudice ha assistito alla deposizione della vittima al di là del vetro specchio.

³¹ Corte e.d.u. 26 giugno 2018, *Pereira Cruz e altri c. Portogallo*. Per un breve commento, v. R. CASIRAGHI, *Diritto al confronto con vittima minorenne e diritto alla prova dopo ritrattazione del teste*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 2373 s.; EAD, *Monitoraggio Corte e.d.u. giugno 2018*, in www.penalecontemporaneo.it.

³² Sostanzialmente analoga è la disciplina italiana dell'esame testimoniale del minorenne contenuta nell'art. 498, comma 4, c.p.p. V. *infra*, Cap. 2 §8 s.

³³ La Corte e.d.u. richiede, quale requisito minimo, un contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova. Sul tema, v. G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4062 s.

La Corte, con l'intento di tenere in debita considerazione e valorizzare le esigenze del caso concreto, tende talvolta ad adottare un'interpretazione ampia del contraddittorio di cui all'art. 6 CEDU, come è avvenuto nella vicenda *S.N. c. Svezia*³⁴. In tal caso, ha ritenuto compatibili con l'esigenza di garantire il contraddittorio le dichiarazioni di un minore ritenuta vittima di abusi sessuali rese ad un poliziotto in assenza dell'accusato e del suo difensore, nella misura in cui quest'ultimo gli aveva suggerito in via preventiva delle domande da rivolgere al minore (poi effettivamente poste dal poliziotto). Per di più, dopo aver ascoltato la relativa registrazione, il difensore si è mostrato soddisfatto delle modalità di svolgimento dell'audizione³⁵. Ad una conclusione opposta, invece, la Corte è pervenuta nel caso in cui l'imputato, dopo aver visionato la videoregistrazione dei colloqui con la vittima minorenni – che costituiva l'unica prova a suo carico – non abbia avuto in alcun modo la possibilità di porre delle domande al dichiarante, neanche mediante l'intermediazione del giudice³⁶.

La giurisprudenza di Strasburgo è costante nel ritenere in contrasto con i canoni dell'equo processo, e in particolare con la previsione di cui all'art. 6 §3 lett. d) CEDU, le condanne fondate "unicamente o in misura determinante" su dichiarazioni rese prima del dibattimento in assenza di contraddittorio, da dichiaranti successivamente non sottoposti ad esame incrociato in giudizio, per evitare che quest'ultimo possa generare traumi psicologici al dichiarante: si tratta della regola della c.d. *sole or decisive rule*³⁷. Gli elementi probatori acquisiti unilateralmente potrebbero, tutt'al più, essere utilizzati per vagliare l'attendibilità delle prove correttamente formatesi nel contraddittorio tra le parti, ma non per fondare su di essi una sentenza di condanna, nemmeno se questi siano accompagnati da ulteriori riscontri

³⁴ Corte e.d.u., 2 luglio 2002, *S.N. c. Svezia*, §49 s.

³⁵ N. PASCUCCI, *Osservazioni sulla vittima minorenni in ambito europeo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4224 s.; ID, *La testimonianza della persona offesa minorenni. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino, 2020, p. 24. L'autore dubita che una soluzione di questo tipo, nonostante nel caso in questione sia risultata corretta, avrebbe potuto trovare spazio nell'ordinamento italiano; inoltre, si deve evitare che tale modo di procedere si consolidi nella prassi, affinché il diritto dell'accusato a confrontarsi con l'accusatore non risulti svuotato di contenuto.

³⁶ Corte e.d.u., 10 maggio 2007, *A.H. c. Finlandia* §43 – 45. La totale mancanza di un'adeguata occasione per un confronto con l'accusatore comporta inevitabilmente una lesione del diritto di difesa dell'accusato ex art. 6 CEDU.

³⁷ Il fondamento di tale regola sembra da ricondursi a Corte e.d.u., 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*. Si tratta, tuttavia, di un principio di portata generale che trova applicazione ogniqualvolta si tratti di "testimoni assenti" per le più svariate ragioni, a prescindere dalla loro condizione di vulnerabilità. Ad esempio, v. Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, per il caso di morte del dichiarante; Corte e.d.u., 6 dicembre 1988, *Barbera, Messegue e Jabardo c. Spagna*, per il caso di irreperibilità del dichiarante; Corte e.d.u., 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, per il caso di esercizio del diritto al silenzio.

anch'essi unilaterali³⁸. Tuttavia, taluni Paesi come il Regno Unito³⁹ hanno mostrato una certa resistenza all'applicazione rigorosa di tale regola, in considerazione del fatto che ciò implicherebbe necessariamente l'assoluzione degli imputati in situazioni nelle quali vi sia un'unica prova ma assolutamente persuasiva della colpevolezza, con la conseguenza di un deficit di tutela per le vittime. Pur non sconfessando la sua precedente giurisprudenza, la Corte EDU è nuovamente intervenuta sul tema nel 2011 in occasione del caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*⁴⁰, ammettendo un temperamento alla regola della *sole or decisive rule*.

Anzitutto, posto che la nozione di prova "esclusiva" risultava pacifica, da intendersi come l'unica prova di cui il giudice si è servito per la decisione, non altrettanto poteva dirsi circa la nozione di prova "determinante". La Corte ha chiarito che per "determinante" si intende la prova che abbia un rilievo tale da incidere in modo preminente sull'esito del processo: quando le dichiarazioni unilaterali sono assistite da riscontri, la valutazione circa la decisività delle stesse dipende dalla forza persuasiva di questi ultimi; più i riscontri sono significativi nell'economia della decisione, la probabilità che la dichiarazione unilaterale del testimone sia suscettibile di essere considerata come determinante sarà minore⁴¹. In secondo luogo, la Corte ha ridimensionato il carattere assoluto della regola della *sole or decisive rule*, mediante un approccio volto a bilanciare, da un lato, gli interessi del testimone e della difesa, e, dall'altro, una corretta amministrazione della giustizia, al fine di garantire l'equità processuale di cui all'art. 6§1 CEDU. In particolare, la Corte prima ancora di valutare se le dichiarazioni sottratte al contraddittorio abbiano o meno carattere "determinante", dovrà accertare l'esistenza di una valida ragione giustificatrice per la mancata formazione della

³⁸ Corte e.d.u., 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*.

³⁹ La disciplina inglese, in determinate situazioni, consente un utilizzo ampio di dichiarazioni acquisite prima del dibattimento, senza che queste poi vengano rese in dibattimento, ponendosi così in inevitabile tensione con la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per una trattazione più ampia, v. A. BALSAMO, "Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione italiana e della Corte Suprema del Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4498 s.

⁴⁰ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*. La Grande Camera riesamina le conclusioni cui era pervenuta precedentemente la IV Sezione della Corte nel 2009, la quale aveva ravvisato una violazione dell'art. 6 § 1 – 3 CEDU in due fattispecie nelle quali le dichiarazioni rese in indagini da testi successivamente non controesaminati costituivano la prova esclusiva o determinante ai fini del riconoscimento della responsabilità penale. La *Supreme Court* inglese si fa portatrice, dinanzi alla Corte di Strasburgo, dei timori di politica, giurisprudenza e dottrina britannica circa l'asserita inderogabilità della regola della "prova unica o determinante", che non consentirebbe di attribuire un'adeguata rilevanza alle norme di procedura penale previste dal diritto interno. A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, p. 2839 s.

⁴¹ P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 396 – 397; A. BALSAMO, "Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti, cit., p. 2841; C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irripetibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, p. 7.

prova nel contraddittorio dibattimentale; quest'ultima, non può essere in alcun modo imputabile all'autorità giudiziaria, la quale deve aver adottato la massima diligenza possibile nel rintracciare e far deporre in dibattimento il testimone. Inoltre, è necessario che le difficoltà in cui è incorsa la difesa a causa della carenza di contraddittorio siano controbilanciate da idonee garanzie procedurali, che permettano di vagliare l'affidabilità della dichiarazione *untested*⁴²: per legittimare una condanna sulla base di dichiarazioni predibattimentali della vittima minorenni è possibile enfatizzare altri elementi processuali quali, ad esempio, videoregistrazioni dell'audizione investigativa, la relazione peritale dello psicologo attestante la fragilità psichica del dichiarante, l'esame in contraddittorio dell'accusato e di altri testimoni⁴³. Ad avviso della Corte, solo in questo modo può preservarsi nel suo complesso l'equità processuale con il potenziale rischio, tuttavia, di un affievolimento delle garanzie processuali dell'imputato sulla base di valutazioni di natura sostanziale, incentrate perlopiù sulla necessità di perseguire l'interesse collettivo alla giustizia⁴⁴.

3. *Il contesto europeo: la decisione quadro 2001/220/GAI*

Tra i valori su cui si fonda l'Unione Europea, enunciati dall'art. 2 TUE, particolare rilievo assume il rispetto dei diritti umani: tra gli obiettivi da questa perseguiti si annovera la promozione della giustizia⁴⁵ e la tutela dei diritti del minore. Infatti, la «gioventù» è uno di quei settori in cui l'Unione ha competenza ad intraprendere azioni volte a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro

⁴² A TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 331 s., parla dell'elaborazione di un nuovo "test di compatibilità" dell'assunzione di dichiarazioni unilaterali con l'art. 6 CEDU; R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3124 s.

⁴³ In tal senso, Corte e.d.u., 24 maggio 2016, *Przydial c. Polonia*, in cui la condanna dell'imputato era fondata sulle dichiarazioni della vittima rese in incidente probatorio, unitamente ad altri elementi di prova, in particolare la confessione di un coimputato e le dichiarazioni di un testimone oculare. Per alcune osservazioni, v. M. C. AMOROSO, *L'utilizzabilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali rese in sede di incidente probatorio in caso di ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1184 s.

⁴⁴ Rilevano in tal senso le *dissenting opinions* dei giudici Sajó e Karakas, membri della Grande Camera nel processo *Al-Khawaja*, nella parte in cui affermano «[...] in the first time ever that this Court [...] has diminished the level of protection»; Analogamente, R. CASIRAGHI, *Diritto al confronto con vittima minorenni e diritto alla prova dopo ritrattazione del teste*, cit., p. 2373 s.; M BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 16 s.

⁴⁵ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la tutela della vittima dei reati si inserisce nel sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale di cui agli artt. 82 s. TFUE: il Parlamento e il Consiglio possono utilizzare lo strumento delle direttive al fine di dettare norme minime in sfere di criminalità particolarmente gravi, come ad esempio lo sfruttamento sessuale dei minori (art. 83 TFUE).

competenza. Sul piano della tutela dei diritti umani, fondamentale è stata l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁶ (o anche Carta di Nizza), il cui art. 24 contiene uno specifico riferimento ai diritti dei minori: viene loro riconosciuta la libertà di esprimere liberamente la propria opinione in tutte le questioni che li riguardano, la quale verrà presa in considerazione in ragione della loro età e maturità, ed inoltre viene rimarcata la necessità di perseguire il superiore interesse del minore in tutti gli atti che lo coinvolgano. Con la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, all'interno del quale rientra la cooperazione giudiziaria in materia penale, è notevolmente cresciuta l'attenzione per la vittima del reato e, conseguentemente, la necessità di elaborare norme minime in materia – in particolare, sull'accesso delle vittime alla giustizia e sui loro diritti al risarcimento dei danni – al fine di ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari interne⁴⁷. Ciò ha portato il Consiglio dell'Unione Europea ad adottare la decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla «posizione della vittima nel procedimento penale»⁴⁸: come si evince dai suoi *Considerando*, l'obiettivo primario è quello di trattare le esigenze della vittima in maniera globale e coordinata, evitando di arrecarle ulteriori pregiudizi, mediante la predisposizione di misure assistenziali finalizzate a proteggere la vittima «nel processo e dal processo»⁴⁹. Dopo aver definito, nel suo art. 1, la vittima come «persona fisica che ha subito un pregiudizio [...] direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro», la decisione quadro prende in considerazione la categoria delle «vittime particolarmente vulnerabili»⁵⁰: esse dovranno beneficiare di un trattamento specifico, idoneo alla loro situazione. La decisione quadro attribuisce alla vittima una serie

⁴⁶ Sottoscritta a Nizza nel 2000 e modificata nel 2007 a Strasburgo. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 6 TUE prevede che la Carta abbia il medesimo valore giuridico dei trattati.

⁴⁷ In tal senso, v. Comunicazione della Commissione, *Vittime di reati nell'Unione Europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere*, 14 luglio 1999, COM (1999) 349; Consiglio europeo di Tampere, Conclusioni della Presidenza, 15 – 16 ottobre, 1999, punto 32.

⁴⁸ N. PASCUCCI, *Osservazioni sulla vittima minorenne in ambito europeo*, cit., p. 4226; L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 16 s.; C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2018, p. 538 s.

⁴⁹ R. MENDICINO, *La vittimizzazione secondaria*, in *Profiling. I profili dell'abuso*, n. 3, settembre 2015. La decisione quadro si riferisce implicitamente alla c.d. vittimizzazione secondaria: la vittima subisce non solo delle conseguenze pregiudizievoli di tipo fisico, psicologico, economico direttamente connesse al reato, ma anche conseguenze negative, dal punto di vista emotivo e relazionale, derivanti dal contatto con l'apparato giudiziario. Spesso accade che vittime di reati traumatizzanti siano chiamate più volte a ripercorrere mentalmente esperienze dolorose e di elevato impatto emotivo relative al reato, con il rischio che le vittime diventino una seconda volta tali per effetto dei meccanismi della giustizia penale. Sul concetto di vittimizzazione secondaria, v. altresì M. BOUCHARD, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. uomo*, 2019, p. 102 s.

⁵⁰ Tuttavia, l'art. 2 §2 della decisione quadro 2001/220/GAI non fornisce alcun criterio per definire la «vittima particolarmente vulnerabile», lasciando un'ampia libertà di scelta ai singoli ordinamenti nazionali. Diversamente, la direttiva 2012/29/UE compie scelte più definite sul punto (v. *infra* §5).

di diritti esercitabili nel corso del procedimento penale, i quali gravitano intorno alla partecipazione, alla protezione, all'informazione e all'assistenza.

In particolare, viene sancito il diritto della vittima di essere ascoltata, ma limitando sia il numero di audizioni a quelle necessarie per il procedimento penale (art. 3), sia i contatti con l'imputato, a meno che questi non siano imposti dal procedimento penale (art. 8§3). Funzionale ad una partecipazione effettiva della vittima al procedimento è la parificazione di quest'ultima all'imputato⁵¹, al fine di ridurre le difficoltà linguistiche di comunicazione e comprensione nelle fasi più importanti del procedimento: anch'essa potrà beneficiare della traduzione degli atti ed essere assistita da un interprete durante l'esame (art. 5). Inoltre, al fine di tutelare le vittime – specialmente le più vulnerabili – il giudice può disporre che queste siano sentite con modalità tali da proteggerle dalle «conseguenze della loro deposizione in udienza» (art. 8§4). Infine, si sottolinea la necessità di offrire un'adeguata e sufficiente formazione professionale alle persone che intervengono nel procedimento, al fine di offrire un'adeguata assistenza alle vittime e al contempo conseguire gli obiettivi del procedimento (art. 14).

Nonostante l'art. 17 decisione quadro 220/2001/GAI prevedesse precise scadenze per la sua attuazione, l'Italia non ha mai adeguato la disciplina legislativa alla decisione quadro⁵². Infatti, il difetto principale della decisione è dovuto alla sua scarsa forza vincolante, in quanto alla mancata trasposizione delle decisioni quadro non consegue una condanna da parte dei giudici di Lussemburgo che sia supportata da adeguate sanzioni. L'assenza di efficacia diretta della decisione quadro e la scarsa propensione di molti Stati dell'Unione ad adeguarsi alla legislazione comunitaria hanno contribuito alla mancata realizzazione degli obiettivi della decisione stessa.

4. *(Segue) La Convenzione di Lanzarote del 2007*

Nell'ambito del Programma del Consiglio d'Europa “Costruire un'Europa per e con i bambini” e sulla scia dei precedenti atti sopranazionali sui diritti del minore, viene elaborata la Convenzione sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali (c.d.

⁵¹ Nonostante il Considerando n. 9 della decisione quadro 2001/220/GAI non imponga agli Stati membri l'obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle parti del procedimento.

⁵² Era stata emanata un'apposita legge delega, la l. 4 giugno 2010, n. 96 cui, però, non è mai seguito un decreto legislativo.

Convenzione di Lanzarote)⁵³: essa definisce “minore” ogni persona di età inferiore a 18 anni e “vittima” ogni minore oggetto delle condotte di sfruttamento o abuso sessuale, espressamente definite dagli artt. 18 – 23. La Convenzione, anche richiamando espressamente nel suo Preambolo la decisione quadro 2001/220/GAI, si prefigge di rafforzare la protezione garantita dalla Convenzione di New York del 1989 e dal suo Protocollo opzionale sulla vendita dei bambini del 2000, sviluppandone e integrandone le norme (art. 42). In particolare, gli Stati devono adottare le misure legislative o di altra natura necessarie per fornire assistenza – a breve e a lungo termine – alle vittime, per garantire il loro recupero fisico e psico-sociale, tendendo debitamente conto delle opinioni, delle necessità e delle preoccupazioni del minore⁵⁴ (art. 14). Le indagini e i procedimenti penali devono essere condotti in funzione del parametro generale del superiore interesse del minore, in modo tale da evitare che il sistema processuale possa ulteriormente aggravare il trauma sofferto dal minore (art. 30), evitando così episodi di “vittimizzazione secondaria”. Tuttavia, tali esigenze di protezione devono necessariamente bilanciarsi con il diritto di difesa dell’ accusato e le esigenze di un processo equo e imparziale, conformemente all’ art. 6 CEDU. La Convenzione si preoccupa, infatti, di predisporre una serie di garanzie in favore della vittima minorenni, soprattutto qualora assuma la veste di testimone, durante tutto il procedimento penale (art. 31): l’ informazione circa i suoi diritti, i servizi disponibili e sullo svolgimento delle indagini o del procedimento penale, con modalità che tengano conto della sua età e al suo grado di maturità, e in una lingua a lei comprensibile; la possibilità di essere sentita e di fornire elementi di prova, con modalità tali da evitare contatti diretti tra la vittima e l’ autore del reato; la protezione della sua vita privata, identità e immagine, mediante misure che impediscano la diffusione pubblica di informazioni che consentano di identificare la vittima; la possibilità per gruppi, fondazioni o associazioni di fornire assistenza e/o sostegno alla vittima, previo consenso di quest’ ultima.

Allo scopo di trovare un equilibrio tra le esigenze di salvaguardia della salute psico-fisica del teste minorenni e quella di genuinità della prova, l’ art. 35 prevede importanti indicazioni circa le modalità di audizione del minore. Nello specifico, le audizioni devono svolgersi in un lasso di tempo prossimo rispetto all’ acquisizione della *notitia criminis* da parte delle autorità – senza che vi siano «ritardi ingiustificati» – e devono essere limitate al numero

⁵³ La Convenzione, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, si colloca in un contesto in cui gli abusi sessuali sui minori hanno assunto proporzioni allarmanti, soprattutto in ragione dell’ utilizzo massiccio delle tecnologie dell’ informazione e della comunicazione da parte dei minori e degli autori di reato.

⁵⁴ Si tratta di una previsione sostanzialmente analoga all’ art. 12 della Convenzione di New York e all’ art. 8 del Protocollo opzionale del 2000.

strettamente necessario per lo svolgimento del procedimento penale⁵⁵. Inoltre, le audizioni devono svolgersi in locali concepiti o comunque adattati a tale scopo, ad opera di professionisti specificamente formati⁵⁶ i quali, ove possibile e necessario, dovrebbero rimanere gli stessi anche in caso di più audizioni: l'art. 36 richiede agli Stati, nel rispetto delle norme interne che disciplinano l'autonomia delle professioni giudiziarie e forensi, che tutte le persone coinvolte nel procedimento giudiziario – con particolare riferimento a giudici, procuratori e avvocati – abbiano una formazione professionale in materia minorile. Fondamentale è la possibilità, ove necessario, di effettuare una registrazione audiovisiva dei colloqui e che tale registrazione possa essere ammessa quale mezzo di prova nel procedimento penale⁵⁷, conformemente alle norme previste dall'ordinamento interno di ciascuno Stato (art. 35§2). Questo complesso di cautele si applicano – nell'attesa di compiere gli opportuni accertamenti – anche nell'ipotesi in cui l'età della vittima sia incerta, ma sia comunque ragionevole ritenere che si tratti di un minore.

In una recente pronuncia, la Corte EDU ha valorizzato il ruolo della Convenzione di Lanzarote nell'accertamento della violazione di compiere indagini effettive ai sensi dell'art. 3 CEDU. Nel caso di specie, le misure adottate per l'audizione dei minori non hanno tenuto conto degli strumenti di ricerca della prova predisposti dalla Convenzione di Lanzarote (artt. 30 s.) gli inquirenti si sono limitati ad intervistare i minori nello stesso luogo in cui si sarebbero verificati gli abusi – in un ambiente, quindi, che poteva condizionare le loro risposte – e sulla base di tali informazioni, hanno archiviato il caso. Inoltre, tali audizioni non sono mai state videoregistrate con la conseguenza che, qualora vi fossero stati dubbi circa l'attendibilità dei dichiaranti, questi avrebbero dovuto essere nuovamente esaminati⁵⁸.

⁵⁵ Analogamente a quanto previsto nell'art. 3 della decisione quadro 2001/220/GAI.

⁵⁶ Nonostante manchi un esplicito riferimento alla polizia giudiziaria, in forza della formulazione ampia utilizzata dalla norma, deve ritenersi compresa nel novero di soggetti che entrano in contatto con il minore: ciò permette di richiedere una specifica formazione anche a soggetti diversi da quelli espressamente menzionati, come ad esempio gli esperti che potrebbero essere nominati per coadiuvare i classici attori del procedimento penale.

⁵⁷ Secondo N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni* cit., p. 19 s., sarebbe stato più opportuno obbligare gli Stati a videoregistrare in ogni caso i colloqui e non assegnare loro una certa discrezionalità in tal senso. Tale disposizione, infatti, rischia di confondere due piani che dovrebbero restare distinti: la videoregistrazione dei colloqui, essenziale soprattutto per cogliere alcuni aspetti non verbali della dichiarazione, e la sua utilizzazione a fini probatori, che dipenderà dal tipo di colloquio (ad esempio, qualora questo si sia svolto nel corso delle indagini, in assenza di contraddittorio, non potrà essere utilizzato in dibattimento).

⁵⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 2 febbraio 2021, *X e altri c. Bulgaria*, riguardante gravi accuse di abusi e violenze sessuali perpetrate nei confronti di tre bambini durante la loro permanenza in un orfanotrofio bulgaro, prima di essere stati adottati da una famiglia italiana. Per una trattazione più ampia, v. M. IMBROGNO, *Il ruolo della Convenzione di Lanzarote nell'accertamento della violazione dell'obbligo di compiere indagini effettive ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2021, p. 896 s.; B. FRAGASSO, *Osservatorio Corte EDU: febbraio 2021*, in www.sistemapenale.it.

Per quanto riguarda invece le dichiarazioni rese dalla vittima in udienza, la Convenzione attribuisce il potere al giudice di ordinare che questa si svolga a “porte chiuse”, oppure che la vittima sia sentita a “distanza”, senza essere fisicamente presente in aula, mediante il ricorso ad appropriate tecnologie della comunicazione. Tuttavia, l’esame a distanza presenta alcune criticità in quanto, da un lato, è vero che presenta un minor impatto traumatizzante sul minore rispetto all’ordinario esame dibattimentale in aula, ma dall’altro, sconta il difetto di non riuscire a cogliere quegli aspetti della comunicazione non verbale – quali la gestualità e il portamento – che assumono un’importanza cruciale soprattutto per quei soggetti che non hanno ancora sviluppato completamente le loro capacità linguistiche⁵⁹.

Dall’insieme delle disposizioni della Convenzione di Lanzarote emerge come il Consiglio d’Europa si sia fatto portatore di un intento di riordino e sistematizzazione della disciplina riguardante il minore vittima di abusi, la quale si trovava sparsa all’interno di numerose Convenzioni e documenti adottati a livello sia sopranazionale che europeo. Viene, inoltre, fatto tesoro degli insegnamenti della neuropsicologia forense, allo scopo di gestire in modo specialistico il percorso di sofferenza legato alla rievocazione dei fatti durante la deposizione evitando di turbare la stabilità psicologica del minore e, al contempo, di preservare la genuinità del prodotto probatorio dichiarativo.

5. (Segue) La direttiva 2012/29/UE

La sensibilità per la posizione della vittima all’interno del processo penale, già manifestata a livello europeo con la decisione quadro 2001/220/GAI, trova un’ulteriore conferma con il Trattato di Lisbona⁶⁰, poiché l’art. 82, par. 2, lett. *b* e *c*, TFUE, attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di stabilire norme minime – mediante l’adozione di direttive – riguardanti i «diritti della persona nella procedura penale» e i «diritti delle vittime della criminalità». Negli anni successivi, si sono susseguiti una serie di atti, interventi normativi e giurisprudenziali volti ad accrescere lo *standard* di tutela di un particolare tipo di vittima, ossia la vittima vulnerabile; contribuendo in tal modo a far

⁵⁹ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, 2 ed., Cedam, 2008, p. 377 s., evidenzia come «il corpo parla e lo fa in modo molto più eloquente delle parole», determinando almeno il 70% (fino al 90%) del messaggio trasmesso.

⁶⁰ Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai Capi di Stato e di Governo, modifica il Trattato sull’Unione europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), che viene ridenominato Trattato sul funzionamento dell’Unione (TFUE). Il Parlamento italiano ha concluso la ratifica del Trattato il 31 luglio 2008 (con l. 130/2009), ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

assurgere quest'ultima allo «*status* di “supervittima”»⁶¹. Particolarmente significativo è il Programma di Stoccolma del 2010, che sollecita l'Unione ad individuare misure per tutelare e promuovere i diritti dei minori, accordando una speciale attenzione ai minori che versano in situazione di particolare vulnerabilità⁶²; analogamente, la c.d. Tabella di marcia di Budapest del 2011 individua, tra gli obiettivi dell'Unione, l'adozione di procedure e strutture finalizzate ad evitare la «vittimizzazione secondaria e ripetuta», anche con particolare riferimento ai minori, considerati parte del gruppo di vittime più vulnerabile⁶³.

La Commissione europea è consapevole che, nonostante la decisione quadro 2001/220/GAI abbia migliorato la posizione della vittima nel procedimento penale, i suoi obiettivi non sono stati pienamente realizzati. Dal momento in cui la protezione delle vittime di reato è una “priorità strategica” dell'Unione, l'unica strada percorribile è l'adozione di una nuova direttiva contenente norme minime comuni in materia di diritti delle vittime, la quale dovrà poi essere necessariamente seguita da misure pratiche per facilitarne l'attuazione. Ciò ha portato all'adozione della direttiva 2012/29/UE che istituisce «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», la quale si pone in linea di continuità – ma sostituendola – con la precedente decisione quadro, malgrado non siano mancati interventi che introducono cambiamenti sostanziali; ed è proprio su questi ultimi che si dedicherà maggiore attenzione.

Anzitutto, l'art. 2, §1, lett. *a*, definisce il concetto di “vittima”, quale «persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato». Dalla stessa struttura della direttiva, suddivisa in più capi, si evince *prima facie* quali siano i “pilastri” per garantire una tutela a tuttotondo – prima, durante e dopo il processo – alla vittima del reato: la titolarità in capo a quest'ultima dei diritti di informazione e sostegno (capo 2) e di partecipazione al procedimento (capo 3), nonché la previsione di misure di protezione per la generalità delle vittime e, in particolare,

⁶¹ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 13, che inserisce nella categoria delle “supervittime” i bambini vittime di reati sessuali; M. GIALUZ, *Lo Statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo e la spada*, cit., p. 60.

⁶² «Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e alla tutela dei cittadini», in G.U.U.E., 4 maggio 2010, C 115, p. 9.

⁶³ «Risoluzione del Consiglio relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali» in G.U.U.E., 10 giugno 2011, C 187/1. In particolare, nella misura E (esigenze specifiche delle vittime) si legge che i minori dovrebbero essere «sempre considerati particolarmente vulnerabili».

per le «vittime con specifiche esigenze di protezione» (capo 4)⁶⁴. È proprio il riferimento a quest'ultima categoria di vittime uno dei maggiori aspetti innovativi della direttiva 2012/29/UE la quale, agli artt. 22, 23 e 24, detta specifiche disposizioni in loro favore. Anzitutto, è opportuno sottolineare come nonostante la diversa terminologia utilizzata, non si tratti di una categoria totalmente nuova nel panorama europeo, in quanto già la decisione quadro 2001/220/GAI utilizzava l'espressione «vittime particolarmente vulnerabili», senza però fornirne una definizione normativa – o quantomeno i criteri per considerarla tale⁶⁵. L'art. 22 della direttiva, per converso, enuncia espressamente i criteri da utilizzare per delineare il concetto di «vittima con specifiche esigenze di protezione», oggetto di una tempestiva valutazione individuale – cui devono provvedere i singoli Stati, conformemente alle loro procedure nazionali – finalizzata ad individuare le singole esigenze di protezione e determinare se, e in quale misura, questa possa trarre beneficio dall'adozione di misure speciali di cui agli artt. 23 e 24 nel corso del procedimento penale. Il che trova una giustificazione nella circostanza per cui questa tipologia di soggetti è, per definizione, particolarmente esposta al «rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni». L'art. 22§2 dispone che le specifiche esigenze di protezione, oggetto di valutazione individuale, debbano parametrarsi sulle «caratteristiche personali della vittima» (valutazione soggettiva), nonché sul «tipo o la natura del reato» e sulle «circostanze del reato» (valutazione oggettiva). Tra le prime, andranno senz'altro valorizzate l'età, lo stato di salute, la disabilità, la relazione e/o dipendenza nei confronti dell'autore del reato. Con riguardo al tipo di reato, saranno oggetto di debita considerazione le vittime dei reati di terrorismo, criminalità, violenza nelle relazioni strette e violenza o sfruttamento sessuale. Infine, con riferimento alle circostanze del reato, la portata della valutazione individuale sarà adatta alla gravità del reato e al grado di danno apparente subito dalla vittima⁶⁶. La vittima minore d'età viene considerata in modo specifico nell'art. 22§4 che, dopo aver apparentemente dettato una presunzione di particolare vulnerabilità in suo favore⁶⁷, ribadisce

⁶⁴ A. DIAMANTE, *La Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal d.lgs 212/2015*, in www.giurisprudenzapenale.com, p. 6, parla di un vero e proprio «manifesto dei diritti della vittima di reato».

⁶⁵ Lo stesso Considerando n. 38 della direttiva 2012/29/UE utilizza tale espressione, mentre il Considerando n. 58 parla più genericamente di «vittime vulnerabili».

⁶⁶ Tali criteri, di tipo soggettivo, oggettivo e relazionale, emergono dal combinato disposto dei §2, 3 e 5 dell'art. 22, e dai Considerando n. 55, 56 e 57. Si noti come il riferimento ad un rapporto di relazione e dipendenza con «l'autore del reato» menzionato nell'art. 22§3 sia da considerare “improprio” da un punto di vista terminologico, laddove la colpevolezza non sia ancora stata accertata.

⁶⁷ Non si configura quindi una presunzione assoluta, ma relativa. In merito, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 55, ritiene come forse non si tratti nemmeno di «una vera e propria presunzione relativa, dato che non vi sono deroghe o semplificazioni in merito all'espletamento della

anche in questo caso la necessità di una valutazione individuale per stabilire se, e in quale misura, debbano applicarsi tutele previste per le vittime con specifiche esigenze di protezione. Come ulteriore garanzia in favore della vittima, l'art. 22 §6 richiede che la valutazione individuale sia effettuata con la sua «stretta partecipazione» e che tenga conto dei suoi desideri e volontà, compresa quella di non avvalersi di eventuali misure speciali. La scelta della direttiva 2012/29/UE di prendere in considerazione la “vulnerabilità” nella sua duplice accezione, sia soggettiva che oggettiva, risulta in concreto quella maggiormente condivisibile, in quanto capace di offrire «il più ampio spettro possibile di tutela rafforzata in tutte quelle situazioni intrinsecamente più idonee a turbare profondamente le vittime»⁶⁸. Infatti, tale aspetto è stato sensibilmente modificato nel corso dei lavori preparatori che hanno portato all'adozione della versione attuale della direttiva. Nella proposta di direttiva (COM (2011) 257 def.) si era prospettato un sistema binario. Innanzitutto, vengono identificate due categorie di vittime vulnerabili, particolarmente esposte al rischio di ulteriore vittimizzazione, intimidazione o sofferenza: i minori e di disabili, in ragione delle loro caratteristiche personali; le vittime di violenza sessuale e della tratta di essere umani, per la natura o il tipo di reato subito⁶⁹. Al tempo stesso però, nel momento in cui le vittime sono individui che reagiscono al reato in modo diverso e, di conseguenza, hanno diverse esigenze e fragilità, si è ritenuto opportuno predisporre un meccanismo di valutazione individuale per garantire un sistema adeguato di protezione, dal momento in cui «una vittima può [...] essere vulnerabile pur non rientrando in una specifica categoria di vittime vulnerabili»⁷⁰. La scelta di classificare le vittime come vulnerabili unicamente sulla base delle sue caratteristiche personali è stata fortemente criticata, poiché si sarebbe creata in tal modo una sorta di “gerarchia interna” tra le vittime, rischiando così di generare una discriminazione involontaria tra le stesse. Una volta abbandonata la presunzione di vulnerabilità di categorie predeterminate di vittime, un ruolo centrale lo assume il c.d.

valutazione individuale»: tutt'al più, sembra una presa d'atto del fatto che, nella maggior parte dei casi, le vittime minorenni presentano specifiche esigenze di protezione.

⁶⁸ N. Pascucci, *Osservazioni sulla vittima minorenni*, cit., p. 4221; P. GAETA, *La tutela delle vittime del reato dell'Unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistematica*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2704 s., evidenzia come privilegiare una nozione a discapito dell'altra ha importanti conseguenze pratiche. Laddove la “vulnerabilità” rilevi unicamente in dimensione soggettiva, risulteranno funzionali alla tutela della vittima strumenti essenzialmente processuali (come, ad esempio, la videoregistrazione); viceversa, a fronte di una rilevanza meramente oggettiva della nozione di “vulnerabilità”, gli strumenti di tutela potranno concretarsi, ad esempio, in aiuti finanziari.

⁶⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato COM (2011) 257 def., art. 18 rubricato «individuazione delle vittime vulnerabili».

⁷⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato COM (2011) 257 def., p. 8.

«*individual assessment*», funzionale a determinare in concreto sia l'*an* del trattamento, che il *quomodo*⁷¹. All'esito della predetta valutazione individuale, le misure speciali adottabili in favore delle vittime con esigenze specifiche di protezione sono delineate dell'art. 23§2 e 3 della direttiva, e attengono essenzialmente ai colloqui con le stesse⁷². Durante le indagini, le audizioni della vittima si svolgono in locali idonei, ad opera o per il tramite un soggetto specificamente formato a tale scopo il quale, in caso di plurime audizioni, non dovrebbe cambiare, salvo che ciò sia «contrario alla buona amministrazione della giustizia». È lo stesso art. 25 a ritenere opportuno che gli operatori suscettibili di entrare in contatto con le vittime⁷³ ricevano una formazione specialistica che li «sensibilizzi maggiormente alle esigenze di queste e dia loro gli strumenti per trattarle in modo imparziale, rispettoso e professionale». Nel caso si proceda all'audizione di una vittima di violenza sessuale, di genere o nelle relazioni strette, questa può richiedere che l'audizione sia svolta da una persona dello stesso sesso, purché ciò non pregiudichi «lo svolgimento del procedimento penale» (ad esempio, per indisponibilità di personale dello stesso genere); tale regola subisce un'eccezione qualora l'audizione sia condotta dal pubblico ministero o dal giudice. Durante lo svolgimento del procedimento giudiziario, sono contemplate misure che impediscano il contatto visivo in aula tra l'accusato e la vittima (come, ad esempio, l'utilizzo del vetro-specchio), o che addirittura le consentano di essere sentita a distanza, senza essere fisicamente presente in aula – grazie al ricorso ad appropriate tecnologie di comunicazione – nonché, lo svolgimento dell'udienza a porte chiuse, evitando qualsiasi domanda sulla vita privata della vittima che non risulti pertinente ai fini del giudizio⁷⁴. Qualora lo ritengano opportuno, le autorità competenti potranno adottare tutte le misure idonee ad impedire la diffusione pubblica di «qualsiasi informazione che permetta l'identificazione di una vittima minorenni», come previsto dall'art. 21 della direttiva. Delineato così lo “statuto” delle vittime con particolari esigenze di protezione, l'art. 24 della direttiva si preme di prevedere ulteriori tutele qualora la vittima sia un soggetto minore di età. In particolare, si prevede che qualora i titolari della rappresentanza legale «non siano autorizzati a rappresentare il minore

⁷¹ M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., p. 70 s.

⁷² L'adozione di misure speciali, rimessa alla discrezionalità giudiziale, non può mai pregiudicare i diritti della difesa o lo svolgimento del procedimento, e può essere impedita qualora «esigenze operative o pratiche non lo rendano possibile». È sempre necessario operare un delicato bilanciamento tra il diritto dell'accusato a confrontarsi con il proprio accusatore e l'esigenza di scongiurare il pericolo di vittimizzazione secondaria, con ricadute sulla salute psico-fisica del dichiarante vulnerabile.

⁷³ L'art. 25 si riferisce agli agenti di polizia, al personale giudiziario, alla magistratura, agli esercenti la professione forense e altresì a coloro che forniscano servizi di assistenza alle vittime e di giustizia riparativa.

⁷⁴ Risulta evidente che si tratta di cautele già contemplate dalla Convenzione di Lanzarote ed estese, dalla direttiva 2012/29/UE, a tutte le vittime con particolari esigenze di protezione.

vittima di reato», le autorità competenti provvedano a nominare un rappresentante speciale e, comunque, in caso di potenziale conflitto di interessi tra il minore e i titolari della potestà genitoriale, il minore vittima di reato gode del «diritto alla consulenza e alla rappresentanza legale, in nome proprio». Inoltre, tutte le audizioni del minore possono essere «oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possono essere utilizzate come prova nei procedimenti penali», nel rispetto delle norme dettate dal diritto nazionale⁷⁵. In definitiva, si può affermare che il *corpus* di misure di protezione a favore delle vittime con «particolari esigenze di protezione», indipendentemente che queste siano minori, si articola su due linee direttive: limitare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, creando uno scudo contro eventuali intimidazioni e ritorsioni da parte dell'autore del reato, compreso il rischio di danni emotivi e psicologici; e salvaguardare la dignità della vittima qualora sia chiamata a rendere dichiarazioni, mediante meccanismi che consentano di stabilire un clima di fiducia con le autorità.

Più genericamente, con riferimento a tutte vittime di reato – senza alcuna distinzione – la direttiva dedica numerose previsioni ai diritti di informazione e sostegno (capo 2), di partecipazione al procedimento (capo 3), e di protezione (prima parte del capo 4). In merito ai diritti di informazione, l'art. 3 sembrerebbe quasi assumere il ruolo di “norma manifesto” dell'intera categoria, poiché sancisce il diritto della vittima di «comprendere e essere compresa» sin dal primo contatto con l'autorità. Se la vittima non è messa in condizione di comprendere il contenuto delle comunicazioni o degli strumenti di assistenza a lei offerti – vuoi perché non conosce la lingua, vuoi perché non comprende il linguaggio processuale – risulta difficile che le specifiche garanzie offerte dall'ordinamento possano concretamente operare. A tal fine, la vittima che «non comprende o non parla la lingua del procedimento» può essere assistita – previa richiesta – da un interprete che la assista durante gli interrogatori o nel corso dell'udienza, o da un traduttore, con il compito di tradurre le informazioni essenziali in una lingua a lei comprensibile, affinché possa esercitare i suoi diritti del procedimento penale⁷⁶. Nell'ottica di garantire adeguato sostegno alla vittima, sia di tipo emotivo che finanziario, «prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale», questa potrà avere accesso gratuito ai servizi di assistenza

⁷⁵ Il Considerando n. 53 si esprime in termini di “opportunità” e parla della videoregistrazione quale possibile strumento per limitare i contatti tra operatori e vittima, non imponendo alcun obbligo in questo senso. Il riferimento al diritto nazionale lascia un margine di discrezionalità ai singoli Stati nell'attuazione di tali indicazioni.

⁷⁶ L'art. 7 della direttiva 2012/29/UE si limita a ribadire sinteticamente quanto previsto nella direttiva 2010/64/UE sui «diritti di informazione, traduzione ed interpretariato nel processo penale».

specialistica, in aggiunta ai servizi generali di assistenza alle vittime, così come previsto dagli artt. 8 e 9 della direttiva. Relativamente ai diritti partecipativi, fondamentale è la previsione di cui all'art. 10, la quale garantisce il diritto della vittima di «essere sentita nel corso del procedimento penale e [...] fornire elementi di prova» con la precisazione che, se la vittima è minore di età, vanno tenute in considerazione la sua età e maturità. Saranno poi i singoli ordinamenti a stabilire le modalità dell'audizione e i limiti entro i quali la vittima possa fornire elementi di prova⁷⁷, in conformità ai criteri di proporzionalità e di sussidiarietà che caratterizzano l'azione dell'Unione europea. Senza dubbio, l'audizione della vittima dovrà svolgersi tempestivamente, in luoghi riservati a tale scopo per evitare al massimo i contatti tra la vittima e l'indagato, e il numero di audizioni dovrà essere limitato al minimo necessario ai fini dell'indagine penale. Di particolare rilievo è l'esigenza che, qualora si ricorra ai servizi di c.d. giustizia riparativa⁷⁸ – come, ad esempio, la mediazione tra la vittima e il reo – siano predisposte adeguate garanzie per la vittima per evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria e ripetuta, nonché intimidazioni e ritorsioni. Inoltre, con il fine di garantire un accesso generalizzato alla giustizia, è assicurato il ricorso al patrocinio a spese dello Stato e la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute a seguito della partecipazione attiva al procedimento penale (artt. 13 e 14), secondo le modalità e le condizioni stabilite dal diritto nazionale.

⁷⁷ Le modalità di audizione previste dalle single discipline nazionali, ferma restando l'applicabilità delle norme comuni minime stabilite dalla direttiva, potranno presentare differenze in ragione delle scelte di fondo di ciascun ordinamento, ispirato in modo più o meno marcato al sistema accusatorio o inquisitorio. In tal senso, v. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, cit., p. 52.

⁷⁸ Cfr. art. 12. L'art. 2, §1 lett. d, direttiva 2012/29/UE definisce la giustizia riparativa come «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale».

Sezione II

Le fonti interne

SOMMARIO: 6. La protezione del minore nella Carta costituzionale. – 7. Le reazioni del legislatore italiano alle sollecitazioni sopranazionali ed europee. – 8. (*Segue*) Le modifiche al codice di procedura penale ad opera della l. 172/2012. – 9. (*Segue*) Il d.lgs 212/2015 e l'introduzione della "condizione di particolare vulnerabilità". – 10. Le linee guida per l'esame del minore contenute nella Carta di Noto: un vero e proprio *corpus* normativo o mere direttive?

6. *La protezione del minore nella Carta costituzionale*

La Costituzione italiana, nel Titolo II rubricato «Rapporti etico – sociali», dedica particolare attenzione al minore negli artt. 30 e 31, comma 2 : il primo, concernente i rapporti tra i figli e i genitori, riconosce in capo a questi ultimi e, solo in via sussidiaria allo Stato, il dovere di contribuire allo sviluppo della personalità dei propri figli; il secondo, riconosce in capo allo Stato l'obbligo positivo di proteggere l'infanzia e la gioventù, mediante la predisposizione di tutti gli istituti necessari a tale scopo. Nonostante la Costituzione non contenga un vero e proprio "statuto" del minore, tali disposizioni devono essere lette in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., per cui la Repubblica riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'uomo «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» e si impegna a rimuovere gli ostacoli che impediscano «il pieno sviluppo della personalità di ogni individuo». Già all'inizio degli anni '80, la Corte costituzionale sottolinea come da una lettura congiunta degli artt. 2 e 30 Cost. emerga – quale fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie e, di conseguenza, come la «promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione» assumano valore primario⁷⁹. La posizione preferenziale riconosciuta alla situazione soggettiva del minore comporta l'onere in capo allo Stato di ricercare la soluzione che in concreto possa maggiormente garantire, specialmente dal punto di vista morale, la «miglior cura della persona»⁸⁰.

⁷⁹ V. Corte cost, 10 febbraio 1981, n. 11, punti 5 – 6 del Considerato in diritto, in materia di adozione.

⁸⁰ In questo modo, la Corte costituzionale ha elaborato in via giurisprudenziale il principio del *best interest of the child*, ancor prima che questo venisse consacrato nell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo nel 1989. In tal senso, v. M. BERTOLINO, *I diritti dei minori tra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 22; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 13 s.

Sul piano processuale, il minore – al pari di qualsiasi individuo – è titolare dei diritti che orbitano intorno al “giusto processo”, in particolare il diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost.), il principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 comma 4 e 5, Cost.), i quali sono strettamente connessi con l’obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.). Posto che il sistema non ponga alcun limite minimo di età per assumere la veste di testimone, risulta opportuno chiedersi se il metodo del contraddittorio nella formazione della prova – la cui massima espressione è rappresentata dalla *cross examination* dibattimentale – risulti compatibile con la fragilità del dichiarante minorenni, dato che le parti del processo possono rivolgersi direttamente alla fonte di prova senza alcuna mediazione. Il contraddittorio ex art. 111, comma 4, Cost. non postula un unico modello dialettico ma bensì consente di attenuare la rigidità di forme dell’esame incrociato mediante il ricorso a modalità differenti di conduzione dell’esame, tali da consentire una partecipazione paritetica delle parti alla corretta formazione delle conoscenze giudiziali. Ne consegue che è compito del legislatore ordinario stabilire in concreto forme differenti di contraddittorio, il quale risulterà affievolito qualora sia necessario effettuare un bilanciamento con contrapposti interessi o beni di pari rango⁸¹: non può, tuttavia, verificarsi un’illimitata espansione dei diritti ed interessi del minore a scapito del contraddittorio, prevalendo su quest’ultimo e negandolo totalmente⁸². Infatti, il legislatore ordinario nel delineare la disciplina della testimonianza del minore, deve tener conto di una duplice esigenza: da un lato, proteggere il minore dall’aggressività del contraddittorio dibattimentale; dall’altro, assicurare il più possibile la genuinità del contributo conoscitivo offerto dal dichiarante, evitando che questo possa essere influenzato o alterato⁸³.

Il quadro delle garanzie a favore del minore testimone e/o vittima del reato si è notevolmente ampliato attraverso la finestra di cui all’art. 117, comma 1, Cost., così come risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione, in base al quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» e, successivamente, con le cd.

⁸¹ C. CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorenni*, AA.VV., *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Milano, 2015, p. 263 s.

⁸² Diversamente, si avrebbe un interesse che «diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute»: v. Corte cost., 9 aprile, 2013, n. 85.

⁸³ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1024; C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 270, ritiene che la soluzione ideale dovrebbe essere quella di collocare il minore in una «“campana di vetro”», in modo tale da consentire la sua escussione in un contesto privo di quell’aggressività che caratterizza il processo penale.

sentenze gemelle⁸⁴. Attraverso tali pronunce, la Consulta ha ricondotto le disposizioni della CEDU nella categoria delle “norme interposte”, ossia quelle norme che, collocandosi in una posizione intermedia tra la Costituzione e la legge ordinaria, possono essere invocate quale parametro di giustizia di costituzionalità sulle leggi. In tal modo, la CEDU è utilizzabile come canone ausiliario nell’evoluzione dell’interpretazione delle norme costituzionali – ampliando le tutele già riconosciute dalla Costituzione stessa – la quale deve necessariamente adeguarsi al mutamento dei tempi e delle circostanze. Al giudice comune spetterà interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia consentito dalle norme interne; nell’eventualità in cui tale operazione non risulti possibile o si ravvisi un potenziale contrasto tra la norma interna e la disposizione convenzionale “interposta”, il giudice dovrà investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità invocando il parametro di cui all’art. 117, comma 1, Cost⁸⁵.

7. *Le reazioni del legislatore italiano alle sollecitazioni sopranazionali ed europee*

La crescente attenzione a livello sopranazionale ed europeo nei confronti del minore ha, di conseguenza, avuto un grosso impatto a livello statale, portando il legislatore italiano ad intervenire in sede legislativa al fine di conformarsi ai principi generali che si sono via via andati formandosi. A seguito della ratifica da parte dell’Italia, con l. 176/1991, della Convenzione sui diritti del fanciullo, il legislatore non ha ritenuto opportuno adottare ulteriori misure di attuazione *ad hoc*⁸⁶ al fine di favorirne l’applicazione interna, attribuendo– in questo modo – alle norme della Convenzione il carattere *self-executing*. Tuttavia, si riteneva che una norma come l’art. 12 CRC, che prescrive l’ascolto del minore in ogni procedura che lo coinvolga, per poter essere applicata richiedesse l’intervento del legislatore: gli Stati, assumendo l’impegno di consentire al minore di essere ascoltato, devono necessariamente predisporre un modello processuale tale da garantire i suoi diritti.

⁸⁴ Corte cost, 22 ottobre 2007, nn. 348 – 349. La Corte ha ricostruito il percorso che le norme della CEDU devono seguire per trovare ingresso nell’ordinamento interno con una forza maggiore rispetto all’atto che formalmente le recepisce, ossia la legge ordinaria.

⁸⁵ Per un commento più approfondito, v. V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell’ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2296 s.

⁸⁶ Ad una conclusione di segno opposto si è pervenuti in occasione del Terzo Piano nazionale per l’infanzia svoltosi nel 2011, in cui si è proposto di adottare un testo unico specificamente dedicato all’infanzia e all’adolescenza. A fronte di tale necessità, il legislatore ha istituito l’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza (l. 112/2011), il cui scopo primario è quello di promuovere l’attuazione degli strumenti internazionali a tutela dell’infanzia e dell’adolescenza.

In questo contesto, lo spartiacque sulla diretta applicabilità dell'art. 12 CRC è rappresentato dalla sentenza n. 1/2002 della Corte costituzionale, con la quale la Consulta si è schierata a favore della diretta applicabilità della disposizione, riconoscendone il carattere *self-executing*⁸⁷.

A livello europeo invece, il mancato recepimento della decisione quadro 2001/220/GAI da parte dell'Italia – e di numerosi altri Stati – ha comportato il mancato raggiungimento degli obiettivi che la decisione quadro stessa si era prefissata, ossia una maggiore tutela in termini di effettività dei diritti della vittima del reato. Nella Relazione della Commissione sul recepimento da parte degli Stati membri della decisione quadro 2001/220/GAI⁸⁸ si prende atto che il livello di attuazione della decisione quadro è insufficiente poiché, da un lato, la legislazione nazionale presenta numerose omissioni e, dall'altro, riflette in gran parte prassi esistenti già prima dell'adozione della decisione. Infatti, «l'obiettivo di armonizzare la legislazione in questo settore non è raggiunto in quanto sussistono ampie disparità tra le normative nazionali». L'effettivo valore della decisione quadro e la sua potenziale capacità di incidere in modo decisivo sulle strutture del processo penale sono emersi nel noto c.d. caso Pupino⁸⁹, in cui la Corte di giustizia ha sancito l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno – nei limiti in cui ciò sia possibile – alla luce della lettera e dello scopo della decisione, salvo il limite dei principi generali del diritto. L'allora vigente disciplina processuale italiana relativa all'incidente probatorio, contenuta nell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., consentiva l'audizione delle vittime minori di età in sede di incidente probatorio solo nelle ipotesi in cui queste risultassero persone offese dai reati a sfondo sessuale tassativamente indicati dalla norma escludendo, quindi, nel caso di specie il ricorso a tale modalità di audizione, trattandosi di reati diversi rispetto a quelli a sfondo sessuale. La Grande Sezione della Corte, investita della questione pregiudiziale, è stata chiamata a

⁸⁷ Corte cost, 16 gennaio 2002, n. 1. Sullo stato di attuazione dell'art. 12 CRC, v. *12° Rapporto di monitoraggio dell'attuazione della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (CRC) in Italia*. Consultabile al seguente indirizzo: <https://grupprocrc.net/wp-content/uploads/2022/07/CRC-2022-12rapporto.pdf>.

⁸⁸ Relazione della Commissione, *in base all'art. 18 della decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (220/2001/GAI)*, Bruxelles, 20 aprile 2009, COM (2009) 476, p. 10.

⁸⁹ Corte giust. UE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, punto 50 s. Il g.i.p del tribunale di Firenze è stato chiamato ad esprimersi su una richiesta di incidente probatorio, presentata dal pubblico ministero, volta ad assumere la testimonianza di otto bambini, di età inferiore ai 5 anni, a fronte di presunti maltrattamenti e lesioni aggravate commessi dalla loro maestra della scuola materna. La richiesta da parte dell'accusa si fondava sulla non rinviabilità delle testimonianze al dibattimento e sulla necessità di disporre un'audizione protetta con l'ausilio di un esperto in psicologia infantile. Per un commento più approfondito, v. L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3541 s.

valutare se la normativa processuale italiana fosse compatibile con gli artt. 2, 3 e 8§4 della decisione quadro 2001/220/GAI. Dal combinato disposto di tali disposizioni emerge la necessità che il giudice nazionale garantisca alle vittime particolarmente vulnerabili un «trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione» e che sia debitamente rispettoso della loro dignità personale, il quale può tradursi nell'uso di una procedura speciale come, ad esempio, l'incidente probatorio. Nonostante la decisione quadro non fornisca alcuna definizione normativa di “vittima particolarmente vulnerabile”, la Corte ha qualificato come tali i bambini coinvolti nel procedimento principale, proprio alla luce della «loro età, nonché della natura e delle conseguenze delle infrazioni di cui ritengano di essere stati vittime»⁹⁰.

La Corte di giustizia è tornata nuovamente a pronunciarsi sul tema dell'audizione delle vittime vulnerabili, e in particolare sui rapporti che intercorrono tra la vittima e quelli del pubblico ministero a seguito della richiesta di incidente probatorio, nel caso *X contro Italia*⁹¹. I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto compatibile con le disposizioni della decisione quadro il regime processuale delineato dagli artt. 392, comma. 1-*bis*, 394 e 398, comma. 5-*bis*, c.p.p., il quale non implica il riconoscimento automatico in capo alla vittima del diritto di beneficiare in qualunque ipotesi del meccanismo dell'incidente probatorio: la vittima non può chiederlo in via autonoma al giudice – senza il “filtro” del pubblico ministero – né tantomeno imporre tale richiesta al pubblico ministero, non esistendo uno specifico mezzo di impugnazione avverso il diniego di quest'ultimo all'assunzione anticipata della prova. Diversamente, si attribuirebbe alla vittima e non al pubblico ministero «il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali», rischiando in tal modo, secondo la Corte, di ingenerare l'idea di un'indebita sovrapposizione tra il diritto alla prova della persona offesa durante le indagini e l'esercizio dell'azione penale⁹². La Corte nella sua motivazione, infatti, ribadisce la necessità di proteggere le vittime dalle conseguenze della loro deposizione con i mezzi più adeguati, ma a condizione che questi «siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento», in linea con quanto dispone l'art. 8§4 della decisione quadro 2001/220/GAI. Nonostante tale pronuncia possa rappresentare una sorta di «battuta

⁹⁰ Sulla tendenza espansiva della categoria di “vittima vulnerabile”, v. M. GIALUZ, *Lo Statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., p. 63 s.

⁹¹ Corte giust. UE, 21 dicembre 2011, C-507/10, X, punto 30 s. La vicenda nasce da presunti abusi sessuali commessi dal padre nei confronti della figlia minore, la quale aveva presentato direttamente in udienza istanza affinché si procedesse alla sua audizione con le forme dell'incidente probatorio, senza il necessario tramite del pubblico ministero.

⁹² Corte giust. UE, 21 dicembre 2011, C-507/10, X, punto. 43. Sul punto, v. F. NICOLICCHIA, *L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1227 s.

d'arresto»⁹³ nel percorso verso l'ampliamento dei diritti della vittima nel processo penale, non può negarsi come l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale in capo al pubblico ministero *ex art. 112 Cost.*, il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e il principio del contraddittorio nella formazione della prova *ex art. 111 comma 4 e 5, Cost.* costituiscano principi fondamentali dell'ordinamento italiano, e in quanto tali, debbano necessariamente essere garantiti.

8. (Segue) *Le modifiche al codice di procedura penale ad opera della l. 172/2012*

Nel quadro degli interventi normativi a favore del minore si colloca la l. 172/2012⁹⁴ la quale – recependo la Convenzione di Lanzarote – ha modificato alcune disposizioni del codice di procedura penale, con l'obiettivo di perfezionare il metodo di acquisizione delle dichiarazioni del minore sin dalla fase delle indagini evitando, e cercando di prevenire, il proliferare di prassi distorsive. Tipicamente, i colloqui investigativi si tengono in luoghi, come gli uffici di polizia o le procure, che possono accrescere il senso di diffidenza del minore verso luoghi e persone a lui sconosciute. Ne deriva che l'impatto del testimone con l'autorità, in assenza di adeguati strumenti di protezione, rischi di nuocere alla fragilità psico – fisica del dichiarante, ma anche di condizionare l'attendibilità delle dichiarazioni da questo rilasciate⁹⁵. Di tali rischi ha preso atto il legislatore che, con l'art. 5, comma 1, lett. *c, d, f*, l. 172/2012, ha aggiunto il comma *1-ter* all'art. 315, il comma *1-bis* all'art. 362 e il comma *5-bis* all'art. 391-*bis*: si tratta di norme che si occupano dell'assunzione di informazioni da parte – rispettivamente – della polizia giudiziaria, del pubblico ministero e del difensore nel corso delle indagini preliminari. Ogniquale volta sia necessario acquisire informazioni da persone minori informate sui fatti, nel corso di procedimenti per reati a sfondo sessuale, il soggetto incaricato di farlo dovrà avvalersi dell'ausilio di un «esperto in psicologia o psichiatria infantile», in linea con quanto disposto dall'art. 35, comma 1, lett. *c*, della Convenzione di Lanzarote. Dal testo di tutte le norme novellate, risulta esplicito il fatto che

⁹³ Di tale avviso è S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, cit., p. 25, che parla di «marcia trionfante della vittima».

⁹⁴ L. 1° ottobre 2012, n. 172, concernente «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno».

⁹⁵ L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorenni: i modesti ritocchi della legge n. 172/2012 tradiscono le attese per un'audizione garantita*, in AA. VV., *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2ª ed., Milano, 2015, p. 38, parla di un possibile «effetto domino» in forza del quale le dichiarazioni rilasciate nel corso delle indagini – seppur non abbiano tendenzialmente rilievo nella fase processuale – potrebbero incidere, in modo negativo, sui successivi atti che si formeranno nel giudizio.

il legislatore abbia qualificato la presenza dell'esperto come obbligatoria e non affidata ad una scelta meramente discrezionale, dato l'utilizzo di formule quali «è assicurata» o «si avvale». Non sono mancate, nelle prime pronunce della Suprema Corte, conclusioni di segno opposto, volte a configurare in capo agli organi inquirenti un potere meramente discrezionale nella scelta se avvalersi o meno dell'esperto, posto che l'art. 351, comma 1-ter, c.p.p. non colpisca con l'inutilizzabilità le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria in assenza dell'esperto⁹⁶. Si legge, infatti, che «la presenza dell'esperto è piuttosto cautela, rimessa alla valutazione del pubblico ministero, ai fini del giudizio di attendibilità e genuinità della deposizione del minore. [...] si potrà procedere solo nei casi in cui tale nomina risultasse realmente necessaria, rappresentando un *quid pluris* in quanto di attendibilità». Tuttavia, il dato testuale sembra rafforzare la tesi dell'obbligatorietà della nomina dell'esperto, poiché laddove il legislatore abbia ritenuto opportuno affidare un margine di discrezionalità all'organo procedente, lo ha fatto espressamente: infatti, già l'art. 498, comma 4, c.p.p. prevede che l'esame testimoniale del minorenne sia condotto dal presidente il quale «può avvalersi» dell'ausilio di un esperto in psicologia infantile e, analogamente, l'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. riconosce in capo al giudice il potere di disporre particolari modalità di svolgimento dell'incidente probatorio quando le esigenze di tutela della persona lo rendano «necessario od opportuno».

Senza dubbio la novella introdotta con la l. 172/2012 ha colmato alcune lacune che da tempo la dottrina lamentava in questo settore, poiché nonostante codificatori del 1988 avessero previsto – fin dalla prima stesura del codice – una serie di tutele a beneficio del minore sentito come testimone in incidente probatorio o in dibattimento, avevano ignorato la delicata fase dell'assunzione di informazioni nel corso delle indagini. Ciononostante, la scelta del legislatore di circoscrivere l'intervento dell'esperto in sede di sommarie informazioni ai soli procedimenti per i reati tassativamente indicati – riconducibili alla categoria dei reati di maltrattamento e reati a sfondo sessuale – sembra tradire la *ratio* di fondo che ha mosso lo stesso legislatore ad intervenire⁹⁷. Se lo scopo è quello di conciliare la tutela del dichiarante debole e la ricerca della verità in una fase così delicata come quella delle indagini, l'audizione del minore testimone e/o vittima dovrebbe essere sempre condotta

⁹⁶ V. Cass., Sez. IV., 12 marzo 2013, n. 16981, p. 8. Per un commento circa la non ragionevolezza di tale conclusione, v. C. CESARI, *Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla suprema corte*, in *Cass., pen.*, 2014, p. 1174 s.

⁹⁷ C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti nella legge n. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 161, sostiene che il legislatore si sia limitato a «tradurre l'*input* della Convenzione di Lanzarote nell'ordinamento interno e, quindi, la matrice di riferimento non può che essere la tipologia degli illeciti cui essa è dedicata», ossia reati di sfruttamento e abuso sessuale.

con l'ausilio di un esperto, qualunque sia il reato per il quale si sta procedendo: in tal senso, la scelta del rinvio ad elenchi tassativi di reati per delimitare l'ambito di operatività di una particolare forma di protezione sembra discutibile e, anzi, potrebbe risultare talvolta controproducente sul piano pratico⁹⁸. L'esperto in psicologia e psichiatria infantile agirebbe come una sorta di "mediatore psicologico" capace di trovare un punto di contatto comunicativo – adeguando i diversi linguaggi – tra la fragilità della fonte di prova e i tecnicismi e la rigidità che caratterizzano il processo⁹⁹. Nell'assunzione di informazioni assume un ruolo determinante proprio la tecnica di formulazione delle domande che dovrà essere plasmata sull'età e sul grado di maturità del minore, sulla fattispecie di reato per cui si procede e sul tipo di coinvolgimento nella vicenda criminosa, affinché l'audizione si svolga secondo modalità che non influenzino negativamente la sua personalità, evitando vessazioni inutili (ad esempio, trasmettendogli timori, ansie e suggestioni). L'esperto dovrà altresì, congiuntamente all'autorità procedente, individuare l'ambiente, i tempi e le modalità più idonei per lo svolgimento dell'esame, nonché l'atteggiamento e l'approccio che gli organi inquirenti dovranno mantenere durante la conduzione dell'esame¹⁰⁰. Nonostante non sia direttamente l'esperto a condurre l'esame, egli fungerà da "supporto" sia all'autorità, nel caso in cui dovessero sorgere difficoltà comunicative tra questa e il dichiarante, sia allo stesso dichiarante, qualora manifesti insofferenze o disorientamenti che possano nuocere a sé stesso e alla genuinità del contributo dichiarativo. Spesso sono proprio i segnali del comportamento non verbale che forniscono le maggiori indicazioni sul modo più appropriato per interagire con il minore; ma questi gesti e comportamenti possono essere compresi e "tradotti" solo da soggetti appositamente formati a tale scopo. E così facendo, l'esperto fornisce un aiuto psicologico importante al minore, con lo scopo di rendere meno traumatico il suo primo impatto con la macchina della giustizia. In definitiva, le funzioni dell'esperto

⁹⁸ C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2013, p. 7, ulteriori perplessità desta il fatto che nel catalogo di reati per il quali è necessaria la presenza dell'esperto manchi il riferimento al reato di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p., costituendo un'omissione «ingiustificata e criticabile». Analogamente, v. M. MONTELEONE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al codice di procedura penale*, in *Giur. merito*, fasc. 7-8, 2013, p. 1490, secondo il quale con sempre maggiore frequenza si avverte l'esigenza di assumere informazioni da soggetti minorenni a seguito di condotte criminose realizzate all'interno di nuclei familiari o di comunità sociali, come ad esempio le scuole.

⁹⁹ In questo senso, il ruolo dell'esperto è assimilabile a quello di un interprete, nonostante non sia formalmente tale. C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti" nella l. 172/2012*, cit., p. 176.

¹⁰⁰ Per specificare le modalità di assunzione delle sommarie informazioni, il legislatore avrebbe semplicemente potuto inserire negli artt. 351, 362 e 391-bis c.p.p. – adeguandolo al contesto – il testo dell'art. 398, comma 5-bis primo, secondo e terzo periodo, c.p.p., il quale attribuisce al giudice il potere stabilire «il luogo, il tempo e le modalità particolari» di svolgimento dell'incidente probatorio. Di tale avviso, è A. M. CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012, p. 8.

rimangono circoscritte al momento dell'assunzione di informazioni, non potendo mai sconfinare in un vaglio circa l'attendibilità della fonte di prova; operazione che invece è riservata unicamente al giudice.

L'art. 5, lett. g, l. 172/2012 ha avuto anche il merito di estendere il novero di reati per i quali è possibile procedere all'assunzione della testimonianza di un minore o della persona offesa maggiorenne in incidente probatorio "speciale" ex art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., anche al di fuori delle ipotesi di non rinviabilità o inquinamento probatorio: si tratta dei reati di adescamento di minorenni (art. 609-*undecies*, c.p.) e di detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater*, c.p.). Tale riforma si pone in linea di continuità con il precedente d.l. 11/2009¹⁰¹, il quale aveva già esteso a tali soggetti la facoltà di rendere dichiarazioni in sede di incidente probatorio – in precedenza riservato solo ai minori degli anni 16 – e, allo stesso tempo, inserito nel novero dei reati di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. i reati di maltrattamenti in famiglia¹⁰² (art. 572, c.p.) e di atti persecutori (art. 612-*bis*, c.p.). Dall'ammissione all'incidente probatorio "speciale" discende la completa *discovery* di tutto il materiale acquisito nel corso delle indagini, sacrificando in questo modo il generale principio di segretezza investigativa, con il primario lo scopo di evitare richieste di riesame del minore giustificate dalla sopravvenuta conoscenza degli atti di indagine. Tuttavia, tale esigenza risulta essere frustrata dal mancato coordinamento con l'art. 190, comma-1*bis*, c.p.p., il quale consente la ripetizione della testimonianza già raccolta in sede di incidente probatorio: il fatto che, in quest'ultima disposizione, manchino alcune fattispecie di reato espressamente previste nell'art. art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. – come, ad esempio, il reato di maltrattamenti in famiglia o di atti persecutori – potrebbe in alcuni casi vanificare lo sforzo di limitare allo stretto necessario il numero di audizioni del minore, come auspicato dall'art. 35, comma 1, lett. e, della Convenzione di Lanzarote. Uno degli strumenti indicati dalla Convenzione per raggiungere tale obiettivo è la registrazione audiovisiva dei colloqui, già prevista dall'art. 398, comma-5*bis*, c.p.p. per l'incidente probatorio "speciale", nella parte in cui richiede la documentazione integrale delle dichiarazioni testimoniali mediante «mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva». Pertanto, il legislatore in sede di recepimento non ha ritenuto opportuno fare cenno a tale modalità di documentazione, dando forse per

¹⁰¹ Decreto-legge, 23 febbraio 2009, n. 11, recante «*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*», convertito con modificazioni dalla legge, 23 aprile 2009, n. 38.

¹⁰² Con specifico riferimento ai maltrattamenti in famiglia, il legislatore ha finalmente colmato una lacuna da tempo lamentata e che, neppure dopo le sollecitazioni della Corte di giustizia a seguito sentenza Pupino del 2005, lo aveva spinto a modificare il dato normativo.

scontato che il sistema processuale offrisse già – sotto questo aspetto – un adeguato strumento di tutela per il dichiarante debole. La scelta del legislatore non pare condivisibile, quantomeno per due ragioni, in quanto sembrerebbe essere stata una «occasione perduta» per incrementare ulteriormente lo *standard* di tutela dei testimoni vulnerabili¹⁰³. In primo luogo, la riproduzione audiovisiva non è l'unica modalità di documentazione ammessa, essendo posta in termini di alternatività rispetto a quella fonografica la quale, non permettendo di cogliere i comportamenti non verbali del dichiarante, rischia di incidere sul successivo vaglio circa l'attendibilità della testimonianza; in secondo luogo, pur configurando come obbligatorio il ricorso a tali mezzi di documentazione, tale obbligo non è presidiato da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza¹⁰⁴, traducendosi in una mera raccomandazione rivolta agli operatori. È da notare, inoltre, come il legislatore – in sede di attuazione della Convenzione – abbia trascurato un importante aspetto: non ha esteso alle sommarie informazioni il medesimo l'obbligo di documentazione previsto per le dichiarazioni testimoniali assunte in incidente probatorio; il che sarebbe stato auspicabile. Infatti, solo la possibilità di visionare *ex post* la videoregistrazione dell'audizione, riconosciuta in capo a chi non ha partecipato all'assunzione delle informazioni, permette a questi ultimi di recuperare la possibilità di critica delle informazioni raccolte unilateralmente ed, eventualmente, utilizzarle in giudizio¹⁰⁵.

9. (Segue) *Il d.lgs 212/2015 e l'introduzione della "condizione di particolare vulnerabilità"*

La II Commissione permanente (giustizia), coinvolta nell'elaborazione del decreto attuativo della direttiva 2012/29/UE, ha ritenuto che questa rappresentasse una grande occasione per «garantire una più incisiva ed efficace tutela e protezione delle vittime dei reati», sebbene molte disposizioni già presenti all'interno del nostro ordinamento risultino

¹⁰³ S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 marzo 2013, p. 19 s.

¹⁰⁴ C. CESARI, *Il minore informato sui fatti nella l. 172/2012*, cit., p. 174, ritiene che il legislatore avrebbe dovuto utilizzare lo schema di cui all'art. 141-bis, c.p.p., il quale prevede la sanzione dell'inutilizzabilità qualora l'interrogatorio di una persona che si trovi in stato di detenzione e che non si svolga in udienza, non sia documentato integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva.

¹⁰⁵ Ad avviso di S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, cit., p. 20, si tratterebbe di un contraddittorio "sulla prova" già formata, espressione del giusto processo, collocandosi in una «dimensione "allargata" capace di estendere le garanzie oltre il contraddittorio dibattimentale, per affondare nella fase "oscura" delle indagini».

conformi ai principi ispiratori della normativa europea¹⁰⁶. Tuttavia, dallo schema del decreto attuativo emerge come tra le questioni che meritano un ulteriore approfondimento vi è quella dell'apprezzamento della vulnerabilità: l'obiettivo è quello di rendere lo *status* di soggetto vulnerabile slegato da un novero di reati tassativamente indicati e da caratteristiche del soggetto, benché questo rappresenti il punto di partenza per questo tipo di valutazione. La normativa di attuazione, in linea con quanto previsto dalla direttiva, dovrà muoversi su due fronti: da un lato, individuare modalità di protezione per la vittima da interferenze esterne e, dall'altro, individuare modalità di tutela che le consentano di partecipare attivamente al processo, senza che dalla sua testimonianza possano derivare conseguenze negative.

Sulla scorta di tali considerazioni, viene emanato il d.lgs, 15 dicembre 2015, n. 212¹⁰⁷, il quale si compone di soli tre articoli: i primi due provvedono a modificare ed introdurre nuove disposizioni al codice di procedura penale e alle relative norme di attuazione, coordinamento e transitorie; mentre il terzo è dedicato alle «disposizioni finanziarie». Concentrando l'analisi sulle singole disposizioni, l'art. 1, comma 1, lett. *a* e *b*, d.lgs 212/2015, ha aggiunto un nuovo comma all'art. 90, c.p.p., e introdotto gli artt. 90-*bis*, 90-*ter*, e 90-*quater*, c.p.p., contenuti nel libro I, titolo VI del codice di rito, dedicato alla «persona offesa dal reato». All'art. 90, c.p.p., è stato aggiunto il nuovo comma 2-*bis*, ai sensi del quale nel caso in cui vi sia incertezza sulla minore età della persona offesa del reato, il giudice è tenuto a disporre – anche d'ufficio – una perizia; qualora il dubbio permanga anche dopo l'espletamento della perizia, la minore età è da considerarsi presunta ai soli fini dell'applicazione delle norme processuali. Sul versante dei diritti informativi, il nuovo art. 90-*bis*, c.p.p., contiene un vero e proprio “catalogo” di informazioni che la persona offesa, in una lingua a lei comprensibile, ha il diritto di ricevere sin dal primo contatto con l'autorità. Tali informazioni sono per lo più di carattere tecnico-procedurale, funzionali ad orientarla durante la fase delle indagini e consentirle una partecipazione consapevole alle dinamiche processuali. Tra le informazioni rivolte alla vittima vi rientrano quelle relative alle modalità di presentazione degli atti di denuncia e querela, al ruolo che assume nel corso delle indagini, al diritto ad avere conoscenza della data e del luogo del processo, alla facoltà di ricevere comunicazione dello stato del procedimento e della richiesta di archiviazione, e l'autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni sul procedimento. Oggetto di informazione sono, altresì, la facoltà di

¹⁰⁶ «Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», atto n. 204., allegato 2.

¹⁰⁷ Pubblicato in G.U., 5 gennaio 2016, n. 3 ed entrato in vigore il 20 gennaio 2016. L'art. 27 direttiva 2012/29/UE richiedeva agli Stati di recepire la presente direttiva entro il 16 novembre 2015.

avvalersi di eventuali misure di protezione in suo favore, di chiedere il risarcimento dei danni del reato e di rivolgersi alle particolari strutture di assistenza presenti sul territorio¹⁰⁸. Manca, tuttavia, l'indicazione dei soggetti o uffici tenuti ad assolvere tale obbligo informativo nelle diverse fasi processuali: il diritto di rivolgersi all'autorità per ottenere informazioni sul proprio caso sembrerebbe richiedere la predisposizione, all'interno di ogni tribunale, di un apposito ufficio – presieduto da un magistrato che possa avvalersi dei servizi sociali ed associazioni in favore delle vittime – dedicato a tale scopo; necessità che, pur essendo emersa nel parere recante lo schema di decreto legislativo, non è poi stata presa in considerazione dal Governo nella versione definitiva. Inoltre, l'art. 90-ter, c.p.p., prevede che l'autorità comunichi alla persona offesa che ne faccia richiesta, eventuali provvedimenti di scarcerazione, evasione della persona posta in stato di custodia cautelare, processata o condannata che riguardino la vittima stessa. L'innovazione forse più attesa a seguito del recepimento della direttiva è stata l'introduzione nell'art. 90-quater, c.p.p., in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 22 della direttiva 2012/29/UE, della nozione di “condizione di particolare vulnerabilità”. Innanzitutto, la norma detta alcuni criteri generali da cui la particolare vulnerabilità della persona offesa del reato è «desunta»: le caratteristiche del soggetto, quali l'età, lo stato di infermità o di deficienza psichica; la natura del reato, con specifico riguardo al fatto che sia stato commesso con violenza alla persona, sia riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata, di terrorismo o di tratta di esseri umani, o si caratterizzi per finalità di odio razziale o discriminazione; il rapporto del soggetto con l'autore del reato, con riguardo alla possibile dipendenza affettiva, psicologica o economica dallo stesso; il danno patito in conseguenza del reato. Detti indicatori andranno valutati in modo onnicomprensivo, posto che la presenza di uno solo di essi potrebbe non essere sufficiente a qualificare un soggetto come “particolarmente vulnerabile”. Il legislatore, infatti, ha utilizzato l'avverbio “particolare”, ritenendo così necessario ravvisare non una mera vulnerabilità, ma bensì una condizione di fragilità di un grado superiore di intensità¹⁰⁹. Da ciò consegue che, con riferimento alla persona offesa minore di età, non vi è alcuna

¹⁰⁸ L'art. 90-bis, c.p.p., ha recepito sostanzialmente le previsioni contenute nell'art. 4 della direttiva 2012/29/UE. Per alcune notazioni critiche, v. M. BOUCHARD, *Prime osservazioni al decreto legislativo sulle vittime di reato*, in www.questionegiustizia.it, 14 gennaio 2016, ritiene che il diritto di “assistenza” della vittima possa essere garantito solo attraverso un trattamento individualizzato della vittima, e non attraverso un mero adempimento burocratico.

¹⁰⁹ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 78. Di tale distinzione non sembra aver preso piena coscienza la giurisprudenza, la quale talvolta non distingue in modo adeguato i due concetti: v. Cass., sez. III, 9 novembre 2018, n. 58318. Ma ciò non sorprende, poiché ad avviso di G. BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 44, la persona offesa particolarmente vulnerabile «rimane comunque una figura dai contorni sfumati».

presunzione automatica di particolare vulnerabilità, nonostante l'età sia uno degli indici espressamente contemplati dall'art. 90-*quater*; ad esempio, la prossimità anagrafica del minore agli anni diciotto o lo scarso impatto emotivo determinato dal reato, potrebbero ragionevolmente escludere tale condizione. Difatti, un'errata valutazione della condizione di particolare vulnerabilità avrebbe un forte impatto sul contraddittorio nella formazione della prova e sul diritto di difesa, che ne uscirebbero inevitabilmente indeboliti. Il d.lgs 212/2015, tuttavia, non si preoccupa di specificare quale soggetto debba effettuare tale valutazione di "particolare vulnerabilità", né tantomeno un *iter* procedurale preciso per farlo. Si tratta di una «imperdonabile carenza» del legislatore¹¹⁰, poiché è lo stesso art. 22§2 a richiedere agli Stati di effettuare una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, facendo sorgere, in capo a questi ultimi, l'obbligo di disciplinare il *quomodo* dei precedenti procedimenti valutativi. Ciò rende di fatto incontrollabile dall'imputato l'iter con cui si è pervenuti ad una dichiarazione di particolare vulnerabilità, circostanza ulteriormente aggravata dalla mancanza di un'autonoma impugnazione avverso le decisioni giudiziali sulla sussistenza della particolare vulnerabilità. L'unico rimedio esperibile è l'impugnazione in appello della sentenza di primo grado e, qualora il giudice reputi erronea la dichiarazione di particolare vulnerabilità, potrebbe dichiarare inutilizzabile l'escussione testimoniale in precedenza condotta secondo modalità "protette" o "attuite"¹¹¹. Del resto, il parere della II Commissione (giustizia) era stato chiaro nel considerare opportuno attribuire al pubblico ministero il compito di dichiarare l'eventuale stato di vulnerabilità della vittima – successivamente revocabile – tenendo conto anche delle indicazioni dei servizi sociali. In definitiva, nel silenzio del legislatore, sembra logico che le valutazioni circa la condizione di particolare vulnerabilità debbano essere effettuate dagli operatori che di volta in volta entrano in contatto con la vittima, quali il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, e il giudice, a seconda della fase processuale e dell'atto da esperire.

Uno dei meriti del d.lgs 212/2015 è stato quello di aver dedicato maggiore attenzione alla persona offesa alloggota, grazie all'introduzione degli artt. 143-*bis*, c.p.p., e 107-*ter*, disp. att., c.p.p., i quali – se letti in combinato disposto – consentono di estendere il novero di ipotesi di nomina dell'interprete al caso in cui si debba procedere all'audizione della persona offesa che non conosce la lingua italiana, nonché nei casi in cui la stessa intenda partecipare

¹¹⁰ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 80.

¹¹¹ Sulle inutilizzabilità relative al *quomodo*, v. F. M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di 'inutilizzabilità sopravvenuta' della testimonianza e da una sospetta irrealità della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3028 s.

all'udienza e abbia fatto richiesta di essere assistita dall'interprete. Per esigenze di economia processuale, l'assistenza dell'interprete può essere assicurata anche mediante l'utilizzo delle tecnologie di comunicazione a distanza, a condizione che ciò non pregiudichi i diritti della persona offesa. Analogamente, la persona offesa che non conosca la lingua italiana ha diritto alla traduzione gratuita di atti, o parti degli stessi, che contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti.

L'introduzione nell'art. 90-*quater*, c.p.p., della “condizione di particolare vulnerabilità” ha necessariamente richiesto un intervento quasi “chirurgico” del legislatore sulle singole disposizioni che disciplinano le modalità con le quali la persona offesa considerata tale sia chiamata a rendere dichiarazioni, nelle varie fasi del procedimento. Evitando un'analisi approfondita nelle singole disposizioni¹¹², basti ricordare che viene estesa anche a questa categoria di dichiaranti il freno alla ripetibilità delle audizioni, limitata ai soli fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni (art. 190-*bis*, c.p.p.), l'ausilio dello psicologo in sede di assunzione sommarie informazioni da parte della polizia giudiziaria e del pubblico ministero (artt. 351, comma 1-*ter*, e 362, comma 1-*bis*, c.p.p.), le garanzie in tema di incidente probatorio (artt. 392, comma 1-*bis*, e 398, comma 5-*quater*, c.p.p.), nonché la possibilità di testimoniare in dibattimento avvalendosi delle “modalità protette” (art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p.).

10. *Le linee guida per l'esame del minore contenute nella Carta di Noto: un vero e proprio corpus normativo o mere direttive?*

Al fine di ridurre al minimo i rischi di contaminazione del ricordo e di c.d. vittimizzazione secondaria sono stati elaborati protocolli e linee guida volti a delineare la migliore prassi cui gli operatori dovrebbero attenersi nella raccolta della testimonianza del minore e nella valutazione della sua capacità di testimoniare¹¹³. Nonostante nel corso degli anni siano state formulate diverse linee guida, la più conosciuta ed utilizzata è la Carta di Noto – frutto di una collaborazione interdisciplinare tra magistrati, avvocati, psicologi, psichiatri e neuropsichiatri infantili – contenente suggerimenti diretti a garantire, da un lato, l'attendibilità dei risultati degli accertamenti tecnici e la genuinità delle dichiarazioni e,

¹¹² Sulle quali si tornerà ampiamente, v. Cap. 2.

¹¹³ Un esempio significativo di tale sforzo è rappresentato dal *Memorandum of Good Practice* del 1992 – e successivamente modificato nel 2011 – elaborato da una commissione interdisciplinare di esperti su iniziativa del Ministero dell'Interno inglese, che fornisce una guida operativa alla polizia sulle modalità di intervista dei minori di età. Per maggiori dettagli. Il testo integrale è disponibile su: www.cps.gov.uk.

dall'altro, la protezione psicologica del minore¹¹⁴. Nella sua versione iniziale, tale documento era rivolto agli operatori che, in ambito giudiziario, entrassero in contatto con un minore presunta vittima di abusi sessuali; tuttavia, nell'ultima edizione, il suo ambito di applicazione è stato esteso a tutti i minori che assumano la veste di testimone nel processo penale poiché, come si legge nella sua Premessa, «i bambini sono sempre da considerarsi testimoni fragili»¹¹⁵. La Carta di Noto è strutturata essenzialmente in tre parti – precedute da una Premessa riguardante alcuni aspetti del funzionamento della memoria – dedicate, rispettivamente, al ruolo dell'esperto, alla raccolta delle dichiarazioni del minore ed agli accertamenti peritali finalizzati a verificare l'idoneità testimoniale *ex art.* 196, comma 2, c.p.p. In particolare, le linee guida evidenziano la necessità che le figure professionali coinvolte nell'assunzione della testimonianza del minore siano dotate di «specifiche competenze legate ad una aggiornata formazione in psicologia forense e della testimonianza» (punto 1), ponendosi in linea di continuità con le previsioni di cui agli artt. 23§2, lett. *b*, della direttiva 2012/29/UE e 35§1, lett. *c*, della Convenzione di Lanzarote. Inoltre, è raccomandato agli operatori di sentire il minore il prima possibile e, preferibilmente, in incidente probatorio, in quanto «sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore nel corso del procedimento» (punto 9), utilizzando i protocolli di intervista elaborati dalla letteratura scientifica. Di notevole importanza è la raccomandazione per cui, in presenza di minori degli anni dodici, deve essere «sempre» disposta perizia per accertare la sua idoneità a testimoniare *ex art.* 196, comma 2, c.p.p. (punto 10), riservando unicamente al giudice il compito di accertare la veridicità e la validità del racconto.

Con riferimento al valore giuridico da attribuire alla Carta di Noto, la giurisprudenza è ormai costante nel ritenere che essa non costituisca un “*corpus normativo*” da osservarsi a pena di nullità o inutilizzabilità, bensì un documento contenente meri «suggerimenti volti a garantire meglio l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso»¹¹⁶. Tuttavia, nonostante le linee guida contenute nella Carta di Noto non abbiano

¹¹⁴ La prima versione è stata adottata in occasione del Convegno su “Abuso sessuale di minore: ruoli e responsabilità”, svoltosi a Noto nel 1996. A questa, sono seguiti tre aggiornamenti, rispettivamente nel 2002, nel 2011 e, più recentemente, nel 2017, al fine di adeguare il contenuto del documento ai numerosi progressi scientifici compiuti nel settore della psicologia evolutiva e nello studio della memoria e dei processi cognitivi. Il testo integrale, nelle sue differenti versioni, è disponibile su: www.aipitalia.org.

¹¹⁵ Ciò si desume anche dal titolo “*Linee guida per l'esame del minore*”, ricomprendendo, quindi, qualsiasi situazione di condizione di particolare vulnerabilità in cui il minore potrebbe essere coinvolto in ambito giudiziario. Per un commento sull'ultima edizione: v. G. GULOTTA, G. CAMERINI, M. PINGITORE, *Carta di Noto IV. Aggiornate le linee guida per l'esame del minore*, in www.ilpenalista.it, 20 novembre 2017.

¹¹⁶ Cass., sez. III, 8 gennaio 2020, n. 10378; Cass., sez. III, 26 marzo 2019, n. 18044; Cass., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 51848; Cass., sez. IV, 22 marzo 2016, n. 33584; Cass., sez. III, 6 ottobre 2014, n. 41365; Cass., sez. I, 13 novembre 2012, n. 15930, ritiene che l'assenza di valore normativo debba estendersi anche ad altre Linee

alcun valore normativo, esse sono considerate di «autorevolissima rilevanza nell'interpretazione delle norme che disciplinano l'audizione dei minori»¹¹⁷ ed altresì un «formidabile strumento di verifica dei fatti probatori acquisiti nel processo»¹¹⁸. È, infatti, nell'interesse comune delle parti coinvolte nel processo assicurarsi che i suggerimenti provenienti dagli esperti del settore siano rispettati, al fine di garantire l'attendibilità e la genuinità del contributo probatorio e, al tempo stesso, la protezione del minore. L'eventuale inosservanza delle indicazioni sulle modalità di conduzione dell'esame testimoniale del minore contenute nella Carta di Noto non può comportare la nullità o l'inutilizzabilità delle stesse¹¹⁹, ma unicamente delle conseguenze in termini di attendibilità della testimonianza. Di fronte ad un esame effettuato in assenza delle procedure suggerite dalle linee guida, non si può far automaticamente discendere l'attendibilità del teste dalla circostanza per cui la Carta di Noto non è giuridicamente vincolante, come, talvolta, sembra invece fare la giurisprudenza¹²⁰. L'attenzione è, in questo modo, polarizzata sul ruolo del giudice, il quale è tenuto a valutare l'attendibilità della testimonianza del minore alla luce di tutto il materiale probatorio a sua disposizione e, successivamente, in sede di motivazione, indicare «secondo il suo libero ma non arbitrario apprezzamento» in maniera puntuale motivi che lo hanno indotto a ritenere la testimonianza attendibile, nonostante l'inosservanza delle metodologie suggerite dalle principali linee guida. In altri termini, l'onere motivazionale del giudice è «tanto più stringente quanto più grave e patente sia stato lo scostamento da tali linee guida»¹²¹. Diversamente, nel caso in cui il *vulnus* comprometta la tenuta argomentativa della sentenza, potrebbe configurarsi un vizio di legittimità *ex art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p.* – che legittima il ricorso per Cassazione volto all'annullamento, per motivi di diritto, della sentenza pronunciata – sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione per violazione di regole scientifiche oppure della contraddittorietà processuale dovuta al

guida rilevanti in materia come, ad esempio, quelle stilate dalla Società Italiana di Neuropsichiatria dell'infanzia e dell'adolescenza. Di segno opposto, v. Cass., sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, che qualifica la Carta di Noto come una convenzione internazionale; Cass., sez. IV, 8 giugno 2006, n. 32281.

¹¹⁷ Cass., sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9157.

¹¹⁸ Cass., sez. III, 4 dicembre 2012, n. 17339.

¹¹⁹ Cass., sez. IV, 22 marzo 2016, n. 33584, con nota di F. TRIBISONNA, *L'inosservanza dei protocolli scientifici nei casi di testimonianza del minore*, in www.ilpenalista.it, 30 settembre 2016. In particolare, non può configurarsi un'ipotesi di nullità in ragione del principio di tassatività in materia *ex art. 177, c.p.p.* Analogamente, non può configurarsi un'ipotesi di inutilizzabilità della prova poiché il divieto di utilizzazione di cui all'art. 191, c.p.p. si riferisce unicamente alla prova vietata dalla legge, e non alla regolarità dell'assunzione di quella consentita.

¹²⁰ In tal senso, v. Cass., 19 settembre 2019, n. 1050; Cass., sez. III, 17 settembre 2019, n. 9863; Cass., sez. III, 15 novembre 2018, n. 15737. In senso critico nei confronti di questo orientamento giurisprudenziale, v. M. PINGITORE, *La Carta di Noto e il Mozzicone di Sigaretta*, in www.psicologiagiuridica.eu, 4 marzo 2016.

¹²¹ Cass., sez. III, 8 gennaio 2020, n. 10378.

travisamento delle prove¹²². In sede di impugnazione, la Suprema Corte è tenuta a verificare se la sentenza impugnata «abbia accertato in modo corretto e critico l'attendibilità delle informazioni scientifiche impiegate ai fini della spiegazione del fatto e ne abbia dato adeguatamente conto attraverso l'*iter* argomentativo seguito»¹²³.

¹²² N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni* cit., p. 217, ritiene che la manifesta illogicità potrebbe configurarsi anche sotto forma di contraddittorietà logica nel caso in cui, ad esempio, di fronte a più testimonianze di minori, il giudice valorizzi i suggerimenti della Carta di Noto solo rispetto ad alcune di esse e, invece, li disattenda per altre, senza motivare adeguatamente tale scelta.

¹²³ Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786.

CAPITOLO 2

LE DICHIARAZIONI DEL MINORE TESTIMONE VITTIMA DI REATO

Sezione I

La fase preliminare

SOMMARIO: 1. Le esigenze di protezione del dichiarante minorenni e quelle di salvaguardia della genuinità della prova: un difficile bilanciamento. – 2. Il minore sentito come “persona informata sui fatti”. – 2.1 L’audizione mediata: la presenza obbligatoria dell’esperto in psicologia e psichiatria infantile. – 2.2 L’assunzione di informazioni nel corso delle indagini difensive. – 2.3 Il dibattito circa l’utilizzabilità delle dichiarazioni assunte in assenza dell’esperto. – 3. L’assistenza affettiva e psicologica prevista dall’art. 609-*decies* c.p. – 4. L’incidente probatorio “speciale”. – 5. (Segue) La richiesta di incidente probatorio. Aspetti peculiari. – 5.1 In particolare, la *discovery* totale degli atti di indagine. – 5.2 In particolare, le modalità di conduzione dell’incidente probatorio. – 5.3 In particolare, gli strumenti di documentazione.

1. *Le esigenze di protezione del dichiarante minorenni e quelle di salvaguardia della genuinità della prova: un difficile bilanciamento*

Negli ultimi decenni, anche grazie alla crescente influenza delle fonti sopranazionali ed europee, si è acquisita una maggior consapevolezza circa la necessità di predisporre particolari strumenti di tutela a favore del dichiarante minorenni nel procedimento penale. Questo *surplus* di tutele è orientato in una duplice direzione: da un lato, proteggere il minore del fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria, in quanto soggetto “vulnerabile” a causa della sua fragile personalità; dall’altro, salvaguardare la genuinità e l’attendibilità del suo contributo dichiarativo, preservandolo dalle distorsioni cui è facilmente soggetto¹. In carenza di misure specifiche di protezione “diretta”, tali da «rispondere in modo tempestivo e adeguato a quel bisogno di prevenzione speciale che si traduce nel medicare la piccola ferita

¹ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 105 s.; N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni, La testimonianza della persona offesa minorenni. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell’ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 3.

prima che degeneri»², il legislatore – a partire dal 1996 – è intervenuto sul versante processuale mediante l'introduzione di meccanismi volti a tutelare il minore che assuma la qualifica di vittima e/o persona offesa in relazione a procedimenti per reati particolarmente traumatizzanti. La linea seguita dal legislatore è stata quella di predisporre sia strumenti di tutela “dal” processo, riducendo al minimo i contatti tra la vittima e l'apparato giudiziario, che strumenti di tutela “nel” processo, disciplinando dettagliatamente le modalità con le quali il minore sia chiamato a rendere dichiarazioni; il tutto, sempre tenendo a mente la necessità di non sacrificare i diritti della difesa. Al fine di cristallizzare le dichiarazioni del minore, in un lasso di tempo breve rispetto all'accadimento dei fatti³, per metterle a disposizione degli inquirenti e della persona sottoposta alle indagini, un ruolo primario è da attribuire all'incidente probatorio “speciale” di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. Tale istituto rappresenta un'eccezione alla regola della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti *ex art. 111, comma 4, Cost.*, in quanto consente di acquisire la testimonianza del minore già durante la fase delle indagini, qualora ricorrano i requisiti – sia di tipo oggettivo che soggettivo – tassativamente previsti per la sua operatività⁴. In presenza di un dichiarante minore, soprattutto se ancora in età prescolare, il ricorso alla *cross examination* dibattimentale rischia di essere controproducente: non solo perché acutizzerebbe ulteriormente le sofferenze psichiche di un soggetto già vittima di esperienze dolorose e di elevato impatto emotivo, ma anche perché porterebbe ad ottenere un contributo probatorio poco attendibile⁵.

Chiaramente, poiché la Costituzione afferma il metodo dialettico quale principio fondante dell'epistemologia processuale, è compito del legislatore ordinario “escogitare” forme differenziate di contraddittorio che risultino parimenti efficaci, bilanciando i vari interessi in gioco. Non sarebbe, infatti, costituzionalmente legittimo un modello di escussione del teste minore che, per tutelare a pieno la sua integrità psico-fisica, escludesse del tutto il diritto delle parti nella formazione della prova, ad esempio, non permettendo alla persona sottoposta alle indagini di partecipare all'udienza in cui si svolge l'incidente probatorio⁶;

² H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in *Lo scudo e la spada*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 96.

³ Il rischio, infatti, è quello di una «rimozione mnemonica dei fatti», che inficerebbe l'obiettivo primario del processo, ossia la c.d. “ricerca della verità processuale”. H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., p. 104.

⁴ Sulla disciplina dell'incidente probatorio speciale, v. *infra* §4.

⁵ C. CESARI, *La “campana di vetro”*, in AA.VV., *Il minore fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Milano, 2015, p. 265 s.

⁶ C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 268, la quale ritiene che «nessun interesse o bene giuridico in potenziale contrasto con le ragioni del contraddittorio possa del tutto prevalere su questo, negandolo».

diritto espressamente garantitogli dall'art. 401, comma 3, c.p.p. Tuttavia, anche qualora il giudice ritenga di procedere all'esame testimoniale del minore in dibattimento – poiché ritiene non sussista il requisito dell'assoluta "indifferibilità" – questo potrà svolgersi nelle forme dell'esame c.d. "attutito" o "protetto", assicurando al dichiarante le importanti cautele previste dall'art. 498, comma 4, 4-*bis*, 4-*ter*, c.p.p. L'idea di fondo è quella di introdurre una "barriera" personale o fisica tra il minore e le parti, rappresentata – a seconda delle esigenze del caso concreto – dalla conduzione dell'esame da parte del presidente, con l'ausilio di un familiare del minore stesso o di un esperto in psicologia infantile, o dall'utilizzo di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico *ex art.* 498, comma 4-*ter*, c.p.p. In tutti i casi, si tratta di misure che appaiono sufficientemente idonee a bilanciare i diversi valori in gioco, salvaguardando la genuinità del contributo dichiarativo e, allo stesso tempo, ammortizzando l'impatto che la rigidità dell'esame incrociato potrebbe avere sul minore, collocandolo in una sorta di «campana di vetro»⁷.

Con l'introduzione nell'art. 90-*quater*, c.p.p. – ad opera del d.lgs 212/2015 – della categoria della persona offesa in «condizione di particolare vulnerabilità», il sistema di protezione delineato dagli artt. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. e 498, comma 4, 4-*bis* e 4-*ter*, c.p.p. viene sganciato dalla sussistenza di un procedimento per i reati *ivi* tassativamente elencati, potendo comunque trovare applicazione previa verifica della condizione di particolare vulnerabilità. Ne deriva un sistema in cui la persona offesa minorenni può essere destinataria di particolari strumenti di protezione, con riguardo a qualsiasi reato, a condizione che si trovi in concreto in una «condizione di particolare vulnerabilità»⁸.

2. *Il minore sentito come "persona informata sui fatti"*

La fase delle indagini preliminari si configura, in conformità con il nostro sistema tendenzialmente accusatorio, come un'attività prodromica alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, mediante l'acquisizione di tutti gli elementi probatori utili a tale scopo. Venuto a conoscenza della *notitia criminis*, quest'ultimo dovrà procedere all'iscrizione della medesima nell'apposito registro e, conseguentemente, disporre personalmente – o per il tramite della polizia giudiziaria – i necessari atti di indagine per vagliarne la fondatezza, tra i quali assume un ruolo centrale

⁷ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 270. L'opzione ideale è, infatti, quella di creare un ambiente "sterile", depurato dalle contaminazioni del contesto processuale e dei suoi protagonisti.

⁸ Sul punto, v. L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 106 s.

l'assunzione di informazioni «dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini» ex art. 362, c.p.p. Qualora tale operazione coinvolga soggetti minori di età, l'ordinamento richiede l'adozione di particolari cautele: infatti, le audizioni unilaterali svolte in questa fase, in assenza dei necessari accorgimenti, potrebbero provocare danni irreversibili sia sulla genuinità del contenuto dichiarativo, che sull'equilibrio psico-fisico del dichiarante⁹. Inoltre, a rendere più complessa tale operazione è la collocazione temporale delle dichiarazioni, generalmente a ridosso della commissione del fatto criminoso, il che rende più alto il rischio di compromissione della fonte di prova a causa delle influenze derivanti dall'ambiente e dalle persone che circondano il minore stesso. Ciò che si vuole evitare è che il decorso del tempo e taluni fattori esterni possano favorire fenomeni di rielaborazione o di rimozione del ricordo, rendendo così il contributo dichiarativo poco utile ai fini dell'accertamento dei fatti¹⁰.

È chiaro l'intento del legislatore, soprattutto da un punto di vista terminologico, di voler differenziare il contributo dichiarativo del minore quale “persona informata sui fatti”, chiamato a rendere «sommario informazioni» alla polizia giudiziaria (art. 351, c.p.p.) o «informazioni» al pubblico ministero (art. 362, c.p.p.), dalla vera e propria testimonianza resa in dibattimento o in incidente probatorio. In questa fase, è fondamentale ridurre al minimo le possibilità di ascolto del minore «allo stretto necessario per lo svolgimento del procedimento penale» e i contatti informativi con quest'ultimo da parte di persone diverse dall'autorità giudiziaria. Proprio a causa della sua fragilità, il minore si trova ad entrare in contatto con numerosi soggetti, come familiari, insegnanti ed operatori dei servizi sociali, il cui intento è quello di “indagare” su potenziali atti di abuso commessi in suo danno e, di conseguenza, adottare le misure opportune per porvi rimedio: in questo modo, è possibile che venga sollecitato più volte il ricordo dell'evento traumatico, alimentando ulteriormente la sofferenza del minore¹¹. Posto che contenere questo tipo di contatti è estremamente difficile, il legislatore avrebbe potuto riservare al pubblico ministero il potere esclusivo di

⁹ Sui problemi circa l'ascolto del dichiarante minorenne in questa fase rispetto alle successive fasi del procedimento, v. G. PAVICH, *Il minore dichiarante e vittima vulnerabile, con particolare riguardo alla fase investigativa. Criticità dell'audizione a sommario informazioni da parte della polizia giudiziaria*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 469.

¹⁰ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1026. Inoltre, è lo stesso art. 362, comma 1-ter, c.p.p., a prescrivere, per talune tipologie di reati espressamente indicati – tra i quali rientrano, ad esempio, gli atti sessuali con minorenni – che il pubblico ministero debba procedere ad assumere informazioni entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato.

¹¹ Cass., sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, parla di «investigazione familiare» dei genitori in un caso di sospetto abuso sessuale su minore.

procedere all'assunzione delle sommarie informazioni del minore o, quantomeno, evitare che la polizia giudiziaria possa procedere di propria iniziativa, senza alcun tipo di consultazione o coordinamento con il pubblico ministero¹². Con riferimento alla necessità di ridurre al minimo i possibili ascolti, ciò dipenderà dalla complessità delle indagini e dalla capacità della fonte nel ricostruire i fatti: è solo attraverso la conoscenza, seppur ancora imprecisa, del *thema probandum* che il pubblico ministero potrà fissare le coordinate dell'accusa su cui il giudice sarà chiamato successivamente a pronunciarsi.

In merito alle modalità di documentazione delle dichiarazioni rese in indagini, l'art. 357, comma 2, lett. c, c.p.p., prevede che, qualora sia la polizia giudiziaria assuma informazioni ex art. 351, c.p.p., l'ufficiale di polizia giudiziaria o l'ausiliario che assiste il pubblico ministero dovrà redigerne verbale. Quest'ultimo confluirà nel fascicolo del pubblico ministero ai sensi dell'art. 433 c.p.p. e potrà, pertanto, da questi essere utilizzato nel corso dell'esame testimoniale del minore per le eventuali contestazioni. Manca qualsiasi riferimento testuale all'utilizzo della videoregistrazione quale forma di documentazione delle informazioni assunte nella fase investigativa, nonostante l'invito del legislatore europeo a privilegiare tale strumento. In dottrina, si è tentato di colmare tale lacuna mediante una lettura congiunta degli artt. 351, comma 1-*ter*, 362, comma 1-*bis*, e 134, comma 4, c.p.p., il quale ammette la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile «anche al di fuori delle ipotesi di particolare vulnerabilità»¹³. Tuttavia, ad una siffatta interpretazione osta il fatto che l'art. 134, c.p.p. non si esprima in termini di obbligatorietà, ma semplicemente facoltizza il ricorso alla riproduzione audiovisiva, lasciando alle buone prassi interpretative e applicative l'utilizzo sistematico di tale modalità aggravata di documentazione¹⁴. La videoregistrazione dei colloqui con il minore nella fase delle indagini preliminari assolverebbe, infatti, ad un duplice scopo: dissuadere i soggetti che procedono all'audizione del minore dal porre in essere condotte

¹² Nel Protocollo d'intesa siglato tra gli Uffici Giudiziari del Distretto della Corte di Appello di Reggio Calabria in data 21 marzo 2013, si ritiene opportuno che nelle indagini relative a procedimenti per reati di abusi sessuali o di altro genere in danno di minori qualsiasi attività della polizia giudiziaria sia «preceduta da contatti con un magistrato della Procura», il quale potrebbe anche ritenere opportuno estrometterla dalle attività di ascolto. Per un commento, v. L. CARACENI, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in Cass. pen., 2015, p. 335 s.

¹³ L'art. 134, comma 4, c.p.p. è stato così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c, d.lgs 212/2015. D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 gennaio 2016, p. 10, auspica che una lettura congiunta di tali disposizioni induca gli operatori a far ricorso sistematico alla videoregistrazione.

¹⁴ La stessa Commissione (giustizia) nello schema del d.lgs 212/2015 sollecitava l'obbligatorietà della videoregistrazione; sollecitazione che non è però stata accolta nel testo definitivo.

manipolative, mediante la proposizione di domande suggestive che potrebbero alterare i ricordi del dichiarante e al tempo stesso il suo equilibrio psicologico; e garantire la genuinità del contenuto probatorio, in vista di un suo possibile utilizzo in sede dibattimentale attraverso i meccanismi acquisitivi della lettura e della contestazione.

2.1 L'audizione mediata: la presenza obbligatoria dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile

Per svolgere in modo proficuo i colloqui investigativi con dichiaranti “deboli”, quali i soggetti minori di età, è necessario un approccio specialistico che tenga conto delle specifiche esigenze di questi soggetti, nel momento in cui questi ultimi si trovino ad essere coinvolti a pieno titolo in una vicenda giudiziaria in veste di fonte di prova. A fronte della diffusa impreparazione della polizia giudiziaria e del pubblico ministero in questo settore, il legislatore – sotto la forte spinta della legislazione europea – ha ritenuto opportuno intervenire, con la l. 172/2012, sugli artt. 351 e 362, c.p.p.¹⁵: nei procedimenti per reati a sfondo sessuale, la polizia giudiziaria o il pubblico ministero che intendano assumere informazioni da un minorenni nel corso delle indagini preliminari, devono avvalersi dell'ausilio di un «esperto in psicologia e psichiatria infantile», al fine di “ammortizzare” lo stress emozionale cui è inevitabilmente sottoposto il minorenne. Successivamente, il d.lgs 212/2015 – in conformità con l'art. 23, par. 2, lett. b, direttiva 2012/29/UE – è intervenuto nuovamente sugli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, c.p.p., estendendo tale garanzia all'assunzione di informazioni della persona offesa, anche se maggiorenne, che versi in condizione di particolare vulnerabilità. È chiaro che, qualora la persona offesa particolarmente vulnerabile sia un adulto, la formazione dell'esperto dovrà essere diversa da quella necessaria in presenza di un bambino o un adolescente, spettando quindi al pubblico ministero scegliere una figura professionale che abbia le competenze più adeguate al caso concreto. In entrambi i casi, è altresì assicurata alla persona offesa l'assenza di contatti con la persona sottoposta alle indagini e la garanzia per cui questa non debba essere chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, «salva l'assoluta necessità delle indagini», analogamente a quanto previsto dall'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. per il dibattimento.

¹⁵ La l. 172/2012, recependo la Convenzione di Lanzarote, ha introdotto gli artt. 351, comma 1-ter e 362, comma 1-bis, c.p.p., che inizialmente contemplavano i delitti di cui agli artt. 600, 660-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies, c.p. Il novero dei reati previsti dall'art. 351, comma 1-ter, c.p.p. – cui rinvia anche l'art. 362, comma 1-bis, c.p.p. – è stato in seguito ampliato dall'art.2, comma 1, lett. b-ter, del d.l. 14 agosto, 2013, n. 93, convertito con modifiche dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, che ha incluso anche le fattispecie di cui agli artt. 572 e 612-bis, c.p.

Nel caso in cui sia la polizia giudiziaria a dover assumere informazioni, la sua nomina è affidata al pubblico ministero; viceversa, sia il pubblico ministero che il difensore possono direttamente designare l'esperto. La designazione, di regola, dovrebbe avvenire tra i nominativi contenuti nelle liste dei periti detenute presso ogni tribunale *ex art. 67, disp. att., c.p.p.*, anche se forse – a causa dell'intrinseco carattere di urgenza che connota l'assunzione di informazioni in questa fase – sarebbe stato più opportuno prevedere di rivolgersi solo a soggetti iscritti in un apposito albo di psicologi e psichiatri specificamente abilitati a partecipare a tale fase istruttoria¹⁶. Centrale è, infatti, l'utilizzo dell'aggettivo «infantile», volto ad indicare la necessità di designare un esperto in possesso di una «speciale competenza», come richiede l'art. 69, comma 1, disp. att. c.p.p., nel trattamento dei soggetti in età evolutiva. Anzitutto, deve ritenersi che sia la specializzazione in psicologia che quella in psichiatria debbano concernere l'infanzia e, con specifico riferimento a quest'ultima, sarebbe più appropriato riferirsi alla branca della neuropsichiatria infantile¹⁷. Tuttavia, non vi è alcun criterio orientativo per stabilire quando sia più opportuno ricorrere ad una figura piuttosto che all'altra: spetterà al pubblico ministero, valutate le circostanze del caso concreto – quali, l'età del minore, il tipo di fatto criminoso per cui si procede, il grado di coinvolgimento del minore – e optare per il tipo di approccio scientifico che ritiene più opportuno. Sembrerebbe che, con riferimento alle sommarie informazioni, il legislatore sia stato approssimativo nel delineare la figura dell'esperto, limitandosi a prevedere uno *standard* “minimo” di competenze; diversamente, con riferimento all'esame testimoniale del minore in sede dibattimentale, il riferimento è unicamente ad un «esperto in psicologia infantile» *ex art. 498, comma 4, c.p.p.* In assenza di qualsiasi presidio sanzionatorio volto a sindacare successivamente la scelta di un esperto non adeguatamente preparato, l'unica concreta conseguenza – sul piano processuale – potrebbe essere un condizionamento, in punto di attendibilità, del contenuto probatorio assunto in sede di sommarie informazioni. Con la novella del 2012, il legislatore si è limitato unicamente a fornire indicazioni circa il soggetto legittimato alla nomina dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile, senza però premurarsi di specificare né le modalità con le quali questo debba fornire il suo «ausilio» all'autorità procedente¹⁸, né tantomeno la sua qualifica processuale. In merito a quest'ultimo aspetto, le strade astrattamente percorribili sono due: qualificare l'esperto come un ausiliario

¹⁶ Così, C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 11.

¹⁷ C. CESARI, *Il “minore informato dei fatti” nella legge n. 172/2012*, cit., p. 177.

¹⁸ Su questo, v. Cap. 1§8.

della polizia giudiziaria o del pubblico ministero – a seconda del soggetto deputato alla raccolta delle dichiarazioni – o come consulente tecnico. Non sembra potersi accogliere la tesi per cui l'esperto nominato *ex art. 351* sia un ausiliario, poiché la figura dell'ausiliario di polizia è espressamente prevista dall'*art. 348, comma 4, c.p.p.*, quale soggetto dotato di «specifiche competenze tecniche», la cui nomina spetta alla polizia giudiziaria stessa. Ad un'analogia conclusione si deve pervenire nel caso in cui l'esperto sia nominato *ex art. 362*, poiché l'ausiliario del pubblico ministero si identifica nel personale della segreteria o della cancelleria dell'ufficio giudiziario, e non in un «soggetto estraneo all'amministrazione giudiziaria che si trovi a svolgere, di fatto ed occasionalmente, determinate funzioni previste dalla legge»¹⁹. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che la prestazione oggetto dell'incarico conferito all'esperto non si riduce ad una mera presenza, in veste di “tramite” nella formulazione delle domande, all'assunzione di informazioni, ma in un supporto qualificato e attivo all'organo inquirente. In definitiva, tentando di attribuire una qualifica processuale all'esperto nominato *ex art. 351, comma 1-ter* e *362, comma 1-bis, c.p.p.*, egli può essere definito come un «operatore di supporto»²⁰, con lo specifico compito di creare le migliori condizioni affinché l'audizione del minore sia volta ad ottenere tutte le informazioni di cui è in possesso, senza che ciò possa avere delle ripercussioni sul suo equilibrio psicofisico. Nonostante la giurisprudenza, dopo iniziali oscillazioni, risulti ormai concorde sul punto, in dottrina le opinioni sono discordanti. Nel momento in cui la partecipazione dell'esperto si estrinseca in servizi di supporto nell'espletamento delle funzioni degli organi inquirenti, il suo apporto sarebbe assimilabile, *lato sensu*, a quello di un ausiliario; con la conseguenza che esisterebbe un'incompatibilità a testimoniare *ex art. 197, comma 1, lett. d, c.p.p.*, al pari di quelle figure processuali (quali il giudice, il pubblico ministero, il cancelliere o il segretario) che, partecipando alla formazione di un atto processuale, vedrebbero compromessa la loro capacità di riferire sui fatti in modo oggettivo. Seguendo tale impostazione, se si consentisse all'esperto di testimoniare sui fatti di cui è venuto a conoscenza nel corso dell'audizione della fonte minorenni, si «creerebbe un pericoloso

¹⁹ Cass., sez. V, 10 giugno 2014, n. 32045; Cass., sez. III, 3 dicembre 2010, n. 3845, per cui «non è annoverabile tra gli ausiliari del pubblico ministero e non è pertanto incompatibile con l'assunzione del ruolo di testimone il soggetto che, quale esperto di neuropsichiatria infantile, abbia solo partecipato all'assunzione, da parte del pubblico ministero, delle dichiarazioni rese del minore in veste di persona offesa dal reato».

²⁰ Così, C. CESARI, *Il “minore informato dei fatti” nella legge n. 172/2012*, cit., p. 178, la quale associa l'esperto a colui che viene nominato nell'esecuzione dell'esperimento giudiziale per effettuare determinate operazioni *ex art. 219, c.p.p.*

vulnus al metodo di formazione della prova incentrato sul principio del contraddittorio», non rispettando il principio della c.d. separazione delle fasi processuali²¹.

2.2 *L'assunzione di informazioni nel corso delle indagini difensive*

La scelta del sistema accusatorio, effettuata dall'ordinamento italiano, postula necessariamente il riconoscimento del "diritto alla prova" in capo alle parti, sia pubbliche che private, ossia il potere di questi soggetti di ricercare e raccogliere gli elementi probatori utili ai fini processuali. Tale approccio è in linea con i canoni del giusto processo²², tra i quali assumono particolare rilievo il principio della parità delle parti (art. 111, comma 2) e il diritto dell'imputato di «disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa» (art. 111, comma 3). Al fine di uniformarsi al dettato costituzionale di cui all'art. 111, Cost., il legislatore – sposando una concezione ampia del diritto di difesa – ha ritenuto opportuno disciplinare legislativamente le investigazioni difensive: la legge 7 dicembre 2000, n. 397, dopo circa un decennio dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, ha introdotto nel libro V il titolo VI-*bis* recante il titolo «investigazioni difensive». La finalità delle investigazioni difensive è ben espressa dall'art. 327-*bis*, c.p.p., in base al quale il difensore, in ogni stato e grado del procedimento, può «svolgere investigazioni difensive per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito». È espressamente prevista, inoltre, la possibilità di svolgere un'attività investigativa "preventiva" ex art. 391-*nonies*, c.p.p., «per l'eventualità che si instauri un procedimento penale». È chiaro come vi sia un'oggettiva differenza tra l'attività di indagine del pubblico ministero e quella difensiva del difensore: quest'ultima è connotata da un'ampia discrezionalità, essendo meramente facoltativa e, principalmente, tesa all'assunzione degli elementi favorevoli al proprio assistito, i quali potrebbero anche non essere utilizzati in un momento successivo²³. Il rischio è che, qualora una possibile fonte di prova sia un soggetto

²¹ Di tale avviso è L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorenni: i modesti ritocchi della legge n. 172/2012 tradiscono le attese per un'audizione garantita*, in AA. VV., *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Milano, 2015, p. 61 s. Attraverso la testimonianza indiretta dell'esperto gli atti di indagine acquisiti unilateralmente si trasformerebbero in prove utilizzabili dal giudice per la decisione. È ciò che il legislatore ha inteso espressamente escludere nel momento in cui ha previsto, all'art. 195, comma 4, c.p.p., un'incompatibilità funzionale con l'ufficio di testimone per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che abbiano acquisito dichiarazioni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a e b, c.p.p.

²² Legge costituzionale, 23 novembre 1999, n. 2. Per alcune osservazioni su investigazioni difensive e giusto processo, v. M. RUVOLO, *Investigazioni difensive e prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2012, p. 1 – 6.

²³ F. SIRACUSANO, *Indagini difensive e "persona informata" di minore età: ancora poche luci e molte ombre*, AA. VV., *Il minorenni fonte di prova, nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Milano, 2015, p. 106 s.

minore d'età, la tendenza sia quella di veicolare, mediante comportamenti distorsivi e manipolativi, il suo racconto nella direzione più vantaggiosa per la difesa²⁴.

Tra le attività di ricerca degli elementi probatori espressamente ammesse, l'intervista difensiva della persona informata sui fatti *ex art. 391-bis*, c.p.p. assume, senza dubbio, un ruolo primario. Il codice di rito detta puntuali prescrizioni che il soggetto chiamato alla raccolta delle dichiarazioni è tenuto a seguire, ulteriormente arricchite da nutrite regole di documentazione *ex art. 391*, c.p.p.: la rigorosa determinazione delle modalità di assunzione delle informazioni trova la sua *ratio* nella necessità di garantire alle stesse un grado di attendibilità pari a quello di cui sono dotate le informazioni raccolte dal pubblico ministero²⁵. Prima che il colloquio abbia inizio, il difensore deve fornire alla persona intervistata una serie di avvertimenti – quali, ad esempio, lo scopo del colloquio o la facoltà di non rendere la dichiarazione – finalizzati a comprendere le ragioni del contatto. Nel caso in cui si proceda per reati a sfondo sessuale e il protagonista del colloquio sia una persona minore, il difensore deve, pena l'inutilizzabilità dell'atto *ex art. 391-bis*, comma 6, c.p.p., avvalersi della collaborazione di un «esperto in psicologia e psichiatria infantile»: si tratta di una novità introdotta dall'art. 5, comma 1, lett. *f*, della legge 172/2012, che ha aggiunto all'art. 391-bis il comma *5-bis*, prevedendo una clausola analoga a quella inserita per gli omologhi atti assunti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. La norma, così come novellata nel 2012, richiede la presenza dell'esperto ogniqualvolta si proceda per i reati di cui all'art. 351, comma *1-ter*, c.p.p., affidando alla discrezionalità del difensore la scelta di avvalersi di tale supporto al di fuori dei casi espressamente indicati²⁶. La tecnica legislativa utilizzata dal legislatore, consistente nel riconoscere determinate garanzie in presenza di un elenco di reati tassativamente previsti, risulta poco condivisibile e, specie con riferimento all'attività di investigazione difensiva “preventiva”, alquanto problematica. Infatti, l'intervista difensiva potrebbe ben svolgersi prima dell'avvio formale del procedimento – ma solo nell'eventualità che ciò avvenga – in cui i fatti oggetto delle dichiarazioni del minore potrebbero non essere ancora stati assoggettati ad una determinata qualificazione giuridica²⁷. In aggiunta a ciò,

²⁴ Cass., sez. III, 18 settembre 2007, n.37147, ritiene che i minori «diventano altamente malleabili in presenza di suggestioni eteroindotte [...] e tendono a conformarsi alle aspettative dell'interlocutore».

²⁵ M. RUVOLO, *Investigazioni difensive e “persona informata” di minore età*, cit., p. 15.

²⁶ È opportuno sottolineare che sulla base degli artt. 10, comma 1 e 3, delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, il difensore aveva la facoltà (e oggi un obbligo normativamente previsto) di «avvalersi della presenza di un esperto all'uopo nominato quale consulente della difesa». Le regole contenute in tale documento, approvato dalle Camere penali il 14 luglio 2001, hanno un valore convenzionale, e cioè sono vincolanti soltanto per gli avvocati che sono iscritti alle Camere penali: v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 21ª ed., Milano, p. 668.

²⁷ Si penso al caso dell'assunzione di informazioni circa un singolo episodio di “minacce” (art. 612, c.p.) che solo in un momento successivo, venendo inquadrato in un più ampio contesto, venga ad integrare una delle

molte delle fattispecie di reato elencate nell'art. 351, comma 1-ter, c.p.p. sono escluse la comunicazione della relativa iscrizione nel registro delle notizie di reato ex art. 335, comma 3, c.p.p., ben potendo il difensore non esserne a conoscenza, nonostante la formale sussistenza di un procedimento.

2.3 Il dibattito circa l'utilizzabilità delle dichiarazioni assunte in assenza dell'esperto

Il legislatore del 2012, nell'introdurre l'ausilio dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile nell'assunzione di informazioni ex artt. 351, comma 1-ter, 362, comma 1-bis e 391-bis, comma 5-bis, c.p.p., ha avvertito solamente in quest'ultimo caso la necessità di prevedere un espresso presidio sanzionatorio per il caso in cui tali operazioni siano condotte in assenza di tale figura professionale. Infatti, l'art. 391-bis, comma 6, c.p.p., dispone che «le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni dei commi precedenti non possono essere utilizzate», mancando una disposizione analoga per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria. Se in un primo momento la diversità di trattamento per le informazioni assunte dal difensore sembrerebbe essere stata il frutto di una svista del legislatore²⁸, l'assenza di qualsiasi intervento sul punto anche da parte del d.lgs 212/2015 sembra invece far propendere per una consapevole scelta di campo, rimanendo una mera "ambiguità normativa"²⁹. La giurisprudenza di legittimità, sin dal suo primo intervento interpretativo, ha assunto una posizione netta nell'escludere che la normativa introduca un obbligo di escussione del minore alla presenza dell'esperto per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, cui consegua una sanzione processuale in caso di sua inosservanza. Anzi, «la presenza dell'esperto è piuttosto cautela, rimessa alla valutazione del pubblico ministero, ai fini del giudizio di attendibilità e genuinità della deposizione del minore»³⁰. Ad avviso della Corte, tale affermazione è avvalorata dal presupposto per cui l'indicazione derivante dagli atti soprannazionali, in primis la Convenzione di Lanzarote, non sarebbe tanto quella di garantire la presenza dell'esperto, ma quella di procedere alla

condotte fondanti una delle condotte fondanti una contestazione di "atti persecutori" (art. 612-bis, c.p.): solo quest'ultima ipotesi rientra nel novero di reati elencati dall'art. 351, comma 1-ter, c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 391-bis, comma 5-bis, c.p.p.

²⁸ Così, A. FORZA, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 145.

²⁹ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 93.

³⁰ Cass., sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1174 s. Tra i numerosi commenti alla sentenza, v. C. CESARI, *Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1178 s.; S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni "de relato"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 novembre 2013.

videoregistrazione dell'esame: quest'ultima sarebbe di per sé sufficiente per soddisfare le esigenze di riscontro dell'attendibilità e genuinità della deposizione, mentre la presenza dell'esperto rappresenterebbe soltanto un *quid pluris* in punto di attendibilità. Quest'ultima argomentazione appare poco convincente, in quanto l'art. 35, par. 2, della Convenzione di Lanzarote prevede la "clausola di compatibilità" con il diritto nazionale – stemperando così la perentorietà della previsione – limitatamente alla videoregistrazione, e non anche con riferimento allo svolgimento di interrogatori alla presenza di «professionisti addestrati allo scopo». L'adozione di una garanzia non esclude l'altra, rappresentando entrambi accorgimenti necessari al fine di tutelare il dichiarante "debole" da possibili traumi e, al contempo, la genuinità della prova dichiarativa: avvalersi unicamente della videoregistrazione consentirebbe solo di valutare *ex post* eventuali comportamenti scorretti e suggestivi da parte delle autorità durante la conduzione dell'audizione³¹.

Successivamente, i giudici di legittimità sono ritornati sul tema, mostrando una maggiore ponderazione circa le conseguenze derivanti dall'assenza dell'esperto nelle ipotesi di cui agli artt. 351, comma 1-ter e 362, comma 1-bis, c.p.³². È pacifico che l'inosservanza di tali disposizioni non possa produrre alcuna nullità delle dichiarazioni assunte, dal momento in cui la nullità non è espressamente prevista dalla legge – in forza del principio di tassatività *ex art. 177, c.p.p.* – e tantomeno non può essere ricondotta tra le nullità generali ai sensi dell'art. 178, c.p.p. Non è agevole invocare l'art. 178, lett. b, seconda parte, c.p.p., poiché, da un lato, l'assenza dell'esperto non comporta l'impossibilità per il pubblico ministero di svolgere le indagini; dall'altro, tale previsione si riferisce solo informazioni assunte dal pubblico ministero, e non anche dalla polizia giudiziaria³³. Tuttavia, l'assenza di una sanzione non comporta il venir meno di un obbligo, «dovendosi comunque contemplare un'irregolarità *ex art. 124, c.p.p.*, con possibili conseguenze disciplinari a carico di chi ha posto in essere la violazione»; disposizione che trova applicazione con riferimento sia ai

³¹ Diversamente, ad avviso di C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore*, cit., p. 16, l'unico compito che può attribuirsi all'esperto è quello di riferire sulle modalità con cui l'audizione del minore è stata condotta «evidenziando in particolare se nell'esame testimoniale sono state poste domande suggestive, se il ragazzo è stato influenzato nell'elaborazione delle proprie affermazioni e nella prospettazione delle sue risposte». Al fine di esprimere tale giudizio, non è necessario che egli abbia partecipato all'esame, risultando la sua presenza «decisamente ultronea», poiché sarà più che sufficiente che visioni il video dell'interrogatorio per formulare la propria opinione.

³² Cass., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 22754, in *DeJure*; Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 3651, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2979 s., nota N. PASCUCCI, *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni*.

³³ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 97. Diversamente, M. DANIELE, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 72, ritiene che la presenza dell'esperto sia presidiata da una nullità a regime intermedio sotto i profili della partecipazione del pubblico ministero al procedimento e all'assistenza dell'imputato.

magistrati che agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria. La presenza obbligatoria dell'esperto pare essere rafforzata dall'utilizzo dell'indicativo presente «si avvale» nella formulazione degli artt. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, c.p.p – medesimo modo e tempo verbale utilizzato per le informazioni rese al difensore – poiché nel momento in cui il legislatore ha voluto riconoscere un potere discrezionale in capo agli operatori giuridici lo ha fatto espressamente utilizzando, ad esempio, formule quali «può avvalersi»³⁴. Nonostante l'inversione di rotta nella giurisprudenza di legittimità, nel senso di ritenere obbligatoria la presenza dell'esperto in sede in informazioni, tale disciplina rischia di porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui postula la differente posizione del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, da un lato, e del difensore, dall'altro, considerato che solo in quest'ultimo caso l'atto sarebbe inutilizzabile³⁵. Inoltre, l'assenza dell'esperto provocherebbe un grave *vulnus* al fondamentale diritto alla salute *ex art.* 32 Cost., che trova una tutela rafforzata in relazione ai minori nell'art. 31, comma 2, Cost., riflettendosi a sua volta sulla genuinità del contenuto stesso delle dichiarazioni, a svantaggio del diritto di difesa *ex art.* 24 Cost. Il Preambolo della Convenzione di Lanzarote evidenzia come lo sfruttamento sessuale dei minori, nonché tutte le pratiche di abuso sessuale – e dunque, anche tutto ciò che ne consegue, come le audizioni finalizzate a rievocare tali fatti – mettono seriamente a rischio la salute del minore, intendendo la salute nella sua duplice dimensione psichica (nonché fisica) e sociale. È compito dei singoli Stati adottare le misure legislative o di altra natura necessarie «per garantire il loro recupero fisico e psico-sociale» e per «far svolgere le indagini e i procedimenti penali nell'interesse superiore e nel rispetto dei diritti del minore»³⁶, tra i quali rientra a pieno titolo il diritto alla salute: a tal fine, è la stessa Convenzione a fornire lo strumento più idoneo a perseguire tale scopo, ossia la conduzione delle audizioni da professionisti adeguatamente formati *ex art.* 35 §1, lett. *c*. La protezione del minore, quindi, non deve essere affidata a scelte discrezionali degli operatori mediante l'approvazione di «leggi manifesto che abbiano l'apparenza di rendere ossequio all'esigenza di rafforza i diritti delle vittime»³⁷, ma a precisi strumenti che possano efficacemente proteggere il minore dalle dinamiche processuali. Nel momento in cui le norme della

³⁴ Ai sensi dell'art. 498, comma 4, c.p.p., nella conduzione dell'esame testimoniale «il presidente può avvalersi dell'ausilio [...] di un esperto in psicologia infantile». C. CESARI, «*Il minore informato sui fatti*» nella l. 172/2012, cit., p. 163, giustifica l'attribuzione di tale potere discrezionale in forza del carattere *super partes* dell'organo giudicante.

³⁵ La questione non è di poco conto, se si considera che gli atti di indagine, qualora le parti lo consentano, possono essere acquisiti nel fascicolo del dibattimento, potendo essere utilizzati ai fini delle contestazioni.

³⁶ Tale statuizione emerge dal combinato disposto degli artt. 14 e 30§1 della Convenzione di Lanzarote.

³⁷ A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 900.

Convenzione – pur non essendo *self executing* – sono state oggetto di esecuzione ad opera della l. 172/2012, l'adozione di strumenti di salvaguardia della salute del minore che contrastino con i suddetti obblighi internazionali potranno essere oggetto di una declaratoria di incostituzionalità ex art. 117, comma 1, Cost³⁸. In definitiva, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ex art. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, c.p.p. assunte senza l'esperto deriva dalla lesione di diritti costituzionalmente garantiti, in ossequio alla c.d. teoria delle “prove incostituzionali”³⁹: risultando così violato il diritto alla salute del minore, come interpretato dalla Convenzione di Lanzarote, ai sensi degli artt. 31, comma 2, 32 e 117, comma 1 Cost., con inevitabili conseguenze sul diritto di difesa ex art. 24 Cost. Ne consegue che la formula «in violazione dei divieti stabiliti dalla legge» contenuta nell'art. 191, comma 1, c.p.p., ricomprende i divieti sanciti sia dalla legge ordinaria che dalla legge fondamentale⁴⁰, potendosi in questo modo giustificare l'inutilizzabilità della prova dichiarativa.

3. *L'assistenza affettiva e psicologica prevista dall'art. 609-decies c.p.*

Nonostante la sua collocazione sistematica tra le norme di diritto sostanziale, l'art. 609-*decies*, c.p. ha importanti riflessi anche sul piano processuale, riconoscendo alcune garanzie alla persona offesa minorenni «in ogni stato e grado del procedimento», compresa, quindi, anche la fase delle indagini⁴¹. In particolare, quando si procede per uno dei reati espressamente elencati nell' l'art. 609-*decies*, comma 1, c.p, il procuratore della Repubblica

³⁸ Il carattere vincolante di tali previsioni, ferma restando la discrezionalità degli Stati nello scegliere i mezzi più idonei per adeguarvisi, è ulteriormente dimostrato dai meccanismi di monitoraggio volti a verificare la loro corretta attuazione. In tal senso, A. M. CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012, p. 8, per cui «le prescrizioni contenute nell'art. 35 della Convenzione di Lanzarote sono ovviamente vincolanti per gli Stati parte».

³⁹ Per tutti, Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, in *Cass., pen.*, 1999, p. 470, che definisce le prove c.d. incostituzionali quelle «ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in spregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione, da considerarsi perciò inutilizzabili nel processo». In dottrina, L. SURACI, *L'audizione delle persone minorenni nell'ambito delle investigazioni difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 997, ritiene che tale disciplina abbia generato una disparità di trattamento tra il difensore e gli inquirenti e, inoltre, un esame senza esperto sia lesivo dell'integrità psico-fisica del dichiarante minorenni.

⁴⁰ La formulazione dei divieti può essere sia esplicita che implicita. C. CESARI, *Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla suprema corte*, cit., p. 1181, ritiene che «possano ritenersi presidiate da inutilizzabilità le modalità acquisitive che assicurino quello *standard* metodologico minimale considerato dal legislatore necessario a produrre risultati probatori sui quali possa plausibilmente fondarsi un accertamento processuale e che siano eticamente accettabili (ossia che non ledano diritti fondamentali dei singoli)».

⁴¹ H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., p. 98, considera l'art. 609-*decies*, c.p. quale «modello virtuoso di coordinamento tra misure volte a prevenire forme di vittimizzazione primaria e secondaria».

ne dà notizia al tribunale per i minorenni⁴². In tali ipotesi, è assicurata in favore della persona offesa minorenni l'assistenza affettiva e psicologica dei «genitori o di altre persone idonee indicate dal minore» (art. 609-*decies*, comma 3, c.p.). In aggiunta, la l. 172/2012 ha previsto che l'assistenza affettiva e psicologica possa altresì essere fornita da «gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime [...] iscritti in apposito elenco dei soggetti legittimati a tale scopo»⁴³, recependo la previsione contenuta nell'art. 31§5 della Convenzione di Lanzarote. La presenza di tali soggetti è condizionata al consenso del minore ed è ammessa dall'autorità giudiziaria procedente: la giurisprudenza, infatti, ritiene che tale strumento sia rimesso alla libera scelta della parte, non essendo imposto «né dalla legge penale né dalla legge processuale»⁴⁴. Con specifico riguardo alla figura del genitore, proprio in virtù del rapporto affettivo che lo lega al minore, è un soggetto considerato in grado di fornirgli un sostegno emotivo adeguato ad affrontare lo *stress* cui è sottoposto nel momento in cui sia chiamato a rendere dichiarazioni nel corso del processo. Tuttavia, considerato che nella maggior parte dei casi la prima persona cui il minore si rivolge in caso di abusi è proprio il genitore, la sua presenza in potrebbe risultare controproducente: non è raro che il minore tenda a confermare la versione già raccontata al genitore, al quale potrebbe aver riferito solo una parte dei fatti, sentendosi in difficoltà a riferire aspetti ulteriori e magari più gravi⁴⁵. È, inoltre, da tenere in considerazione la circostanza per cui il genitore è frequentemente chiamato, nel corso del procedimento penale, ad assumere l'ufficio di testimone per riferire sui fatti di cui è a conoscenza, non sussistendo alcuna incompatibilità in capo ai soggetti che prestano assistenza affettiva e psicologica ex art. 609-*decies*, c.p.⁴⁶. A maggior ragione, la

⁴² Si tratta delle fattispecie di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 609-*undecies* commessi in danno di minorenni, ovvero per il delitto di cui all'art. 609-*quater*, c.p. Il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, ha poi inserito il riferimento agli artt. 572 e 612-*bis*, c.p., nell'ipotesi in cui questi siano commessi in danno di un minore d'età o da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro.

⁴³ Periodo introdotto dall'art. 4, lett. v, n. 2, l. 172/2012, che sostituisce il precedente art. 609-*decies*, comma 2, c.p.

⁴⁴ Cass., sez. III, 4 novembre 2011, n. 42477. Nella motivazione la Corte ha precisato che detta assistenza sia da considerarsi facoltativa ai sensi dell'art. 498, comma 4, c.p.p. Diversamente, in dottrina: v. L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorenni*, cit., p. 67, ritiene che ove non fosse possibile individuare un familiare in grado di intervenire o il minore non indichi nessuna persona di fiducia, sia dovere del giudice – anche d'ufficio – integrare tale omissione.

⁴⁵ S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1621, ritiene che «l'etero-induzione consapevole – o inconsapevole – di contenuti inquinanti da parte dei genitori rende del tutto consigliabile la presenza degli stessi nel corso dell'audizione».

⁴⁶ Cass., sez. III, 16 aprile 2009, n. 20252. Ad avviso di M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in AA. VV., *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Milano, 2015, p. 182, i genitori spesso sollecitano il ricordo e la rievocazione della violenza subito con domande inappropriate, condizionando inevitabilmente il minore.

possibile presenza di figure di sostegno aggiuntive rispetto al genitore, sentimentalmente estranee al minore, potrebbe sortire l'effetto di disorientare ulteriormente quest'ultimo, piuttosto che fornirgli un supporto affettivo e psicologico. Lo scudo protettivo predisposto in favore del minore nella fase delle indagini appare già piuttosto ricco e solido, data la presenza durante le audizioni dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile, dell'autorità giudiziaria o delle forze di polizia, ed eventualmente del genitore⁴⁷. Il sostegno affettivo e psicologico da parte di gruppi, fondazioni e associazioni preposte all'assistenza e al supporto delle vittime di reato dovrebbe essere considerata alla stregua di «ultima risorsa a disposizione dell'autorità giudiziaria per non lasciare sole quelle vittime che fossero prive di ogni altro sostegno»⁴⁸.

Quale previsione di chiusura, l'art. 609-*decies*, comma 4, c.p., prevede che, in ogni caso, è assicurata «l'assistenza dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali», consentendo al minore di interagire con personale altamente qualificato. La formula «in ogni caso» induce a ritenere che tale assistenza operi non solo nel processo, ma anche al di fuori di questo, in quanto – soprattutto per le vittime di abuso sessuale – la situazione di disagio sociale in cui si trova il minore potrebbe avere un forte impatto sull'equilibrio psico-fisico dello stesso. In definitiva, l'assistenza affettiva e psicologica così come tratteggiata dall'art. 609-*decies*, c.p. assolvere ad una duplice funzione: da un lato, fornire un sostegno, soprattutto a livello psico-sociale, al minore anche al di fuori della sfera prettamente processuale; dall'altro, affiancare all'autorità giudiziaria personale adeguatamente formato a fornire assistenza tecnico-psicologica ad un soggetto particolarmente vulnerabile come il minore, nel momento in cui questo si trovi coinvolto in una vicenda processuale.

⁴⁷ In tal senso, v. L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorenni*, cit., p. 68.

⁴⁸ L. CARACENI, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti*, cit., p. 339.

4. *L'incidente probatorio "speciale"*

L'istituto dell'incidente probatorio previsto dall'art. 392, c.p.p. si configura come una "parentesi istruttoria" che, già nel corso delle indagini preliminari, consente di assumere la prova in contraddittorio qualora essa non sia rinviabile al dibattimento: l'incidente probatorio si sostanzia in un'udienza in camera di consiglio senza la presenza del pubblico e nella quale, davanti al giudice per le indagini preliminari, si assumono le prove nelle medesime forme prescritte per il dibattimento. Si tratta, quindi, di un meccanismo di assunzione anticipata della prova che riveste carattere eccezionale, poiché generalmente nei sistemi di impronta accusatoria la sede naturale di formazione della prova è il dibattimento, ove viene garantito il contraddittorio nella sua più ampia manifestazione, il principio di oralità e immediatezza tra l'assunzione della prova e la decisione sulla medesima. Nel momento in cui sia necessario assumere la testimonianza di un minore – soprattutto se vittima di reati particolarmente pregnanti da un punto di vista emotivo, come quelli attinenti alla sfera sessuale – la sede opportuna in grado di tutelare la personalità del dichiarante e, al contempo, l'attendibilità della prova è proprio l'incidente probatorio che, in questi casi, diventa la sede "privilegiata" di assunzione della prova dichiarativa¹⁷²; e, difatti, è per tale ragione che si parla di incidente probatorio "speciale"¹⁷³. È indubbio che il ricordo del minore, soprattutto se in tenera età, sia particolarmente esposto a suggestioni e al pericolo di dispersione con il trascorrere del tempo, con la conseguenza che la genuinità della deposizione risulterebbe inevitabilmente pregiudicata se non si provvedesse a cristallizzare il suo contributo probatorio nel più breve tempo possibile. Ne deriva che, trattandosi di due finalità che vanno di pari passo, «più è tutelata la personalità del dichiarante, maggiore è l'affidabilità della prova»¹⁷⁴.

Nella sua versione originaria l'art. 392, comma 1, c.p.p. prevedeva, quale condizione indispensabile per procedere con l'incidente probatorio – a fonte del suo carattere eccezionale – l'esigenza di acquisire un «atto non rinviabile al dibattimento», elencando tassativamente le ipotesi in cui ciò potesse avvenire: si trattava per lo più di casi in cui la presenza di fattori esterni, come, ad esempio, il decorso del tempo nel caso della

¹⁷² M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., p. 159, ritiene che ciò comporti un «radicale capovolgimento» del rapporto regola-eccezione.

¹⁷³ In dottrina, A. M. CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3284, parla di incidente probatorio c.d. "atipico". In giurisprudenza, è la stessa Corte costituzionale che recentemente ha definito "speciale" o "atipica" tale tipologia di incidente probatorio: v. Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92.

¹⁷⁴ M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., p. 159.

testimonianza c.d. futura memoria, era suscettibile di inficiare l'attitudine dimostrativa della prova¹⁷⁵. Tale disposizione è stata, a partire dagli anni '90 – in particolare, dalla “svolta inquisitoria” del 1992 – oggetto di numerosi interventi normativi e giurisprudenziali che hanno permesso di estendere gli spazi di operatività dell'incidente probatorio, valorizzando anche interessi ulteriori rispetto a quello primario di non dispersione dell'elemento di prova. Un'importante novità fu senz'altro apportata dalla l. 66/1996 la quale, aggiungendo il comma 1-*bis* all'art. 392, c.p.p., consentiva il ricorso all'incidente probatorio – nei procedimenti per i delitti espressamente previsti, riconducibili alla sfera della violenza sessuale– per l'assunzione della testimonianza di una persona minore di sedici anni, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1¹⁷⁶. La *ratio* della novella è quella di predisporre uno strumento di tutela della personalità del dichiarante “debole”, attivabile anche a prescindere da ogni profilo di non rinviabilità della prova, ogniqualvolta egli sia «portatore di conoscenze rilevanti sui fatti di causa e debba, dunque, esser esaminato come testimone»¹⁷⁷. Il canone di tassatività che caratterizza la formulazione dell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p. è stato più volte foriero di problemi e, sovente, oggetto di richieste di pronunce di legittimità costituzionale da parte della Consulta – lamentando la violazione degli artt. 2 e 3 Cost. – nella parte in non consentiva di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di una persona offesa minorenni infrasedicenne in ordine a delitti diversi da quelli espressamente previsti¹⁷⁸. Una prima apertura in tal senso è pervenuta dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nel caso Pupino, la quale era stata chiamata a valutare la compatibilità della formulazione dell'allora vigente art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. fosse compatibile con la decisione quadro 2001/220/GAI: ad avviso della Corte, il giudice nazionale doveva avere la possibilità di ricorrere all'audizione in incidente probatorio di minori in età infantile presunte vittime di maltrattamenti – fattispecie che non rientrava tra i casi tassativamente elencati¹⁷⁹ – in quanto strumento idoneo a tutelare al massimo livello la

¹⁷⁵ L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pisa, 2017, p. 7.

¹⁷⁶ Comma così aggiunto dall'art. 13, comma 1, legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante il titolo «Norme contro la violenza sessuale», che contempla i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies*, c.p. Successivamente, il catalogo è ulteriormente ampliato dalla legge 3 agosto 1998, n. 269, che aggiunge gli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quinquies*, c.p., e dalla legge 23 agosto 2003, n. 195, che aggiunge gli artt. 600, 601 e 601.

¹⁷⁷ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.* [Agg. VI], 2002, p. 553.

¹⁷⁸ Per tutti, v. Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529. In particolare, si censurava l'assenza del reato di maltrattamenti (art. 572, c.p.) dal novero dei reati di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. La questione è stata dichiarata non fondata dal giudice delle leggi. A seguito del rigetto, il g.i.p. del tribunale di Firenze ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, lamentando una incompatibilità tra l'art. 392, comma 1-bis, c.p.p. e gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI.

¹⁷⁹ Successivamente il legislatore, con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 aprile 2009, n. 38, ha inserito il reato di maltrattamenti *ex art.* 572 c.p. nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.

personalità del minore. L'ambito di operatività dell'incidente probatorio è stato nuovamente ampliato ad opera della l. 172/2012, la quale consente il ricorso a tale strumento – sempre limitatamente ai procedimenti per i reati espressamente elencati – per assumere la testimonianza di «un minore o di una persona offesa maggiorenne», senza che ricorrano le condizioni ordinarie di cui all'art. 392, comma 1, c.p.¹⁸⁰. Successivamente, il d.lgs 212/2015, con cui il legislatore italiano ha recepito la direttiva 2012/29/UE, ha aggiunto un ulteriore periodo all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., consentendo il ricorso all'incidente probatorio “speciale” per assumere «in ogni caso» la testimonianza di una persona offesa particolarmente vulnerabile, indetificata secondo i criteri di cui all'art. 90-*quater*, c.p.p. In conclusione, è bene evidenziare come nonostante sia stato notevolmente esteso l'ambito di operatività dell'istituto dell'incidente probatorio, sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo¹⁸¹, resta tutt'ora un importante limite: ossia la possibilità di ricorrere a tale strumento per assumere un solo mezzo di prova, vale a dire la testimonianza. Tutti gli altri mezzi di prova a contenuto dichiarativo, quali la ricognizione, il confronto, l'esperimento giudiziale e la perizia ai quali partecipi il minore non sono contemplati, nonostante la loro «indiscutibile idoneità lesiva della fonte vulnerabile»¹⁸². Tale circostanza porta con sé il rischio della necessaria ripetizione dell'audizione del minore in dibattimento, già precedentemente sentito in incidente probatorio; il che sembrerebbe porsi in contrasto con la *ratio* dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., finalizzato a ridurre drasticamente la possibilità di ripetere l'esame del minore, a meno che questo non debba riferire su «fatti e circostanze diverse dalle precedenti dichiarazioni» oppure ciò sia ritenuto necessario sulla base di «specifiche esigenze».

¹⁸⁰ Il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 ha eliminato il riferimento al minore degli anni sedici, accogliendo gli auspici della dottrina.

¹⁸¹ Non mancano critiche circa l'esclusione – che appare incomprensibile – di alcuni gravi delitti come il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'incesto, la sottrazione di incapaci, nonché i reati associativi legati alla prostituzione. In tal senso, v. H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., p. 107.

¹⁸² *Ibidem*, p. 107. Ad avviso di M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, cit., p. 166, si tratta di una scelta irragionevole, «se si pensa che sotto il profilo sostanziale è evidentissima l'assimilabilità della testimonianza con gli indicati mezzi di prova; non ci sono dubbi con il confronto e con gli esperimenti giudiziali che implicano l'ascolto del minore».

5. (Segue) *La richiesta di incidente probatorio. Aspetti peculiari*

Nel corso delle indagini preliminari, la richiesta di incidente probatorio *ex art. 392*, comma 1-*bis*, c.p.p., può essere avanzata dal pubblico ministero, dalla persona sottoposta alle indagini e dal suo difensore. La persona offesa può chiedere al pubblico ministero – e non direttamente al giudice – di promuovere un incidente probatorio il quale, tuttavia, non è tenuto ad accogliere automaticamente la richiesta. L’opportunità di un’assunzione anticipata della prova dovrà essere oggetto di un attento scrutinio da parte del pubblico ministero circa la sua reale necessità ed utilità nel caso concreto; qualora non accolga la richiesta, egli dovrà pronunciarsi con decreto motivato da notificare alla persona offesa *ex art. 394*, c.p.p. In dottrina, non manca chi ritiene che sulle determinazioni del pubblico ministero debba assumere un peso rilevante la volontà della persona offesa, con la conseguenza che «si dovrebbe procedere all’ascolto del minore in incidente probatorio ogni qual volta ella ne faccia richiesta»¹⁸³.

La richiesta di incidente probatorio deve contenere, a pena di inammissibilità, una serie di elementi espressamente elencati dall’art. 393, c.p.p. concernenti, da un lato, i termini entro cui deve la richiesta deve essere presentata al giudice per le indagini preliminari, dall’altro, le informazioni necessarie al fine di consentire al giudice di decidere circa l’ammissibilità della richiesta di incidente probatorio. Con riguardo al primo profilo, la richiesta deve essere presentata entro i termini per la conclusione delle indagini preliminari *ex art. 405*, c.p.p., e comunque in tempo sufficiente per l’assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi. Tale previsione, tuttavia, è suscettibile di subire delle deroghe (art. 393, comma 4, c.p.p.) qualora il termine per le indagini preliminari scada durante l’esecuzione dell’incidente probatorio oppure sia necessario prorogare il termine di conclusione delle indagini al fine di consentirne l’esecuzione. In questi casi, il giudice può – con decreto motivato – concedere una proroga dei termini limitatamente per il tempo indispensabile all’assunzione della prova, a condizione che la richiesta di incidente probatorio non avrebbe potuto essere formulata anteriormente. Sotto un profilo prettamente contenutistico, la richiesta deve indicare: la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono l’oggetto e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale; le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova; e le circostanze che rendono la prova “non

¹⁸³ Di tale avviso, è A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell’indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti*, cit., p. 882, per cui tale regola dovrebbe osservarsi nella prassi, al fine di dare voce ai bisogni della vittima e ridurre gli effetti della vittimizzazione secondaria, i quali spesso sono dovuti «alla sordità del sistema di prestare attenzione a tali esigenze».

rinviable” al dibattimento (art. 393, comma 1, lett. *a, b, e c*, c.p.p.). In aggiunta a ciò, qualora la richiesta di incidente probatorio provenga dal pubblico ministero, questi dovrà indicare i nominativi dei difensori delle persone interessate all’assunzione della prova, della persona offesa e del suo difensore (art. 393, comma 2, c.p.p.). Si tratta di indicazioni che, nel loro insieme, concorrono a delineare il *thema probandum* oggetto della futura attività acquisitiva, il quale potrà essere integrato – già in questa fase – attraverso la presentazione di deduzioni *ex art. 369, comma 1, c.p.p.* da parte del pubblico ministero e della persona sottoposta alle indagini¹⁸⁴. La richiesta di incidente probatorio viene depositata presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari ed è notificata a cura di chi l’ha proposta, secondo i casi, al pubblico ministero e alle persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova, come prescritto dall’art. 395, c.p.p.

5.1 In particolare, la *discovery* totale degli atti di indagine

Nella generalità dei casi, prima dello svolgimento dell’incidente probatorio, il pubblico ministero è tenuto a depositare unicamente i verbali di eventuali dichiarazioni rese in precedenza dal testimone. Tuttavia, qualora venga presentata richiesta di incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p.*, il pubblico ministero è tenuto a depositare «tutti gli atti di indagine compiuti» (art. 393, comma *2-bis, c.p.p.*), dei quali la persona sottoposta alle indagini e i difensori delle parti hanno diritto ad ottenere copia. Il codice non offre alcun presidio sanzionatorio nel caso dell’inosservanza da parte del pubblico ministero dell’obbligo di *discovery* totale di cui all’art. 393, comma *2-bis, c.p.p.*, ma la giurisprudenza ritiene che qualora da tale inosservanza derivi una mancata conoscenza degli atti da parte dell’indagato, «si può ritenere integrata una nullità a regime intermedio ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. *c* e 180, c.p.p.»¹⁸⁵. Il contraddittorio che si instaura in sede di incidente probatorio è necessariamente differente da quello dibattimentale e, di conseguenza, solo allargando la piattaforma conoscitiva a disposizione delle parti attraverso un obbligo di *discovery* totale è possibile riequilibrare le conoscenze tra accusa e difesa, aumentando in

¹⁸⁴ Entro due giorni dalla notificazione della richiesta, è ammessa la possibilità di presentare «deduzioni sull’ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta, depositare cose, produrre documenti, nonché indicare altri fatti che debbano costituire oggetto della prova e altre persone interessate a norma dell’art. 393, comma 1, lett. *b*, c.p.p.».

¹⁸⁵ Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 6624, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3841. Nel caso di specie, tuttavia, i giudici non hanno sanzionato l’inosservanza di tale obbligo poiché la conoscenza degli atti da parte dell’indagato era stata assicurata dalla precedente *discovery* avvenuta in occasione dell’esecuzione dell’ordinanza custodiale a carico dell’imputato.

questo modo gli spazi del confronto dialettico¹⁸⁶. Se tale obiettivo risulta perseguito nel caso in cui la richiesta di incidente probatorio provenga dal pubblico ministero, altrettanto non può dirsi qualora, invece, sia presentata dalla persona sottoposta alle indagini. In quest'ultimo caso, trova applicazione la disciplina ordinaria, per cui il pubblico ministero è obbligato a depositare unicamente gli atti contenenti le precedenti dichiarazioni rese dal teste minorene¹⁸⁷. Tuttavia, la *discovery* totale porta con sé inevitabili “effetti indesiderati”, soprattutto qualora siano in corso indagini complesse e articolate: la circostanza per cui il pubblico ministero si trova obbligato a dover “scoprire le sue carte” in un momento in cui le indagini non siano ancora concluse – sacrificando, così, il segreto investigativo – potrebbe essere un disincentivo a presentare una richiesta di incidente probatorio nel caso in cui questo non sia strettamente necessario e, dunque, indurlo ad optare per l'assunzione informazioni *ex art. 362, comma 1-ter, c.p.p.* Al fine di evitare il paradosso di un'inutile *discovery* dei risultati degli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero, la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore sono legittimati a prendere visione del materiale probatorio solamente a seguito della pronuncia del giudice – con ordinanza *ex art. 398, comma 1, c.p.p.* – di accoglimento della richiesta di incidente probatorio; in questo modo, vengono salvaguardati il diritto di difesa e, al contempo, la segretezza delle indagini preliminari. Infatti, dalla lettera dell'art. 398, comma 1, c.p.p. si evince come la presentazione della richiesta di incidente probatorio non postula necessariamente il suo automatico accoglimento, ben potendo il giudice dichiararla inammissibile o rigettarla. L'ordinanza del giudice potrà essere nel senso dell'inammissibilità qualora, ad esempio, difettino i requisiti di legge previsti dall'art. 391, comma 1-bis, c.p.p., oppure nel senso del rigetto qualora ritenga irrilevante la prova ai fini della decisione di merito (art. 393, comma 1, lett. a, c.p.p.). L'assenza di un rimedio impugnatorio espresso avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio, da considerarsi quindi inoppugnabile, oltre a non trovare un riscontro a livello normativo, è stata recentemente oggetto di discussioni all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, la quale si trova divisa sul punto. La tesi dell'inoppugnabilità, sostenuta dalla giurisprudenza fin dai primi anni dell'entrata in vigore del codice e avallata

¹⁸⁶ A. M. CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, cit., p. 3292;

¹⁸⁷ La dottrina maggioritaria è orientata in tal senso, v. M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorene nell'incidente probatorio*, cit., p. 174 s., secondo la quale la formulazione dell'art. 393, comma 2-bis, c.p.p. induca a tale conclusione, nel momento in cui il termine «con» debba essere inteso come “insieme” alla richiesta di incidente probatorio. Sarebbe stato più opportuno prevedere in ogni caso una *discovery* a «trecentosessanta gradi degli atti del pubblico ministero». Di segno analogo è la giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 26 settembre 2008, n. 40971, la quale considera tale scelta ragionevole in ragione dell'esigenza di salvaguardare la segretezza delle indagini.

anche dalle Sezioni Unite¹⁸⁸, trova il suo fondamento nel principio di tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568, c.p.p. in forza nel quale «la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione». Tale assunto è stato messo in discussione da alcune pronunce della Sezione III della Suprema Corte in base alle quali, l'ordinanza di rigetto di una domanda di acquisizione della testimonianza di minorenni con le forme dell'incidente probatorio ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p. dovrebbe, a determinate condizioni, considerarsi “abnorme” e, per tale ragione, ricorribile in Cassazione¹⁸⁹. Il ragionamento della Corte si articola sostanzialmente in due passaggi: il primo, è rappresentato da un'esegesi dell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p. alla luce delle fonti sopranazionali; il secondo, si concentra sul margine di discrezionalità concesso al giudice nel valutare l'opportunità della richiesta di incidente probatorio. Una volta analizzato l'assetto normativo interno, sopranazionale ed europeo, viene evidenziata la duplice *ratio* insita nell'istituto dell'incidente probatorio: evitare la c.d. vittimizzazione secondaria, da un lato, e salvaguardare la genuinità delle dichiarazioni, dall'altro, a maggior ragione laddove queste rappresentino la principale prova d'accusa. Ciò premesso, la Corte ritiene che l'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., nel prevedere che le parti possano chiedere di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni nelle ipotesi ivi espressamente previste, «esclude qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta»¹⁹⁰. Resta fermo il potere del giudice di valutare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità “oggettivi” prescritti dall'art. 393, comma 1 e 2, c.p.p.: vale a dire, che la richiesta provenga da un soggetto legittimato a proporla, che si stia procedendo per uno dei reati tassativamente elencati nell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., e che la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minorenni¹⁹¹. Una formalistica interpretazione letterale dell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p. in forza della quale non vi sarebbe alcun obbligo del giudice di disporre l'incidente probatorio

¹⁸⁸ Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 17, Bernini, in *Cass., pen.*, fasc. 3, 1993, p. 520 s.

¹⁸⁹ Cass., sez. III, 27 maggio 2020, n. 17825; Cass., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 46572; Cass., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091. Vale la pena sottolineare come, nel corso degli anni, la tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto di un'istanza di incidente probatorio sia stata più volte sottoposta allo scrutinio della Corte che, tuttavia, non l'aveva mai fatta propria. Per un commento, v. C. ARDIGÒ, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2020; F. MARCHETTI, *L'impugnabilità ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, in www.sistemapenale.it, 11 maggio 2021; A. M. CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, cit., p. 3286 s.; A. SORGATO, *Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio*, www.ilpenalista.it, 28 ottobre 2019.

¹⁹⁰ Cass., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, p. 7.

¹⁹¹ A questi, si aggiunge una valutazione in termini di legalità, non manifesta superfluità o irrilevanza della prova da acquisire ex art. 190, comma 1, c.p.p. in ossequio ai principi generali in materia di prova.

nei casi *ivi* disciplinati ma una semplice facoltà di “richiesta” da parte dei soggetti processuali indicati, si porrebbe in inevitabile contrasto con la *ratio* stessa dell’incidente probatorio “speciale”. Ne consegue che, qualora l’ordinanza di rigetto dell’istanza di incidente probatorio sia stata pronunciata «al di là di qualsiasi ragionevole limite», il rigetto sia da considerare arbitrario e, come tale, ricorribile per Cassazione *ex art.* 606, c.p.p. in quanto viziato da abnormità. A sostegno di tale conclusione, la Corte richiama una precedente pronuncia delle Sezioni Unite secondo le quali l’abnormità «è riferibile alle sole situazioni in cui l’ordinamento non appresti altri rimedi idonei per rimuovere il provvedimento giudiziale, che sia frutto di sviamento di potere e fonte di un pregiudizio altrimenti insanabile per le situazioni soggettive delle parti»¹⁹². Il rigetto arbitrario dell’istanza di incidente probatorio, impedendo l’assunzione anticipata della prova, «determinerebbe quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo stato si è impegnato ad evitare [...] recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile». Ciononostante, l’innovativo orientamento inaugurato dalla Sezione III della Cassazione ha incontrato – a distanza di poco tempo – una certa resistenza all’interno della stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha nuovamente abbracciato la tesi tradizionale dell’inoppugnabilità dell’ordinanza di rigetto dell’istanza di incidente probatorio, dando vita ad un netto contrasto giurisprudenziale sul punto¹⁹³.

5.2 *In particolare, le modalità di conduzione dell’incidente probatorio*

Con l’ordinanza che accoglie la richiesta di incidente probatorio il giudice stabilisce l’oggetto della prova e le persone interessate all’assunzione della prova individuati nella richiesta e delle deduzioni, e la data dell’udienza; tra questa e il provvedimento non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni (art. 398, comma 2, c.p.p.). l’avviso del giorno, dell’ora e del luogo in cui si deve procedere all’incidente probatorio è notificato, almeno due giorni prima della data fissata, alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, nonché al pubblico ministero (art. 398, comma 3, c.p.p.). Relativamente alle forme di svolgimento dell’udienza incidentale, l’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. contiene una serie di previsioni “derogatorie” rispetto alle modalità ordinarie di acquisizione del contributo dichiarativo del testimone, configurando la c.d. audizione

¹⁹² Si tratta di Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 20569, *Ksouri*.

¹⁹³ Cass., sez. V, 11 dicembre 2020, 2554; Cass., sez. VI, 15 luglio 2020, 24996; Cass., sez. VI, 13 maggio 2020, n. 20543. Sulle motivazioni alla base di tale orientamento, v. B. ROMANELLI, *Incidente probatorio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 2021.

“protetta”. Nello specifico, nei reati *ivi* espressamente elencati, il giudice «ove tra le persone interessate all’assunzione della prova vi siano minorenni [...] stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all’incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno». La norma affida alla piena discrezionalità del giudice la scelta di individuare, anche d’ufficio, le misure necessarie e opportuno che possano al meglio salvaguardare la personalità del minore, ma altresì il diritto delle parti – come si evince dal riferimento alle “persone” – al contraddittorio nella formazione della prova¹⁹⁴. Con riguardo al luogo di espletamento dell’udienza, questa può svolgersi in un luogo diverso dal tribunale, ossia presso «strutture specializzate di assistenza», oppure, ove manchino, presso l’abitazione del minore stesso. Sembrerebbe che, con tale formulazione, il legislatore abbia voluto introdurre una sorta di “gerarchia” tra i luoghi diversi dalle aule di tribunale mostrando un *favor* per le strutture specializzate e, solo in caso di un’indisponibilità di queste, è possibile avvalersi dell’abitazione del minore per l’udienza. La mancanza di strutture specializzate cui allude l’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. deve essere valutata in rapporto al circondario del giudice che ha disposto l’incidente probatorio, poiché se ci si riferisse all’intero territorio nazionale sarebbe pressoché certa la presenza di una struttura adeguata, rendendo l’opzione “domiciliare” di fatto inutilizzata nella pratica¹⁹⁵. Il tema è stato recentemente oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale la quale – a fronte della presunta illegittimità costituzionale degli artt. 398, comma 5-*bis* e 133, c.p.p. per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. – ha dichiarato legittimo l’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevede, in mancanza delle condizioni di urgenza *ex art.* 398, comma 5, c.p.p., la possibilità di delegare l’incidente probatorio al giudice del circondario in cui risiede il minore, nonostante il disagio provocato al medesimo a causa del ritorno nei luoghi ove si sono perpetrati gli abusi¹⁹⁶. Tale misura non è un’ipotesi sistematicamente accettabile, in quanto l’ordinamento offre già un «ampio

¹⁹⁴ Il d.l. n. 11/2009 ha modificato il precedente riferimento ai soli minorenni, quali destinatari della tutela *de qua*, con quello «alle persone».

¹⁹⁵ C. GABRIELLI, *La disciplina dell’esame del minore in incidente probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 965 s., parla di una «discrezionalità vincolata fra le due opzioni, delle quali l’una subordinata all’impraticabilità dell’altra».

¹⁹⁶ Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92. Il g.i.p. del tribunale di Legge ha sollevato questione di legittimità in relazione al combinato disposto degli artt. 398, comma 5, e 133, c.p.p. nella parte in cui «non prevedono che, laddove la mancata comparizione del teste minorenne sia dovuta a situazioni di disagio che ne compromettono il benessere, e sia possibile ovviare ad essere procedendo all’esame del minore presso il tribunale competente in relazione al luogo della sua dimora [...]», in quanto violerebbe le prescrizioni di cui agli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e, di riflesso, l’art. 117, comma 1, Cost. Per un commento, v. L. ALGERI, *L’esame del minore al vaglio della consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1565 s.; C. GABRIELLI, *La disciplina dell’esame del minore in incidente probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, cit., p. 965.

e duttile complesso di strumenti di salvaguardia della personalità del minore chiamato a rendere testimonianza». Ad avviso della Corte, le regole dell'incidente probatorio non sono dirette ad eliminare qualsiasi disagio di ordine psicologico connesso direttamente o indirettamente con la testimonianza, perché se così fosse allora dovrebbe ritenersi che «nessun minore, vittima di determinati reati, dovrebbe essere mai assunto come testimone» posto che rievocare, in ambito giudiziario, le vicende che lo hanno coinvolto è sempre fonte di disagio. Di converso, l'esigenza che governa l'intera materia è quella di preservare il minore «dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre, in rapporto alla peculiare condizione del soggetto», ossia dalla c.d. vittimizzazione secondaria. La formulazione volutamente ampia dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. lascia aperto lo spazio per ricomprendere, tra le «modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio» anche l'esame a distanza, senza che sia necessaria un'operazione ermeneutica volta a ricondurre il pericolo di arrecare traumi psicologici al dichiarante alle «gravi difficoltà di assicurare la comparizione della persona da sottoposte all'esame» ex art. 147-*bis*, comma 5, disp. att. c.p.p.¹⁹⁷. Tuttavia, la scelta del giudice di ricorrere all'esame a distanza deve essere ben ponderata e rappresentare un'eccezione, poiché l'assenza di contatto diretto con il minore potrebbe compromettere parzialmente la corretta comprensione del suo linguaggio non verbale; elementi che solo con l'esame in presenza possono essere colti a pieno¹⁹⁸. Si tratta di un aspetto da non sottovalutare in tutti i procedimenti, ma in particolar modo qualora il minore sia in tenera età e debba rendere dichiarazioni in un procedimento per reati a sfondo sessuale: la rievocazione degli abusi, attraverso la narrazione dei fatti, è già, di per sé, fonte di un profondo disagio e imbarazzo, cui si aggiunge la circostanza per cui – a fronte di un patrimonio linguistico limitato, in ragione della sua età – potrebbe non essere in grado di esporre chiaramente i fatti legati alla sfera sessuale.

Con riferimento alla determinazione dei tempi di assunzione della prova, la discrezionalità riconosciuta al giudice potrebbe tradursi in una deroga delle rigide scansioni fissate dall'art. 398, comma 2, lett. *c*, c.p.p., consentendogli di anticipare l'udienza anche qualora non sussistano le ragioni di urgenza di cui all'art. 400, c.p.p., oppure di differirne lo svolgimento

¹⁹⁷ In tal senso, C. GABRIELLI, *La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, cit., p. 966; C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 316 s., ritiene che tale possibilità sia da annoverare nei possibili "stratagemmi" tecnici a disposizione del giudice in forza del combinato disposto degli artt. 498, comma 4-*bis* e 398, comma 5-*bis*, c.p.p.

¹⁹⁸ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 133, ritiene che «il "filtro" del giudice e dell'esperto nulla toglie, sotto questo profilo, alla maggior fedeltà di un'osservazione "dal vivo"».

al fine di tener conto di particolari esigenze del minore quali, ad esempio, la necessità di adeguati interventi di sostegno da parte dello psicologo o dei servizi minorili¹⁹⁹. Le modalità di conduzione dell'esame in incidente probatorio sono le medesime «forme stabilite per il dibattimento»²⁰⁰, in forza del rinvio contenuto nell'art. 401, comma 5, c.p.p. L'esame è condotto dal presidente, su domanda e contestazioni delle parti, il quale può avvalersi «dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile» ex art. 498, comma 4, c.p.p. Nel silenzio della norma, non sembrerebbe possibile delegare interamente la conduzione dell'esame all'esperto, in quanto privo delle competenze tecnico-giuridiche necessarie per la valida formazione della prova nel processo, nonostante sul punto vi siano opinioni discordanti²⁰¹. L'esperto, piuttosto, potrà fornire utili indicazioni al giudice circa il linguaggio da utilizzare nella formulazione domande rivolte al minore, in modo tale che queste risultino a lui comprensibili e adeguate alla sua età. Inoltre, su richiesta del minore o del suo difensore, l'esame può essere svolto mediante «l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico» ex art. 498, comma 4-ter, c.p.p., evitando suggestioni derivanti da un contatto visivo diretto tra la vittima e l'imputato. L'utilizzo di tale strumento consente, infatti, solo al giudice e alle parti di vedere il minore – in quanto si trovano al di là del vetro specchio – e non viceversa, permettendo, inoltre, a queste ultime di intervenire “in tempo reale” nello svolgimento dell'esame.

Una volta delineato il regime di protezione, derivante dal combinato disposto degli artt. 398, comma 5-bis e 498, comma 4-ter, c.p.p., applicabile all'esame testimoniale del minore in incidente probatorio, è opportuno soffermarsi circa il suo ambito di applicazione. In particolare, confrontando gli artt. 398, comma 5-bis e 392, comma 1-bis, c.p.p., emerge una irragionevole disparità di trattamento da un punto di vista soggettivo: il primo, trova applicazione ove «tra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni»; il secondo, solamente ove si proceda «all'assunzione della testimonianza di persona minorenne». In altri termini, solo l'art. 398, comma 5-bis, legittima l'adozione delle “particolari modalità” non solo nel caso in cui si debba assumere una testimonianza ma

¹⁹⁹ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., p. 180.

²⁰⁰ Per un'analisi più approfondita delle modalità di conduzione l'esame dibattimentale, v. *infra* § 8 s.

²⁰¹ In tal senso, S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, cit., p. 1635, ritiene che solo il giudice sia in grado di conoscere le circostanze di fatto la cui analisi è utile ai fini del giudizio di attendibilità. Tuttavia, è evidente come siano numerose le difficoltà che porta con sé la conduzione dell'esame fondato su un approccio di tipo formale, soprattutto qualora questo coinvolga un minore in età prescolare. Diversamente, in dottrina non sono mancate posizioni di segno opposto: C. RIZZO, *Le modalità di audizione protetta del minore*, in *Cass., pen.*, 2014, p. 3812, ammette tale possibilità, avvalorata dalla circostanza per cui in sede di lavori preparatori «non sia stato approvato un emendamento che permetteva espressamente al giudice l'esercizio di suddette facoltà».

anche quando, ad esempio, il minore partecipi ad un esperimento giudiziale, una perizia o ad un confronto²⁰². Inoltre, tra le due disposizioni sussistono delle asimmetrie anche dal punto di vista oggettivo – frutto, probabilmente, di una “stratificazione normativa” – data la non perfetta sovrapposibilità dei reati *ivi* elencati: i reati di cui agli artt. 600-*quater* e 609-*quinquies*, c.p. sono previsti esclusivamente dall’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., mentre l’art. 609-*ter*, c.p., è contemplato soltanto dall’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.²⁰³. Ne deriva un sistema in cui, nella pratica, è possibile che si proceda con incidente probatorio “speciale” *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p. ma senza quel *surplus* di tutela assicurato dall’audizione protetta di cui all’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., poiché le dichiarazioni del minore rientrano nell’ambito di procedimenti per reati “comuni”.

5.3 In particolare, gli strumenti di documentazione

L’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. prevede, inoltre, che le dichiarazioni testimoniali debbano essere «documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva», ferma restando la redazione del verbale in forma riassuntiva dell’interrogatorio²⁰⁴. L’adozione di tali forme di documentazione “aggravata” si pone in linea, da un lato, con le sollecitazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo e, dall’altro, con quelle europee, provenienti sia dalla Convenzione di Lanzarote (art. 35§2), che dalla direttiva 2012/29/UE (art. 24§1, lett. *a*). Lo scopo è, chiaramente, quello di preservare la genuinità della prova dichiarativa a fronte di un’attenuazione del principio di immediatezza, derivante dall’assunzione della prova da parte di un giudice diverso da quello del dibattimento. Nel prevedere quale modalità privilegiata di documentazione la riproduzione fonografica o audiovisiva, il legislatore ha volutamente attribuire al verbale un ruolo sussidiario, a differenza di quanto previsto dall’art. 134, c.p.p. Quest’ultima disposizione, infatti, riconosce nel verbale la modalità ordinaria di documentazione, consentendo il ricorso alla riproduzione audiovisiva solo qualora sia «assolutamente indispensabile»; salva

²⁰² Ad avviso di N. PASCUCCHI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 135, sarebbe stata più opportuna una formulazione più ampia dell’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., in modo tale da ricomprendere anche mezzi di prova diversi dalla testimonianza; dedicando invece l’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. unicamente alle forme di svolgimento dell’esame testimoniale.

²⁰³ Corte cost., 9 luglio 1998, n. 262, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., nella parte in cui non ricomprende l’ipotesi di reato di cui all’art. 609-*quinquies*, c.p. (corruzione di minorenni).

²⁰⁴ L’uso del termine «interrogatorio» è improprio e rappresenta una svista del legislatore, il quale avrebbe dovuto riferirsi all’esame testimoniale. M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell’incidente probatorio*, cit., p. 191.

l'ipotesi di dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, in cui non è richiesto il requisito dell'indispensabilità (art. 134, comma 4, c.p.p.). Inoltre, pare evidente come la previsione di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. ricalchi il contenuto dell'art. 141-bis, c.p.p., anche nella parte in cui consente la trascrizione della riproduzione «solo se richiesta dalla parti», ma con un'importante omissione: a differenza di quest'ultimo caso, non vi è alcuna sanzione di inutilizzabilità in caso di inosservanza delle modalità di documentazione prescritte dall'art. 398, comma 5-bis, c.p.p.²⁰⁵. Tale lacuna porta con sé il rischio una disapplicazione sistematica della norma da parte degli operatori, posto che l'unica conseguenza derivante dall'inosservanza attiene alla valutazione probatoria delle dichiarazioni, potendo ostacolare il necessario controllo circa «l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese»²⁰⁶. La videoregistrazione dell'esame testimoniale è essenziale per consentire alle parti che non abbiano partecipato direttamente all'assunzione della prova di poterle visionare – assicurando in quanto modo un contraddittorio almeno “differito” sulla prova – e, se lo ritengono opportuno, utilizzarle nel successivo giudizio, senza che sia necessario un nuovo esame in dibattimento del minore già sentito in incidente probatorio. Infatti, l'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p., allo scopo di limitare drasticamente il numero di audizioni del minore già escusso in incidente probatorio, ammette l'esame solo qualora riguardi «fatti e circostanze diverse dalle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze»²⁰⁷. Ne deriva che sarebbe ragionevolmente auspicabile prevedere la videoregistrazione dei colloqui come obbligatoria, in tutti i casi e in ogni fase del processo, dato che la ormai capillare diffusione tecnologica consente facilmente di ricorrere a tali mezzi di documentazione²⁰⁸. Per l'ipotesi in cui l'inosservanza di tali modalità di documentazione “aggravata” dipenda da «indisponibilità di strumenti di produzione o di personale tecnico», si deve provvedere con le forme della perizia o della consulenza tecnica. Qualora la perizia sia disposta *ex art.*

²⁰⁵ Cass., sez. III, 9 luglio 2008, n. 240746, ha sottolineato che l'inosservanza della modalità di documentazione di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. «non produce nullità per il principio di tassatività disposto in materia dall'art. 177, c.p.p., e neppure inutilizzabilità».

²⁰⁶ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, cit., p. 193. L'importanza dei mezzi di riproduzione audiovisiva è altresì confermata dalla Carta di Noto, la quale prevede la videoregistrazione dell'esame dell'esperto al fine di consentire di valutare le modalità di interazione del minore con l'esperto, ivi compresa la comunicazione non verbale (punto 8).

²⁰⁷ Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 10374, ritiene che la norma abbia la finalità di «prevenire l'usura delle fonti di prova, in tale ipotesi particolarmente stringente».

²⁰⁸ C. RIZZO, *Le modalità di audizione protetta del minore*, cit., p. 3814, ritiene necessario un intervento legislativo volto, almeno, ad introdurre la sanzione dell'inutilizzabilità anche nel caso di inosservanza della disciplina delle forme di documentazione *ex art.* 398, comma 5-bis, c.p.p., analogamente a quanto previsto dall'art. 141-bis, c.p.p.

392, comma 2, c.p.p., il suo espletamento potrebbe richiedere un periodo superiore a sessanta giorni, comportando un ulteriore allungamento dei tempi per l'assunzione della prova dichiarativa in incidente probatorio; eventualità che tale istituto è finalizzata ad evitare. Inoltre, il riferimento alla consulenza tecnica appare improprio, in quanto si tratta di un atto tipico del pubblico ministero, mentre in sede di incidente probatorio tale attività viene esperita dal giudice²⁰⁹.

²⁰⁹ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 126 e 134.

Sezione II

Il dibattimento

SOMMARIO: 6. La capacità testimoniale del minore. – 6.1 L'indagine psicologica: l'accertamento peritale. – 6.1.1 La valutazione della capacità intellettiva ed affettiva del minore. – 6.1.2 La valutazione della credibilità del minore. – 7. L'esame dibattimentale "attutito": la presenza solo eventuale dell'esperto in psichiatria infantile. – 8. L'audizione "protetta": l'art. 498, comma 4-bis e 4-ter c.p.p. – 8.1 Le fasi principali dell'intervista. – 8.2 Le tecniche di intervista. – 8.2.1 L'intervista graduale. – 8.2.2 L'intervista cognitiva. – 8.2.3 L'intervista strutturata. – 9. La violazione dell'obbligo giudiziale di disporre modalità protette: mera irregolarità? – 10. La tutela della riservatezza del minore testimone. – 10.1 (Segue) Il divieto di pubblicazione. – 10.2 (Segue) Il dibattimento a porte chiuse. – 11. L'esame dibattimentale del minore che abbia già reso dichiarazioni: l'eccezione prevista dall'art. 190-*bis* c.p.p. – 12. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello

6. *La capacità testimoniale del minore*

Nonostante la scelta del codice di rito nel senso dell'accoglimento del principio della c.d. "universalità" dell'obbligo testimoniale, il quale postula il riconoscimento ad ogni persona della «capacità di testimoniare» ex art. 196, comma 1, c.p.p. – compreso, quindi, il minore – è consentito al giudice, anche d'ufficio, di ordinare gli accertamenti opportuni, con i mezzi consentiti dalla legge, finalizzati a verificare «l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza» (art. 196, comma 2, c.p.p.). Anzitutto, la giurisprudenza ha chiarito che il concetto di «capacità di testimoniare» è distinto, e di maggior ampiezza, dalla capacità di intendere e volere alla quale l'art. 85, comma 2, c.p. ricollega l'imputabilità, esclusa fino all'età di quattordici anni, poiché la prima si riferisce alla «capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione completa»²¹⁰. Ciò non esclude che, in concreto, i minori – soprattutto se in età infantile – siano incapaci di intendere e volere, dal momento in cui non hanno ancora acquisito a piene

²¹⁰ Cass., sez. I, 5 marzo 1997, n. 2993; Cass., sez. III, 3 ottobre 1997, n. 8962, la quale aggiunge che l'accertamento della capacità di testimoniare in capo al minore sia da considerare «in relazione all'età, alle condizioni emozionali, che modulano le sue relazioni con il mondo esterno, nonché alla qualità ed alla natura delle dinamiche familiari».

specifiche abilità nelle «aree cognitive, emozionale e comportamentale» e, di conseguenza, non riescano compiutamente a comprendere alcune dinamiche sociali²¹¹. Ne deriva che la mancata coincidenza, a livello normativo, tra i concetti di capacità di intendere e volere e di idoneità a testimoniare, è spesso presente nei fatti. Inoltre, è bene tenere presente che al riconoscimento dell'universalità della capacità testimoniale fanno da "contraltare" le regole di valutazione della prova di cui all'art. 192, c.p.p. In primo luogo, il giudice, nel valutare la prova, deve dar conto nella motivazione dei «risultati acquisiti e dei criteri adottati»²¹² (art. 192, comma 1, c.p.p.), non potendosi, inoltre, desumere l'esistenza di un fatto da meri indizi, a meno che questi non siano «gravi, precisi e concordanti» ex art. 192, comma 2, c.p.p. Tuttavia, nel caso di dichiarazioni rese dalla persona offesa minorenni, non è prevista la necessità di riscontri con altri mezzi di prova che ne confermino l'attendibilità²¹³. La scelta di irrigidire tale criterio di valutazione, circoscrivendolo solo ad una particolare tipologia di prova, è contestabile nel caso in cui il dichiarante sia un minore, ben potendo le sue dichiarazioni fondare una condanna anche in mancanza di riscontri. Una ricostruzione volta ad applicare analogicamente l'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p. anche in questo caso, potrebbe essere utile in chiave garantistica, in quanto permetterebbe di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione circa tali dichiarazioni²¹⁴. Diversamente, infatti, è da considerarsi legittima una condanna fondata unicamente sulle dichiarazioni rese dalla persona offesa minore, preceduta da una rigorosa indagine circa l'attendibilità e la credibilità del dichiarante²¹⁵. Solo in sporadiche occasioni la giurisprudenza ha ammesso la necessità di riscontri esterni alle dichiarazioni delle persone offese minorenni in procedimenti per delitti sessuali, con lo scopo di verificare l'assenza di suggestioni o di rielaborazioni fantastiche, senza però precisare la natura dei riscontri²¹⁶; questi ultimi potrebbe essere costituiti, ad esempio, dalle dichiarazioni *de relato* dei familiari. Sembrerebbe, quindi, auspicabile ed

²¹¹ G. GULOTTA, *Come difendere un minore dal punto di vista psicologico*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 748.

²¹² M. BARGIS, voce *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Giuffrè, 2008, p. 1098.

²¹³ A differenza di quanto previsto dall'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p., per le dichiarazioni rese, rispettivamente, dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso ex art. 12, e per le dichiarazioni rese da persona imputata in un reato collegato a quello per cui si procede ex art. 371, comma 2, lett. b, c.p.p.

²¹⁴ In tal senso, P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei "testi assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. proc. pen.*, 2013, p. 394, il quale legittima un'applicazione estensiva dell'art. 192, c.p.p. anche sulla base di un richiamo alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

²¹⁵ Cass., sez. III, 29 gennaio 2020, n. 12027; Cass., sez. III, 5 aprile 2019, n. 20018; Cass., sez. III, 13 dicembre 2018, n. 4870.

²¹⁶ Cass., sez. III, 16 aprile 2019, n. 36206; Cass., sez. IV, 21 dicembre 2017, n. 1881; Cass., sez. III, 17 settembre 2015, n. 44443.

opportuno che il legislatore introducesse una «regola di giudizio o quantomeno criteri prestabiliti», come l'obbligo espresso di riscontri estrinseci ed obiettivi in caso di dichiarazioni rese dal minore, che fungano da parametro per il giudice nel giudizio di valutazione di queste ultime²¹⁷.

In merito agli accertamenti finalizzati a verificare l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, la formulazione ampia dell'art. 196, comma 2, c.p.p., utilizzata dal legislatore, consente di ricomprendere nei «mezzi consentiti dalla legge» senz'altro la perizia *ex art. 220*, c.p.p., ma anche i documenti, soprattutto sanitari, e gli esperimenti giudiziali. I risultati di tali accertamenti, qualora siano stati disposti prima dell'esame testimoniale, non precludono l'assunzione della testimonianza (art. 196, comma 3, c.p.p.); spetterà poi al giudice, in sede valutativa, tenere in considerazione tali risultati. In definitiva, la valutazione della testimonianza del minore coinvolge necessariamente due aspetti: l'accertamento della sua attitudine a testimoniare, mediante lo svolgimento di un'indagine di tipo psicologico-psichiatrica da parte di un soggetto dotato di specifiche competenze tecniche; e la valutazione dell'attendibilità delle sue dichiarazioni, spettante esclusivamente al giudice.

6.1 *L'indagine psicologica: l'accertamento peritale*

Lo strumento privilegiato volto ad accertare «l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza» è la perizia *ex art. 220*, c.p.p., ammessa per svolgere «indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche [...]». Se la perizia volta ad accertare l'idoneità fisica non ha mai posto particolari problemi, in quanto consistente in controlli medici – per lo più oculistici e audiovisivi – finalizzati a verificare le capacità sensoriali del teste, maggiori criticità sono sorte con riferimento all'accertamento dell'idoneità mentale. In dottrina, infatti, non sono mancate perplessità circa la possibilità di effettuare una perizia psicologica sul minore, in quanto un'indagine di questo tipo è caratterizzata da una «notevole invasività per il soggetto che la subisce» e, dunque, in contrasto con l'esigenza di tutelare della libertà morale – ribadita espressamente dall'art. 188, c.p.p. – essendo in grado di generare un ulteriore trauma, che potrebbe altrimenti essere evitato: secondo tale impostazione, sarebbe esperibile un accertamento sull'idoneità mentale *ex art. 196*, comma 2, c.p.p. solo «qualora sia possibile pronosticare la sussistenza di

²¹⁷ A. MUSCELLA, *Un nuovo idolum theatri: la testimonianza de minore vittima di reati sessuali*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 28. Anche la Carta di Noto, nella sua premessa, richiede la necessità di riscontri per bambini fino a tre anni e mezzo, a causa di amnesia infantile e falsi ricordi.

patologie mentali sulla base di gravi e fondati indizi»²¹⁸. Tuttavia, la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che l'indagine psicologica *ex art. 196, comma 2, c.p.p.* non sia soggetta al divieto di perizia sul carattere, la personalità e, in generale, sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche previsto dall'art. 220, comma 2, c.p.p.²¹⁹. Tale conclusione trova conforto in un dato puramente letterale, nel momento in cui divieto in questione è riferito espressamente all'imputato, non potendo essere esteso anche al caso in cui l'indagine psicologica riguardi la persona offesa minorenni che assuma la veste di testimone. Ad ulteriore conferma che l'ordinamento considera, a determinate condizioni, “non inutilmente traumatizzanti” le perizie psicologiche nei confronti di minori, è la possibilità di svolgere accertamenti sulla personalità del minore imputato espressamente contemplata dall'art. 9 d. P. R. n. 448/1988; in caso contrario, il legislatore avrebbe vietato questo tipo di accertamenti nei confronti dei minori in ogni sede²²⁰. La valutazione circa l'opportunità di svolgere una perizia *ex art. 196, comma 2, c.p.p.* è rimessa alla discrezionalità del giudice – come si desume dall'utilizzo del verbo “potere” in tale disposizione – il quale potrà disporre i relativi accertamenti solo qualora «sia necessario» verificare l'idoneità a testimoniare. Generalmente, con riferimento ai minori in età infantile tale “necessità” è da considerarsi *in re ipsa*, a causa delle loro caratteristiche psico-fisiche, come pure ritiene la Carta di Noto (punto 10) in relazione ai soggetti di età inferiore ai dodici anni²²¹; viceversa, con l'aumentare dell'età, un accertamento peritale potrebbe risultare anche superfluo. In quest'ultimo caso, qualora la perizia *ex art. 196, comma 2, c.p.p.* sia oggetto di una richiesta di parte, l'eventuale rigetto del giudice andrà adeguatamente motivato. Dal riconoscimento del carattere “necessario” della perizia psicologica da parte del giudice non discende, tuttavia, un corrispondente obbligo del testimone di acconsentire a sottoporvisi, in quanto risulterebbe violata la riserva di legge di cui all'art. 13, comma 2, Cost. La previsione di un siffatto obbligo si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il carattere inviolabile della libertà personale – sotto il profilo della libertà morale – poiché lo svolgimento di indagini approfondite attinenti alla sfera interiore della persona potrebbero risultare, potenzialmente, molto invasive. Ferma restando la facoltà di sottrarsi all'accertamento peritale, il teste non può, tuttavia, sottrarsi all'esame testimoniale.

²¹⁸ C. RIZZO, *L'indagine psicologica del teste minorenni*, in *Cass. pen.*, 2013, p.4511 s.

²¹⁹ Cass., sez. III, 20 ottobre 2011, n. 8939.

²²⁰ V. PATANÉ, *Indagine personologica e “inchiesta sociale” sull'imputato minorenni*, in AA.VV., *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2ª ed., Milano, 2015 p. 209, ritiene che tali accertamenti esprimano un'esigenza cognitiva frutto del principio di individualizzazione, che legittima una deroga – nel rito minorile – alla disciplina di cui agli artt. 194, comma 1, e 220, comma 2, c.p.p.

Una volta accertata la necessità di un accertamento peritale *ex art.* 196 comma 2, c.p.p., il giudice è tenuto ad individuare e nominare una figura «fornita di speciale competenza nella materia» (art. 69, comma 1, disp. att. c.p.p.) cui attribuire l'incarico di svolgere la perizia, ossia lo psicologo giuridico. Si tratta di uno psicologo specializzato, iscritto nell'Albo degli psicologi (in particolare, nella sezione A) che ha seguito un percorso formativo specifico in psicologia giuridica, e quindi capace di analizzare l'interazione tra persona e sistema della giustizia secondo i «paradigmi della psicologia cognitiva, sociale, evolutiva, dinamica e della personalità»²²². In particolare, il Consiglio Nazionale dell'Ordine degli Psicologi ha adottato una delibera avente ad oggetto i “Requisiti minimi per l'inserimento degli elenchi degli esperti e degli ausiliari dei giudici presso i tribunali”: è necessaria un'anzianità di iscrizione all'Albo di almeno 3 anni, uno specifico percorso formativo *post lauream* nell'ambito della psicologia giuridica e forense, nonché – se si vuole operare nell'area dell'età minorile – specifiche competenze relative alla psicologia dello sviluppo. È necessario, inoltre, che gli psicologi mantengano un livello adeguato di preparazione professionale, attraverso la partecipazione ad eventi di aggiornamento in psicologia giuridica e forense o materie attinenti. Nonostante non sia prevista alcuna incompatibilità, né a livello normativo né giurisprudenziale, tra la funzioni di perito *ex art.* 196, c.p.p. e quella di esperto che assiste il giudice nella conduzione dell'esame testimoniale *ex art.* 498, comma 4, c.p.p., sarebbe opportuno evitare un cumulo di funzioni, separando i rispettivi compiti. Il rischio potrebbe essere un effetto potenzialmente “manipolatorio” degli esiti probatori, in quanto l'esperto sarebbe indotto – anche inconsciamente – a convalidare con il contenuto della testimonianza le proprie convinzioni pregresse, formatesi nel giudizio circa l'idoneità del minore a testimoniare²²³. Il quesito che il giudice deve porre al perito ha ad oggetto unicamente l'accertamento della capacità del minore a rendere testimonianza *ex art.* 196, c.p.p., con riferimento ad un duplice aspetto: l'attitudine del minore a testimoniare, sotto il profilo intellettuale ed affettivo, e la sua credibilità; esulando qualsiasi valutazione circa la sua attendibilità. Tali aspetti andranno accertati durante lo svolgimento dei colloqui tra il perito e il minore, il quale potrà anche essere sottoposto a test psicologici – che dovranno essere allegati integralmente alla perizia – caratterizzati da comprovata validità e fedeltà scientifica²²⁴.

²²² La descrizione del ruolo e dell'area di pratica professionale dello psicologo giuridico è rinvenibile sul sito: www.psy.it.

²²³ Di tale avviso è C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 299 s.

²²⁴ L'art. 11 della Carta di Noto richiede l'utilizzo di «metodologie *evidence-based* e strumenti che [...] siano riconosciuti come affidabili dalla comunità scientifica di riferimento».

6.1.1 *La valutazione della capacità intellettuale ed affettiva del minore*

Per capacità intellettuale ed affettiva del minore si intende la sua «capacità di recepire le informazioni, raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessa, da considerare in relazione all'età, alle condizioni emozionali, che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e alla natura dei rapporti familiari». Con riferimento a questo tipo di competenze, l'art. 13 della Carta di Noto parla più propriamente di accertamento delle «capacità generiche», che deve avere ad oggetto: la presenza di problemi psichici osservati o riferiti, la comprensione verbale, la memoria autobiografica, l'esame di realtà, la presenza di eventuali problemi psichici in grado di incidere sull'esame di realtà, la suggestionabilità. In primo luogo, è necessario procedere alla valutazione della presenza/assenza di problemi psichici in grado di incidere sulle capacità testimoniali quali, ad esempio, le disabilità intellettive ed i ritardi mentali, in quanto idonei a compromettere le capacità di critica, di giudizio e riflessive. La giurisprudenza ha evidenziato come la presenza di disturbi psichici non è necessariamente «indice di abusi sessuali», poiché è noto come la «risposta allo stress è aspecifica, per cui le stesse reazioni emotive e comportamenti possono derivare sia dall'abuso sessuale sia dal conflitto genitoriale, sia da entrambi i fattori»²²⁵. L'utilizzo nel processo delle conoscenze della neuroscienza potrebbe rivelarsi utile per valutare la presenza di eventuali disfunzioni neurologiche del minore, capaci di riflettersi sul suo apporto dichiarativo²²⁶. Tuttavia, i risultati derivanti dall'utilizzo di tecniche quali, ad esempio, il c.d. *Brain Imaging*²²⁷, non possono essere utilizzati per provare i fatti o per corroborare l'attendibilità delle dichiarazioni del minore, poiché tale tecnica comporta una «forma di controllo indebito delle due reazioni inconsce, che tende a superare la soglia dell'autodeterminazione» e, per tale ragione, incompatibile con l'art. 188, c.p.p. sotto il profilo della libertà di autodeterminazione del soggetto²²⁸.

L'apprezzamento delle competenze linguistiche del minore ricomprende diversi aspetti, tra loro strettamente connessi: la capacità espressiva, poiché in presenza di un deficit di

²²⁵ Cass., sez. III, 8 marzo 2007, n. 121, la quale ha indicato precisi parametri cui attenersi nella valutazione delle dichiarazioni del minore e nella valutazione psicologica del bambino presunta vittima di abusi sessuali.

²²⁶ Cass., sez. III, 4 dicembre 2012, n. 3258, fa tesoro delle conoscenze scientifiche sulla mente del bambino ottenute tramite la risonanza magnetica funzionale.

²²⁷ Si tratta di una tecnica neuroscientifica «diretta alla rilevazione dei correlati neuronali rispetto alle dichiarazioni fornite dal soggetto», grazie alla quale si sono potuti studiare i tempi di sviluppo delle diverse aree cerebrali: dagli studi è emerso come la loro formazione sia incompleta durante l'infanzia e l'adolescenza, fino all'età adulta. Sul contributo delle neuroscienze cognitive nel processo penale v. L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 74 s.

²²⁸ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 79, rileva l'inutilizzabilità dei risultati anche in presenza del consenso del soggetto.

espressione difficilmente si avranno racconti accurati; la capacità di comprensione, per cui qualora i termini utilizzati da chi procede all'audizione non siano comprensibili, il minore tenderà a fornire risposte casuali; eventuali influenze suggestive esterne, la cui presenza è sintomatica nel caso in cui il minore utilizzi termini che non gli sono propri. Gli aspetti della memoria che devono essere indagati attengono sia alla memoria di fissazione, attraverso il quale il soggetto richiama esperienze recenti cui ha consapevolmente accesso e che riesce ad esprimere verbalmente, sia alla memoria di rievocazione, la quale consente di riferire di esperienze svoltesi in tempi meno recenti. L'esame di realtà consiste nel verificare se il minore tenda alla confabulazione o a confondere realtà e fantasia e se ciò sia dovuto, anche magari solo in parte, alla presenza di problemi psichici. Di grande rilievo è la valutazione circa la suggestionabilità del minore, ossia la sua attitudine a cedere alle domande suggestive evitando il più possibile confronto con soggetti che sono percepiti come "autorità" (c.d. compiacenza), o la sua tendenza a rispondere in modo tale da assecondare la "direzione" delle domande²²⁹.

6.1.2 *La valutazione della credibilità del minore*

La valutazione della credibilità del minore è diretta ad «esaminare il modo in cui la vittima ha rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna», non potendo essere svolta in astratto ma plasmata sulle specificità del caso concreto. Le capacità "specifiche" attengono al particolare evento da rievocare e narrare, e riguardano l'abilità del minore di organizzare e riferire il ricordo in relazione alla complessità esperienziale di quello che si suppone essere avvenuto e l'eventuale presenza di influenze suggestive, sia interne che esterne, che possano aver interferito con il racconto stesso. Ci si riferisce in particolare all'abilità di organizzare e riportare un racconto in relazione alla complessità narrativa e semantica dell'evento, tenendo in considerazione fattori quali la distanza temporale tra gli eventi e il momento in cui il soggetto è chiamato a rievocarli, l'impegno cognitivo richiesto al minore per la loro rievocazione, la capacità di attribuire significati ai comportamenti ed alle azioni altrui. Nondimeno, è da tenere in considerazione il numero di volte in cui il minore è chiamato alla rievocazione dei fatti poiché la presenza di eventuali fattori distorsivi del ricordo potrebbe indurre il minore a modificare inconsapevolmente il racconto aggiungendo, di volta in volta, nuove

²²⁹ B. BRUNEO, *La valutazione delle competenze generiche e specifiche del minore testimone*, in www.aipgitalia.org.

informazioni, contribuendo così alla formazione di “falsi ricordi”²³⁰. Inoltre, le caratteristiche dell’evento, in termini di maggiore/minore impatto traumatico, potrebbero incidere sul funzionamento dei processi di memoria. Circa la presenza di eventuali influenze suggestive, quali inevitabili fattori di rischio sul processo di rievocazione dei fatti, il perito ha il solo compito di descriverle e indicarle al fine di valutare la credibilità c.d. “clinica” del suo racconto, non potendo esprimere un giudizio circa il “peso” che queste hanno avuto sul minore, in quanto il giudizio circa l’impatto di tali suggestioni in termini di attendibilità è riservato esclusivamente al giudice²³¹. A tal fine, non si può prescindere da un’analisi dei contesti e delle dinamiche che hanno condotto il minore a riferire la propria esperienza ai familiari per escludere, ad esempio, che una presunta accusa di abusi sessuali rivolta ad uno dei genitori sia frutto di conflitti genitoriali. Nella valutazione della credibilità nel minore è, infatti, utile comprendere se egli sia dotato di “senso morale”, ossia se sia in grado di distinguere il giusto dallo sbagliato e, di conseguenza, se sia consapevole dell’importanza di dire la verità o se tenda ad “ingannare” il suo interlocutore attraverso la narrazione di fatti non rispondenti al vero. Al termine dell’espletamento di tutte le operazioni peritali – le quali dovrebbero essere soggette a registrazione audiovisiva, da allegare alla perizia, e svolte, preferibilmente, alla presenza personale dei consulenti di parte²³² – nella parte conclusiva del suo elaborato il perito illustrerà in maniera precisa e puntuale l’esito della sua valutazione circa l’idoneità del minore a rendere testimonianza *ex art.* 196 c.p.p.

7. L’esame dibattimentale “attutito”: la presenza solo eventuale dell’esperto in psichiatria infantile

Relativamente alle dichiarazioni dibattimentali del minore di età, il codice di rito delinea due “modelli” differenti: uno pressoché comune per l’escussione di qualsiasi teste minorenni, presidiato da specifiche tutele che lo differenziano dall’ordinario esame dibattimentale (art. 498, comma 4, c.p.p.), l’altro, rivolto specificamente ai minori che assumano la veste di vittime del reato e/o persone offese in condizione di particolare

²³⁰ Cass., sez. III, 8 marzo 2007, n. 121, ritiene che «le primissime dichiarazioni spontanee sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non inquinate da interventi esterni che possono alterare la memoria dell’evento. L’indagine sulla genesi della testimonianza è sempre opportuna per escludere la presenza di falsi ricordi».

²³¹ D. CARPONI SCHITTAR, R. ROSSI, *Perizia e consulenza in caso di abuso sessuali sui minori. Quesiti e soluzioni psicologico-forensi*, Giuffrè, 2012, p. 154.

²³² In tal senso, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 236, secondo il quale «nemmeno la videoregistrazione, seppur indispensabile, può supplire del tutto ad una percezione “dal vivo” del dichiarante», data l’importanza dei comportamenti del linguaggio non verbale che talvolta possono risultare quasi impercettibili. Diversamente, la giurisprudenza: Cass., sez. III, 4 ottobre 2007, n. 42984.

vulnerabilità (art. 498, comma 4-ter e 4-quater, c.p.p.)²³³; nonostante non sia infrequente che le due condizioni di cumulo. L'art. 498, comma 4, c.p.p. stabilisce che l'esame testimoniale minorenne è «condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti», derogando alle modalità ordinarie di escussione dibattimentale dei testimoni che, diversamente, prevedono l'esame incrociato. Tale modalità di assunzione della testimonianza realizza un contraddittorio "attutito", assegnando all'organo giudicante – in quanto soggetto *super partes* e dotato di autorevolezza – il compito di mitigare l'aggressività che connota l'esame incrociato, sulla base delle indicazioni fornite dalle parti; ciononostante, nella pratica giudiziaria, è prevedibile il rischio di atteggiamenti "prevaricatori" del presidente²³⁴. Il "filtro" del giudice è prodromico alla corretta formazione della prova dichiarativa, garantendo sia la serenità del dichiarante minorenne che la genuinità della prova. Tuttavia, il presidente, sentite le parti, se ritiene che l'esame diretto del testimone non possa nuocere alla sua serenità, dispone con ordinanza – eventualmente revocabile nel corso dell'esame – che la «deposizione prosegua nelle forme ordinarie». Dall'inciso «se ritiene» si evince il riconoscimento in capo al giudice di un potere discrezionale in merito alla valutazione sul corretto bilanciamento tra la tutela della serenità del dichiarante e il diritto delle parti di condurre personalmente l'esame, avvalorato dalla possibilità di ritornare "sui suoi passi" attraverso la revoca dell'ordinanza con cui aveva disposto le modalità ordinarie di conduzione dell'esame²³⁵. Fermo restando il divieto di rivolgere al testimone domande che «possano nuocere alla sincerità delle risposte» ex art. 499, comma 2, c.p.p., è dubbio, in giurisprudenza, se anche il presidente – qualora conduca direttamente l'esame – sia soggetto al divieto di formulare «domande che tendono a suggerire le risposte» di cui all'art. 499, comma 3, c.p.p. Sulla base di un'interpretazione meramente letterale, l'estensione di tale divieto risulterebbe preclusa in questo caso, posto che la norma fa espresso riferimento all'esame condotto dalla «parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune»; piuttosto, il fatto di aver formulato al teste domande suggestive potrà essere un elemento da tenere in considerazione nel giudizio circa l'attendibilità della

²³³ L. CAMALDO, *Uno statuto speciale per il testimone minorenne. Riflessioni in occasione di un recente convegno*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1438, considera la testimonianza del minore quale *species* del più ampio *genus* della testimonianza.

²³⁴ Di tale avviso è F. CALLARI, *L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1851, considerato che è difficile immaginare che il presidente si limiti a fare da mero "portavoce" delle richieste delle parti.

²³⁵ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 271 s., ritiene che la *ratio* di tale previsione sia polarizzata essenzialmente nella tutela della serenità del minore, di cui la conservazione della genuinità del contributo dichiarativo è una componente.

prova²³⁶. Tuttavia, in dottrina non mancano posizioni che sostengono che il divieto di porre domande suggestive *ex art. 499, comma 3, c.p.p.* trovi applicazione anche nel caso di conduzione dell'esame da parte del presidente, trattandosi di un esame diretto privo di controesame. Inoltre, la preclusione a porre domande suggestive al minore discenderebbe dal più generale divieto di rivolgere al teste domande idonee a compromettere la genuinità delle risposte operante per chiunque conduca l'esame²³⁷. Addirittura, il divieto probatorio in questione potrebbe trovare anche un ancoraggio nell'art. 2 Cost., in quanto la formulazione di domande suggestive determinerebbe «non solo la vanificazione della genuinità del segmento dichiarativo, ma ferirebbe l'inviolabilità della persona minorennе», riconosciuta e garantita dalla Costituzione²³⁸.

Dopo aver affermato che l'esame testimoniale del minorennе debba essere condotto dal presidente, l'art. 498, comma 4, c.p.p. prosegue stabilendo che egli «può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile». L'espressione «può» utilizzata dal legislatore sembra non lasciare dubbi circa la presenza meramente facoltativa di tali soggetti – diversamente da quanto previsto nella raccolta di informazione nel corso delle indagini *ex artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, c.p.p.*, - attribuendo al presidente un potere discrezionale di valutare, di volta in volta, se sia opportuna la presenza di tali soggetti. Si tratta di due figure che la norma considera alternative l'una all'altra, dato l'utilizzo della congiunzione «o», in ragione della diversa funzione che, in concreto, sono deputate a svolgere. Tuttavia, una lettura restrittiva del dato letterale che reputi alternativa la presenza del familiare e quella dell'esperto rischierebbe di porsi in contrasto con la duplice *ratio* della norma, ossia la tutela della serenità del dichiarante minorennе e la genuinità della prova. Sarebbe, quindi, più opportuno ritenere che il

²³⁶ Cass., sez. III, 28 settembre 2010, n. 35044, ritiene che tale divieto non operi per il giudice, il quale «può rivolgere al teste qualsiasi domanda, con esclusione di quelle nocive, ritenuta utile per l'accertamento della verità». Analogamente, Cass. sez. III, 4 marzo 2010, n. 16854; Cass. sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9157.

²³⁷ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 275; A. ZAMPAGLIONE, *Il divieto di rivolgere domande suggestive al teste minorennе ed il suo ambito di operatività*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1237, sostiene tale impostazione riferendosi all'art. 499, comma 6, c.p.p.; O. MURRO, *Le modalità di assunzione della testimonianza del minore: insidie e difficoltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 584. In giurisprudenza, v. Cass., sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331; Cass., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712.

²³⁸ In questo senso, D. PAPAIS, *Inosservanza delle cautele sottese all'esame incrociato del minore vittima di abuso sessuale*, in *Dir. giust. min.*, 2015, p. 180, che ritiene che la «non solo domanda suggestiva ferirebbe l'inviolabilità della persona minorennе determinando un segmento probatorio inutilizzabile riconducibile alla prova incostituzionale, [...] ma potrebbe generare, altresì, una contaminazione del fatto narrato che determinerebbe un ineludibile giudizio di inattendibilità».

presidente possa decidere di avvalersi dell'una o dell'altra figura ma, ove necessario, anche di entrambe²³⁹; ferma restando la possibilità di non avvalersi di nessuna delle due.

La presenza di familiari è funzionale ad assicurare al minore un'assistenza affettiva, sulla falsariga dell'art. 609-*decies*, c.p., volta ad attenuare dal punto di vista psicologico l'esperienza negativa che il processo potrebbe rappresentare per lui. D'altronde, l'art. 35§1, lett. *f*, della Convenzione di Lanzarote prevede che il minore possa essere accompagnato dal suo rappresentante legale o, ove necessario, da «un adulto di sua scelta», salvo il potere del giudice di escluderlo motivatamente. Benché manchi qualsiasi riferimento alla necessità di un legame familiare con quest'ultimo soggetto, di regola deve ritenersi esistente, in considerazione della *ratio* protettiva della norma. Si nutrono, tuttavia, dei dubbi circa l'effettiva opportunità della presenza di un familiare, in quanto potenzialmente suggestiva per il minore: nel corso dell'esame dibattimentale egli potrebbe essere portato a confermare la prima versione dei fatti già resa al familiare e, magari, non corrispondente al vero; il che avrebbe ineludibili conseguenze sulla genuinità della prova²⁴⁰.

Diversamente, la presenza dell'esperto in psicologia infantile – seppur solo eventuale – si traduce in un ausilio di tipo tecnico volto ad indicare al presidente le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande, fungendo in tal modo da “intermediario” nella comunicazione tra le parti del processo e il minore chiamato a deporre²⁴¹. Si discute se l'esperto in psicologia infantile possa fornire il suo «ausilio» solamente assistendo il presidente nella conduzione dell'esame “attutito” oppure se possa sostituirsi a lui, conducendo direttamente l'esame. L'art. 498, comma 4, c.p.p. non prevede alcun divieto espresso in questo senso, limitandosi ad affidare al giudice la possibilità di «avvalersi dell'ausilio» in un esperto, attribuendogli implicitamente il compito di individuare il significato più consono di tale espressione nel caso concreto. Parte della giurisprudenza sembra ammettere la conduzione dell'esame testimoniale del minore da parte dello psicologo, sotto il perdurante controllo del presidente durante l'esame *ex art.* 499, comma 6, c.p.p.²⁴². Un'interpretazione di questo tipo sembrerebbe preferibile ogniqualvolta il giudice si senta particolarmente incerto sulle sue capacità comunicative con il teste minore a

²³⁹ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 173; C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 282.

²⁴⁰ Contrari alla presenza di un familiare, specie se è colui che ha sporto denuncia, G. CAMERINI, M. PINGITORE, G. LOPEZ, *L'audizione protetta della vittima vulnerabile nei casi di violenza sessuale*, in www.ilpenalista.it, 4 maggio 2016.

²⁴¹ Cass., sez. III, 15 febbraio 2008, n. 1130; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2001, n. 11972, attribuisce allo psicologo una funzione simile a quella dell'interprete.

²⁴² Ammettono tale pratica: Cass., sez. III, 27 aprile 2012, n. 20886; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2001, n. 11972.

causa della sua tenera età o delle sue condizioni psicologiche o sociali particolari, per evitare il rischio di condurre un esame che possa nuocere all'equilibrio psicofisico del minore e, per lo più, ottenendo un risultato probatorio non genuino²⁴³. Essa, inoltre, appare supportata sia dall'art. 35§1, lett. c, della Convenzione di Lanzarote ove prescrive che le audizioni del minore siano «condotte da professionisti formati a tal fine», sia dall'art. 23§2, lett. a, della direttiva 2012/29/UE che, con riferimento alle vittime con esigenze specifiche di protezione, richiede che le audizioni siano effettuate «da o tramite operatori formati a tale scopo». Tuttavia, sarebbe auspicabile presidiare il potere dell'esperto di condurre l'esame da incompatibilità e divieti, anche ove non previsti espressamente dalla legge. Anzitutto, occorre tenere separate la figura dell'esperto che entra in contatto con il minore in sede extraprocessuale – come, ad esempio, lo psicologo incaricato *ex art. 609-decies*, c.p. – e quella dell'esperto in psicologia infantile ammesso a svolgere direttamente l'esame testimoniale *ex art. 498*, comma 4, c.p.p.; come, peraltro, raccomanda la stessa Carta di Noto. È evidente la diversità di posizioni che i ruoli implicano: il primo, è un soggetto “parziale”, nel senso che si sta sempre dalla parte del minore per gestire sue difficoltà psicologiche; il secondo, è una figura “neutra e imparziale”, il cui compito è una corretta gestione della fonte di prova e del suo apporto dichiarativo²⁴⁴. Inoltre, occorre evitare contatti preventivi tra l'esperto e il testimone minorenni – nonostante nella prassi ciò accada spesso – senza che vi sia alcun tipo di “preparazione” di quest'ultimo all'esame dibattimentale. Contrariamente, si consentirebbe al minore di familiarizzare con l'esperto, il quale potrebbe condurlo in anticipo nel luogo in cui si svolgerà l'esame e fornirgli indicazioni in merito; circostanza che porterebbe con sé con il potenziale rischio di manipolare le sue dichiarazioni.

8. *L'audizione “protetta”*: l'art. 498, comma 4-bis e 4-ter c.p.p.

Con l'introduzione nell'art. 498, c.p.p. dei commi 4-*bis* e 4-*ter*, ad opera della l. 269/1998, il legislatore ha delineato un puntuale sistema di protezione suscettibile di operare nel corso dell'esame testimoniale del minorenni, che si configura, per l'appunto, “protetto”. L'operatività di tale sistema di protezione è stata ulteriormente estesa da un punto di vista soggettivo – dapprima con la l. 172/2012 e, successivamente, con il d.lgs 212/2015 – anche

²⁴³ In tal senso, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 174.

²⁴⁴ C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 300, ritiene necessario evitare commistioni tra «il ruolo di cura e gli scopi del processo penale, anche sul versante degli esperti». Analoga esigenza si manifesta nel caso dell'esperto nominato per svolgere gli accertamenti di cui all'art. 196, comma 2, c.p.p. e l'esperto *ex art. 498*, comma 4, c.p.p.

all'esame della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità *ex art. 90-
quater*, c.p.p. Le modalità di svolgimento dell'esame "protetto", seppur in deroga a quelle
ordinarie, sono comunque tali da garantire il principio del contraddittorio nella formazione
della prova, nonostante in questa sede risulti più "informale" e meno "aggressivo".

Anzitutto, l'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. prevede che possano applicarsi «se una parte lo
richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario», le modalità di cui all'art. 398, comma
5-*bis*, c.p.p., ossia le modalità particolari di effettuazione dell'incidente probatorio in
presenza di procedimenti aventi ad oggetto determinate categorie di reati²⁴⁵. Confrontando
le due disposizioni, si nota subito come sussista una differenza nelle modalità di accesso alle
tutele *ivi* previste: la prima, subordina lo svolgimento dell'esame "protetto" ad una richiesta
proveniente dalla parte o dal giudice, sulla base di una valutazione di necessità; mentre, la
seconda, si basa su un giudizio di mera opportunità del giudice circa il ricorso a tali modalità.
Sembrirebbe, quindi, che in presenza di una richiesta di parte *ex art. 498*, comma 4-*bis*,
c.p.p. il giudice sia vincolato ad adottare le misure protettive²⁴⁶, dato l'utilizzo della formula
«si applicano». Inoltre, anche l'ambito di operatività delle due disposizioni non coincide:
l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. trova applicazione unicamente con riferimento a procedimenti
riguardanti i reati tassativamente indicati, mentre l'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. non contiene
alcuna elencazione di questo tipo. Sulla base sia della *ratio* che della lettera di quest'ultima
disposizione, deve ritenersi che il rinvio alle «modalità» di cui all'art. 398, comma 5-*bis*,
c.p.p. si riferisca unicamente alle forme di assunzione della prova e che, quindi, i limiti
oggettivi di applicazione dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. non operino nel caso dell'esame
testimoniale del minore in dibattimento, il quale potrà svolgersi con le modalità "protette"
indipendentemente dal tipo di reato per cui si procede²⁴⁷.

L'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. prevede, quale ulteriore strumento di protezione per l'esame
del minore che sia vittima di reato, che questo sia effettuato mediante l'uso di «un vetro
specchio unitamente ad un impianto citofonico», qualora la vittima o il suo difensore lo
richiedano. Tuttavia, l'applicazione di questa particolare cautela presuppone che si proceda
per uno dei reati espressamente elencati nella prima parte della disposizione, limitando così

²⁴⁵ Circa il luogo, il tempo e le modalità particolari dell'esame "protetto" valgono le medesime considerazioni
svolte in merito all'incidente probatorio, cui si rinvia: v. *supra*, §5.2 s.

²⁴⁶ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 307, ritiene che «la differenza con il canone di opportunità di
cui alla disciplina dell'incidente probatorio resta poco plausibile».

²⁴⁷ Corte cost., 9 maggio 2001, n. 114. Tale conclusione è avvalorata dalla circostanza per cui, qualora il
legislatore abbia voluto limitare l'operatività di talune modalità di svolgimento dell'esame, lo ha fatto
espressamente, come nell'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p.

il suo ambito di operatività non solo da un punto di vista soggettivo, ma anche oggettivo²⁴⁸. Ci si potrebbe chiedere, dunque, se le modalità di svolgimento dell'esame "schermato" possano applicarsi anche alle condizioni di cui all'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p., ossia in presenza di un testimone minore che non sia al contempo persona offesa, previa richiesta di parte o iniziativa d'ufficio del giudice. L'utilizzo del vetro specchio rappresenta una forma di tutela ulteriore a disposizione del giudice al fine di condurre un esame efficace e meno dannoso possibile per il minore e, di conseguenza, attivabile anche *ex art.* 498, comma 4-*bis*, c.p.p., dovendo considerare i limiti espressi dal comma 4-*ter* riferibili solo all'ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere l'adozione di tale misura²⁴⁹. Tale interpretazione è sostenibile, a *fortiori*, a seguito della modifica dell'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p. ad opera del d.lgs 212/2015, il quale consente di adottare le modalità protette anche quando si proceda all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità, se la stessa o il suo difensore lo richiedono. L'esame "schermato" consente al minore di essere esaminato senza che egli possa vedere l'imputato e le altre parti le quali, viceversa, trovandosi al di là del vetro specchio, possono assistere alla conduzione dell'esame testimoniale del minore. Queste ultime non hanno la possibilità di porre quesiti direttamente al teste, bensì potranno rivolgere quesiti, temi di prova e contestazioni in via "mediata" al giudice, risultando in questo modo garantito il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Qualora, invece, l'esame sia condotto direttamente dallo psicologo²⁵⁰, il giudice è tenuto a vigilare – costantemente e sempre al di là del vetro specchio – che le domande indirizzate al dichiarante siano pertinenti con il *thema probandum*. In questo caso, le parti potranno rivolgere quesiti al minore in via doppiamente mediata, rivolgendosi in prima battuta al giudice il quale, se li ritiene ammissibili, a sua volta li comunica allo psicologo attraverso il citofono. Non manca chi ritiene che l'utilizzo continuo dell'impianto citofonico possa produrre un «effetto di scollamento di chi intervista

²⁴⁸ È la prima volta che il legislatore utilizza nel codice del sostantivo "vittima" in luogo di "persona offesa", in linea con la terminologia più frequentemente utilizzata nelle fonti sopranazionali. I reati espressamente elencati sono gli artt. 575, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, 612-*bis*, c.p.

²⁴⁹ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 315; C. RIZZO, *Le modalità di audizione protetta del minore*, cit., p. 3816, ritiene che nel momento in cui l'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. richiama le modalità di cui all'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., la disposizione introdotta con l'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. «non sembra apportare alcuna utilità, poiché l'uso in dibattimento dei particolari strumenti *ivi* indicati si sarebbe potuto effettuare pure in mancanza di tale previsione».

²⁵⁰ M. PARISI, *Il giudice e il ruolo del perito nei reati di violenza sessuale in danno di minori*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4178, evidenzia come nella prassi del tribunale di Bari, l'esame condotto dallo psicologo che si trova da solo con il minore costituisce la prassi. Inoltre, la stessa giurisprudenza di Strasburgo ritiene che la sola presenza dell'esperto non sia da considerare lesiva dei diritti dell'accusato: v. Corte eur., 20 gennaio 2005, *Accardi e al. c. Italia*.

dal contesto relazionale che caratterizza l'audizione», con ineludibili ricadute sia sull'equilibrio psichico del minore che sulla genuinità del suo contributo dichiarativo²⁵¹. Inoltre, l'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p., così come modificato dal d.lgs 212/2015, prevede che nel caso in cui si debba procedere all'esame di una «persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità» a prescindere, quindi, che questa sia o meno minorenne, il giudice – su richiesta della persona offesa o del suo difensore – dispone l'adozione di modalità protette.

In definitiva, per minimizzare il rischio di vittimizzazione secondaria e di danni irreversibili ai ricordi del minore, oltre all'ampio “armamento” a disposizione del giudice delineato dall'art. 498, comma 4-*bis* e 4-*ter*, c.p.p. è fondamentale che l'esame sia condotto da personale dotato di una rigorosa preparazione specialistica in grado di utilizzare in modo proficuo le tecniche di intervista formulate dalle scienze psicologiche, vale a dire i modelli dell'intervista graduale, cognitiva e strutturata.

8.1 *Le fasi principali dell'intervista*

Parallelamente all'interesse manifestatosi dal legislatore sia sopranazionale che nazionale nei confronti della figura del minore testimone, la comunità scientifica, di pari passo, ha elaborato strumenti, metodologie – come i protocolli di intervista – e buone prassi operative al fine di migliorare la qualità della raccolta delle sue dichiarazioni. In particolare, il punto principale di riferimento è il *Memorandum of Good Practice*²⁵², elaborato nel 1992 da una commissione interdisciplinare di esperti su impulso del Ministero dell'Interno inglese, il quale delinea una guida operativa sulle modalità di intervista nel caso dei minori d'età. Attualmente, l'intervista costituisce una delle metodologie di indagine più utilizzate nell'ambito forense per la rilevazione della testimonianza dei soggetti minori di età. L'esperto procede alla ricostruzione della verità giudiziale attraverso un approccio falsificazionista, accertando la «compatibilità tra le dichiarazioni in merito ai fatti e le ipotesi alternative», al fine di raccogliere eventuali elementi che possano inficiare l'attendibilità della deposizione²⁵³, assicurando al minore la protezione emotiva e psicologica necessaria.

²⁵¹ S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, cit., p. 1638, non considera raccomandabile la predisposizione di una griglia preconstituita di domande raccolta all'inizio dell'audizione in accordo delle parti.

²⁵² Si tratta del *Memorandum of Good Practice on Video-Recorded Interviews with Child Witnesses in Criminal Proceedings*, il cui testo integrale è disponibile in www.cps.gov.uk.

²⁵³ L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa. Metodi e tecniche di conduzione*, Il Mulino, 2011, p. 170.

La difficoltà principale è data dal fatto che il minore riferisce i fatti secondo la propria ricostruzione, la quale è influenzata dal suo modo di porsi e di essere nei confronti degli impulsi e delle sensazioni che provengono dal mondo esterno. Ne deriva che non è possibile che, in relazione al medesimo fatto, ci siano testimonianze perfettamente identiche, poiché significherebbe che ci sia stato un preventivo accordo sul contenuto delle stesse. Inoltre, il testimone può inconsciamente dichiarare il falso, in quanto già nell'immediatezza del fatto – e a maggior ragione con il passare del tempo – possono intervenire dei fattori distorsivi della memoria²⁵⁴.

Le fasi principali che costituiscono il nucleo essenziale di ogni tecnica di intervista possono essere individuate come segue: introduzione all'intervista; costruzione del rapporto; valutazione della capacità di riferire un ricordo neutro; introduzione dell'evento oggetto di indagine; investigazione sugli eventi oggetto di indagine; e conclusione dell'intervista²⁵⁵. Anzitutto, prima dell'inizio dell'intervista è necessario utilizzare tutti gli strumenti considerati idonei al fine di creare un *setting* adeguato all'ascolto del minore. Nell'introduzione all'intervista, l'esperto dovrà spiegargli con chi sta parlando, dove si trova, le modalità con cui verrà condotta l'intervista, l'importanza di dire la verità e il ruolo che il suo ricordo assume. Dopo tali "avvertimenti" sarà lasciato libero spazio alle domande del minore qualora egli necessiti di ulteriori chiarimenti, in modo tale da essere sicuri che egli sia consapevole appieno delle ragioni dello svolgimento dell'intervista. Successivamente, è fondamentale costruire un rapporto con il minore, il che può avvenire lasciandogli la possibilità di iniziare una conversazione da argomenti "neutri", quali la sua vita familiare, la scuola, i suoi amici e le sue passioni. Questa fase è importante sotto un duplice aspetto: si dà la possibilità al minore di sentirsi a proprio agio ed entrare in contatto con il suo interlocutore, considerandola una persona "amica"; e, al contempo, all'esperto è permesso di comprendere preliminarmente le capacità comunicative e di comprensione del minore. Al fine di valutare la capacità del minore di ricordare e riferire un ricordo neutro, è possibile che gli sia chiesto di raccontare un evento per lui particolarmente significativo – come, ad esempio la nascita di una sorella – che si collochi temporalmente vicino a quello di indagine. Passando più specificamente all'introduzione dell'evento oggetto di indagine,

²⁵⁴ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 60. Sui fenomeni di distorsione della memoria, v. *infra*, Cap. 3§3.

²⁵⁵ G. B. CAMERINI, V. CUZZOCREA, P. ROMA, *La raccolta della testimonianza della vittima minorenne. Metodi e tecniche di intervista*, in G. B. CAMERINI, R. DI CORI, U. SABATELLO, G. SERGIO (a cura di), *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Giuffrè, 2018, p. 629 s.

si chiede genericamente al minore se egli sia a conoscenza delle ragioni dell'incontro con l'esperto, anche sulla base di ciò che gli hanno riferito i suoi familiari o su un suo personale pensiero. Se tale domanda non conduce ad alcuna narrazione che si orienti verso l'evento oggetto di indagine, si formuleranno domande più specifiche, ossia se sia stato vittima di eventuali abusi oppure se conosca l'imputato. Una volta acquisite tali informazioni, si passa alla fase più delicata dell'intervista incentrata sugli eventi oggetto di indagine, in cui deve essere posta particolare attenzione alla formulazione delle domande per evitare qualsiasi fenomeno di "inquinamento dichiarativo". Inizialmente, il minore è lasciato libero di fornire la sua versione dei fatti, senza che l'esperto lo interrompa o lo solleciti ad approfondire determinati aspetti piuttosto che altri. Terminato il racconto, è proficuo chiedere al minore di raccontare nuovamente l'intero episodio, in quanto accade spesso che nella seconda narrazione introduca dettagli ulteriori che aveva invece ommesso nella precedente. A questo punto, l'esperto rivolge al minore delle domande specifiche di approfondimento su alcuni temi che ha affrontato, rimarcando la necessità di riferire ogni particolare contestuale che ricorda. Altre domande specifiche riguarderanno, invece, le eventuali informazioni in "contrasto" con il precedente racconto del minore o con altre fonti probatorie. È essenziale, in entrambi i casi, formulare le domande in "forma aperta", tali da lasciare il minore libero di esprimersi senza che possa sentirsi in alcun modo vincolato dalla domanda. L'intervista si conclude, dapprima, con un riepilogo da parte dell'esperto dei fatti appresi dal minore, utilizzando il più possibile il medesimo linguaggio che questi ha utilizzato nella sua narrazione, ed una successiva spiegazione circa l'utilizzo che verrà fatto delle sue dichiarazioni, lasciando sempre spazio ad eventuali domande del minore.

Lo svolgimento dell'intervista per "fasi" persegue un duplice scopo: in *primis*, incoraggiare la comunicazione del minore con un soggetto con il quale ha instaurato un rapporto di fiducia, il che lo induce a fornire maggiori informazioni circa l'accaduto; ed inoltre, non inquinare il ricordo del minore attraverso la formulazione di domande suggestive. Consentire al minore, in un primo momento, di narrare i fatti in modo libero e spontaneo permette di evitare che si ingeneri in lui una pressione diretta a conformarsi con le domande specifiche che gli vengono poste dall'esperto²⁵⁶.

²⁵⁶ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 98.; L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, cit., p. 171, evidenziano come i minori siano da considerare «interlocutori collusivi», in quanto tendono a confermare ciò che sentono dichiarare dall'adulto per evitare di richiedere di riformulare una domanda che non hanno compreso a pieno.

8.2 *Le tecniche di intervista*

Stabilito il contenuto minimo necessario di ogni intervista con il minore, spetterà all'esperto condurla secondo la tecnica che ritiene più consona in relazione all'età e alle condizioni emotive del minore, purché sia riconosciuta come valida dall'intera comunità scientifica. I modelli più diffusi, specie di origine anglosassone, si articolano in fasi più o meno dettagliate a seconda della specifica finalità e del contesto per il quale sono state redatte. Rapportarsi alle vittime con metodi validi, attendibili e non invasivi sul piano psicologico è un presupposto fondamentale per preservare l'integrità dell'apporto dichiarativo del minore e ridurne al minimo le contaminazioni, nel momento in cui questo costituirà materiale probatorio – e, talvolta, anche l'unico – utile al giudice ai fini dell'accertamento della responsabilità penale. Un'intervista che non segua i criteri riconosciuti come validi ed accettabili dalla comunità scientifica potrebbe configurarsi come “suggestiva”, capace di indurre il minore – attraverso la formulazione di domande tendenziose o coercitive – a fornire una versione dei fatti distorta e non corrispondente alla realtà. La stessa Carta di Noto sottolinea la necessità di evitare che le «lascino trapelare aspettative dell'interrogante o che diano per scontati fatti che sono oggetto di indagine»²⁵⁷. Le interviste devono essere integralmente audio-videoregistrate al fine di consentire di cogliere anche tutti gli aspetti del comportamento “non verbale” del minore, quali la postura, i gesti, i movimenti, le espressioni del viso, il contatto oculare, la distanza interpersonale. Si tratta di elementi da non sottovalutare in quanto, combinati con la comunicazione “verbale”, permettono di rinforzare, specificare, sostituire o contraddire quanto espresso con quest'ultima²⁵⁸.

8.2.1 *L'intervista graduale*

L'intervista graduale, anche conosciuta come *step-wise interview*, è stata elaborata per raccogliere le dichiarazioni dei minori di età inferiore agli otto anni possibili vittime di abusi sessuali, con l'obiettivo di ottenere la maggior quantità possibile di informazioni e, contestualmente, ridurre al minimo l'inquinamento dei ricordi ed eventuali traumi che

²⁵⁷ Cfr. punto 8 della Carta di Noto.

²⁵⁸ P. MICHIELIN, G. SERGIO, *Comunicare con il minore*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 422 s., notano che «in caso di incongruenza comunicativa, generalmente le persone tengano in maggior considerazione il messaggio non verbale e come l'elemento prevalente diventi l'espressione del volto».

l'intervista stessa può comportare²⁵⁹. È auspicabile che tale intervista si svolga in un solo incontro, in un tempo variabile da mezz'ora ad un'ora, ma nel caso in cui coinvolga minori restii a comunicare o di età inferiore ai cinque anni, è possibile prevedere più incontri. Lo svolgimento dell'intervista graduale si articola in numerose fasi, le quali devono essere scrupolosamente attuate in successione. La prima fase è volta a costruire un rapporto di fiducia tra il l'intervistatore e il minore, tale da farlo sentire rilassato – e quindi più predisposto psicologicamente a dare informazioni – e a proprio agio nell'ambiente in cui si svolge l'intervista. Dopo aver instaurato un dialogo su temi argomenti neutri, il protocollo di intervista prevede che sia chiesto al minore di raccontare in modo specifico due eventi autobiografici ma in alcun modo collegati al trauma dell'abuso, per verificare la quantità e la qualità dei particolari che è in grado di riportare e, di conseguenza, impostare la forma dell'intervista vera e propria. In secondo luogo, l'esperto deve spiegare al minore l'importanza di dire la verità e che, durante l'intero colloquio, egli dovrà riferire su fatti realmente accaduti. Dopo tale fase "preparatoria" è necessario stimolare gradualmente il minore a raccontare l'esperienza traumatica attraverso la formulazione di domande aperte o, nel caso di bambini molto piccoli, mediante la richiesta di disegni, che lo inducano ad un racconto libero dei fatti. Per ottenere una versione dei fatti più completa, l'esperto può rivolgere al minore domande specifiche utilizzando termini a lui comprensibili, senza, tuttavia, introdurre alcun elemento che non sia già stato da lui introdotto nel suo racconto. Infine, se il minore non manifesta dubbi o domande da rivolgere all'esperto, quest'ultimo – dopo averlo ringraziato per il suo contributo – gli illustra quali saranno le probabili procedure cui verrà successivamente sottoposto.

8.2.2 *L'intervista cognitiva*

Probabilmente, la tecnica di intervista più nota è l'intervista cognitiva (o *cognitive interview*), anch'essa articolata in più fasi ed inizialmente pensata per i testimoni adulti. Solo in un secondo momento è stata estesa anche ai testimoni minori di età, con alcune modifiche finalizzate ad adeguarla a tale contesto, nonostante alcuni studiosi individuino negli otto anni di età il limite minimo inferiore sotto il quale l'uso dell'intervista non

²⁵⁹ J. C. YUILLE, *The Step Wise Interview: a protocol for interviewing children*, Vancouver, 1991; A. CAVEDON, *Tecniche di intervista*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 477 s.; L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 102 s.; L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, cit., p. 173 s.

consente di ottenere risultati soddisfacenti²⁶⁰. Tale tecnica di intervista si fonda su due presupposti scientifici, come emerge dagli studi sui meccanismi di funzionamento della memoria umana. Innanzitutto, esistano svariati modi per accedere alla memoria di un evento, posto che talune informazioni che non risultano accessibili utilizzando una determinata tecnica, potrebbero invece diventarle mediante l'impiego di una tecnica differente. Inoltre, dato che la traccia di memoria è costituita da plurime componenti, ricreare il contesto ambientale e personale dell'evento potrebbe aumentare la possibilità di recuperare talune informazioni, che andrebbero altrimenti disperse²⁶¹. L'intervista cognitiva si è dimostrata una delle tecniche più efficaci per aumentare la qualità e la quantità delle informazioni ottenute dal minore testimone anche se, talvolta, all'aumento del numero di dettagli corretti si accompagna un aumento di particolari che non coincidono con la realtà dei fatti.

L'inizio dell'intervista è preceduto da una fase preparatoria – analogamente a quanto avviene per l'intervista graduale – volta alla creazione di un ambiente di fiducia con il minore, al quale è chiesto di dire la verità e di non riferire eventi o elementi inventati, e ad illustrare lo scopo dell'intervista. Esaurita questa fase, prima di procedere al racconto libero viene chiesto al minore di ricreare mentalmente, nel modo più accurato possibile, il contesto ambientale e personale in cui è avvenuto l'evento attraverso la descrizione dell'ambiente fisico, degli oggetti, delle voci, dei rumori, delle emozioni e dei pensieri che tali circostanze hanno suscitato in lui; ciò consentirebbe di accrescere l'accuratezza del ricordo, aumentando la presenza di inizi che ne facilitano la rielaborazione. Viene, quindi, chiesto al minore di raccontare liberamente i fatti e, solo in un momento successivo, l'esperto può rivolgergli domande specifiche – utilizzando frasi brevi ed evitando frasi negative – per approfondire e/o comprendere determinati aspetti del suo racconto. In questa fase, il protocollo di intervista prevede che l'esperto chieda al minore di ricordare gli eventi in un ordine temporale differente, partendo dalla fine, ponendo ripetutamente domande che possono configurarsi in questo modo: «cosa è successo subito prima di questo?»²⁶². Inoltre, è anche possibile che si chieda al minore di mutare prospettiva, ossia riferire i fatti come se li avesse osservati nei panni di un altro soggetto o in un altro punto del luogo dove si è svolto l'evento, il che potrebbe rendere disponibili nuove informazioni che erano rimaste in secondo piano;

²⁶⁰ A. CAVEDON, *Tecniche di intervista*, cit., p. 480 s.; L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, cit., p. 104; L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 99 s.

²⁶¹ Si tratta del principio che in psicologia prende il nome di "specificità della codifica". Per maggiori approfondimenti, v. A. BRANDIMONTE, Sistemi di memoria, in M. ZORZI, V. Girotto, *Fondamenti di psicologia generale*, Il Mulino, 2007, p. 128 s.

²⁶² È possibile che il dichiarante ricostruisca i fatti non in modo oggettivo, ma ricorrendo a schemi o stereotipi mentali.

tuttavia, è difficile che una richiesta di questo tipo si rivolga ad un minore in tenera età, poiché richiede abilità cognitive molto complesse. Terminata la fase di recupero delle informazioni, l'esperto procede alla fase di chiusura dell'intervista.

8.2.3 *L'intervista strutturata*

L'intervista strutturata (o *structure interview*) presenta molti aspetti in comune con il modello dell'intervista cognitiva, ma può essere utilizzata anche con bambini in tenera età, purché abbiano almeno tre anni, nonostante siano comunque da tenere in considerazione i problemi legati ai limiti delle loro capacità linguistiche²⁶³. Per tale ragione diviene ancora più importante personalizzare l'intervista, creando un rapporto amichevole con il minore prima di iniziare l'intervista. È sempre opportuno spiegarli le ragioni che hanno condotto a tale intervista e che non deve necessariamente rispondere alle domande se non conosce le informazioni corrette, poiché è possibile che si ingeneri nel minore la convinzione di dovervisi sottoporre per aver fatto qualcosa di sbagliato e di doversi, quindi, in qualche modo giustificare. Dopo un primo racconto libero dei fatti, cui seguono le domande specifiche dell'esperto, al minore è richiesto nuovamente di narrare i fatti, al fine di verificare se questi aggiunga dettagli ulteriori. Se la struttura dell'intervista e il tipo di relazione che si instaura con l'esperto è la medesima sia nell'intervista strutturata che in quella cognitiva, il *discrimen* è rappresentato dalle tecniche specifiche di memoria utilizzate in quest'ultima. Alcune ricerche hanno rilevato come con l'intervista cognitiva l'aumento di informazioni corrette riguarda le azioni e gli oggetti, mentre l'aumento degli errori attiene alla descrizione delle persone. Tuttavia, tale affermazione non può che riferirsi a minori che abbiano un'età almeno superiore agli otto anni, in quanto difficilmente al di sotto di tale età è possibile utilizzare in modo proficuo le tecniche prospettate dal modello dell'intervista cognitiva per il recupero delle informazioni. Diversamente, in presenza di un minore dagli otto anni di età in poi, la scelta dell'esperto in merito all'utilizzo dell'intervista cognitiva o strutturata deve tenere in considerazione una pluralità di elementi da valutare caso per caso. Nello specifico, si tratta della capacità del minore di sentirsi a suo agio, la sua disponibilità o meno a collaborare, la sua capacità cognitiva a "giocare con le immagini" e la sua capacità di concentrazione. Inoltre, non è da sottovalutare il suo grado di coinvolgimento nell'evento, ossia se gli assuma la veste di testimone, di vittima, o di entrambi, potendosi facilmente

²⁶³A. CAVEDON, *Tecniche di intervista*, cit., p. 482 s.

creare nel minore delle dinamiche che gli impediscano di raccontare i fatti in modo rilassato e spontaneo²⁶⁴.

Più di recente, è stata sviluppata la tecnica del c.d. S.a.i (*Self-administred interview*)²⁶⁵, frequentemente utilizzata in Inghilterra, che consiste in un questionario scritto, fatto compilare ai testimoni subito dopo i fatti, nel quale si richiede di descrivere l'evento con tutti i dettagli che ricorda. Successivamente, seguono alcune domande aperte sugli elementi centrali della vicenda, tra cui, ad esempio, le persone presenti, il grado di attenzione, l'angolo di visuale. L'idea di fondo è quella per cui in questo modo si permette di "cristallizzare" il ricordo in un lasso di tempo breve dall'accaduto, evitando che il decorso del tempo possa modificare la memoria. Come si può facilmente intuire, una tecnica di questo tipo non può essere utilizzata nei confronti di minori in età prescolare, ma potrebbe rivelarsi uno strumento utile nella fase delle indagini per raccogliere la testimonianza di adolescenti vittime di reato a lieve impatto emotivo, i quali non necessitano di un particolare supporto emotivo²⁶⁶.

9. La violazione dell'obbligo giudiziale di disporre modalità protette: mera irregolarità?

Data l'assenza di un'esplicita sanzione processuale, la violazione dell'obbligo giudiziale di disporre modalità "protette" per l'esame testimoniale del minore *ex art. 498, comma 4-bis e 4-ter, c.p.p.* dovrebbe ricondursi nell'alveo delle mere irregolarità. Tale violazione, che si traduce in un diniego di garanzie ritenute necessarie, non è suscettibile di rientrare nelle ipotesi di nullità *ex art. 178 e 179, c.p.p.*, né in quelle di inutilizzabilità *ex art. 191, comma 1, c.p.p.*, entrambe presidiate dal principio di tassatività. L'unica strada percorribile per far sì che al diniego del giudice di disporre modalità protette consegua una sanzione processuale è operare una lettura costituzionalmente orientata *ex art. 32 e 117, comma 1, Cost., dell'art. 498, comma 4-bis e 4-ter, c.p.p.*²⁶⁷. La salvaguardia degli interessi minore, l'impegno di evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria e la considerazione delle ricadute che l'ambiente processuale potrebbero generare sulla sua personalità rientrano in quei valori che

²⁶⁴ A. CAVEDON, *Tecniche di intervista*, cit., p. 484.

²⁶⁵ Per maggiori dettagli su tale tecnica, v. F. GABBERT, L. HOPE, R. P. FISHER, *Protecting eyewitness evidence: examining the efficacy of a Self-administred interview tool*, in *Law and Human Behavior*, 2009, p. 298 s.

²⁶⁶ La testimonianza offerta, di regola, non è ammessa in incidente probatorio o in dibattimento. N. PASCUCCI, *La testimonianza offerta della persona minorenni*, cit., p. 182, ritiene che in linea di principio, il difensore potrebbe utilizzare questo metodo nell'ambito delle dichiarazioni scritte *ex art. 391-bis, comma 2, c.p.p.*

²⁶⁷ Analogamente a quanto prospettato in relazione agli artt. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, c.p.p., cui si rinvia. V. *supra* §2.3.

fanno parte del c.d. «ordine pubblico europeo», ossia il complesso di valori che deriva dal diritto comunitario, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dalle tradizioni costituzionali comuni²⁶⁸. Di conseguenza, un'attività processuale che rifiuti di concedere protezione al minore, qualora ne abbia bisogno, si porrebbe in contrasto con tale concezione di ordine pubblico; che, sul piano, processuale, si tradurrebbe in un contrasto tra il diritto alla salute del minore e l'obbligo di accertamento della verità, in spregio del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitari e dagli obblighi internazionali *ex art. 117*, comma 1, Cost. In quest'ottica, l'esame testimoniale del testimone minorenni condotto senza gli accorgimenti di cui all'art. 498, comma 4-*bis* e 4-*ter*, c.p.p. potrebbe essere inutilizzabile in forza della teoria della c.d. «prova incostituzionale». Nonostante ciò, pur ammettendo che possa operare l'inutilizzabilità, questa potrebbe essere facilmente aggirabile considerata la genericità della formula «modalità protette». Nel disporre, infatti, il giudice gode di un'ampia discrezionalità, dovendo individuare – caso per caso – le misure più idonee a far fronte alle esigenze di protezione del minore, a maggior ragione se particolarmente vulnerabile *ex art. 90-quater*, c.p.p. Nel caso in cui la vittima o il suo difensore richiedano una determinata modalità protetta ed il giudice ne ritenga preferibile un'altra meno incisiva, sarebbe difficile configurare un'inutilizzabilità dell'atto, ben potendosi ragionevolmente obiettare che una misura annoverabile tra le «modalità protette» è stata comunque disposta. Qualora la richiesta provenga da una persona offesa ritenuta dal giudice in condizione di particolare vulnerabilità *ex art. 90-quater*, c.p.p., l'unica via astrattamente percorribile potrebbe essere quella di contestare predetta valutazione sul *quomodo*, cioè dimostrando «l'erroneità o l'insufficienza» degli strumenti individuati dal giudice per far fronte a tale condizione²⁶⁹. Inoltre, anche la scelta del giudice di non servirsi dell'ausilio di un esperto in psicologia infantile nella conduzione dell'esame *ex art. 498*, comma 4, c.p.p., non è presidiata da alcuna sanzione processuale. Tuttavia, l'art. 35, §1, lett. c, della Convenzione di Lanzarote è chiaro nel prevedere che l'esame delle vittime minorenni in procedimenti per abusi sessuali debba essere condotto da «professionisti formati a tal fine», non ammettendo che tale prescrizione sia inficiata da una valutazione di opportunità da parte del giudice o dall'utilizzo di margini discrezionali generalmente attribuiti agli Stati in sede di recepimento. Nel momento in cui il legislatore italiano ha configurato la presenza dell'esperto come eventuale, attribuendo ampia discrezionalità al

²⁶⁸ F. TRAPPELLA, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 32.

²⁶⁹ Di tale avviso, N. PASCUCCI, *La testimonianza offesa della persona minorenni*, cit., p. 186.

giudice in ordine a tale scelta, l'art. 498, comma 4, c.p.p. – sotto tale profilo – si porrebbe in contrasto con gli artt. 31, comma 2, 32 e 117, comma 1, Cost. Infatti, la previsione di cui all'art. 35, §1, lett. c, della Convenzione di Lanzarote si configura come un obbligo a presidio della salute psicofisica delle persone offese minorenni in processi per reati sessuali che il legislatore deve necessariamente tenere in considerazione in sede di recepimento, in forza del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali *ex art.* 117, comma 1, Cost.

10. *La tutela della riservatezza del minore testimone*

La protezione del minore testimone non si realizza unicamente attraverso la previsione di modalità differenti da quelle ordinarie per la sua audizione ma anche garantendo la sua riservatezza e preservandolo da circostanze ambientali dannose. Ciò che si vuole evitare è un'incontrollata divulgazione di atti, notizie ed immagini relativi ai soggetti coinvolti nel procedimento in corso, che potrebbe portare ad una «stigmatizzazione» del minore e, di conseguenza, ineludibili ripercussioni nel contesto sociale in cui egli vive²⁷⁰. La tutela della riservatezza trova un espresso riconoscimento nell'art. 8§ CEDU, nella parte in cui prevede che «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata [...]», il cui ambito di applicazione è stato progressivamente ampliato grazie all'attività interpretativa della Corte di Strasburgo. A livello europeo, l'art. 7 della c.d. Carta di Nizza contiene una previsione analoga, considerando il diritto alla riservatezza quale diritto fondamentale e inviolabile di ogni individuo. Successivamente, la direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile ha dettato una norma specifica a tutela della *privacy* della vittima minorenne, prescrivendo agli Stati di adottare «le misure necessarie, nell'interesse della vittima minorenne e tenuto conto di altri interessi superiori, per proteggere la vita privata, l'identità e l'immagine delle vittime minorenni e impedire la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che ne permetta l'identificazione»²⁷¹.

Data l'assenza di un esplicito richiamo nella nostra Costituzione del diritto alla riservatezza, la stessa Corte costituzionale – già a partire dagli anni '70 – ha ritenuto che tale diritto possa ricondursi nell'alveo dei diritti inviolabili dell'uomo espressamente riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. In un'ottica di bilanciamento di valori, il diritto di cronaca giudiziaria, tutelato costituzionalmente dall'art. 21, Cost, in quanto espressione della libertà di

²⁷⁰ L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4208 s., considera tale condizione particolarmente nociva per il minore in quanto soggetto in età evolutiva.

²⁷¹ Cfr. Art. 20§6 della direttiva 2011/93/UE.

manifestazione del pensiero, subisce un'inevitabile compressione nel caso in cui il processo penale coinvolga un minore testimone. La giurisprudenza, tuttavia, ritiene che il diritto di cronaca non sia totalmente precluso qualora le notizie riguardino soggetti minorenni, a condizione che «siano rispettati i limiti dell'interesse pubblico, della verità e della contenenza». Pertanto, le norme che precludono la diffusione di generalità, immagini e qualsiasi elemento che possa consentire l'identificazione del minore non costituiscono un limite invalicabile all'esercizio del diritto di cronaca *ex art. 21, Cost*²⁷². È opportuno, quindi, individuare l'ambito applicativo dei divieti di pubblicazione previsti dal codice di rito, al fine di valutare l'opportunità di un ragionevole bilanciamento tra i due confliggenti interessi costituzionali.

Oltre a tutelare la riservatezza verso "l'esterno", è necessario tenere in debita considerazione anche le esigenze di protezione fisica del dichiarante minorenne che, talvolta, possono comportare una deroga alla regola della pubblicità dell'udienza, riconducibile nell'alveo delle garanzie che realizzano il "giusto processo" *ex artt. 111, Cost e 6§1 CEDU*. Nonostante nell'art. 111, Cost manchi un richiamo espreso alla pubblicità del giudizio – a differenza dell'art. 6§1 CEDU che riconosce in capo ad ogni persona il diritto a che «la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente» - si deve ritenere che costituisca un «principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale, in forza dell'art. 101, comma 1, Cost., trova in quella sovranità la sua legittimazione»²⁷³. Questa sembra essere la linea interpretativa seguita anche dalla Corte di Strasburgo, la quale ha ritracciato nel principio di pubblicità dell'udienza una duplice *ratio*: da un lato, rendere trasparente l'operato del giudice, senza che possa configurarsi una «giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico»; dall'altro, salvaguardare la legittimità della decisione finale nei confronti dell'accusato, al quale è stata fornita la possibilità di verificare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice²⁷⁴. Anche la regola della pubblicità non è insuscettibile di essere derogata, seppur si tratti di ipotesi eccezionali in cui vengono in rilievo delicati interessi costituzionalmente protetti come, ad esempio, la tutela della salute psicofisica del minore *ex art. 31, comma 2, e 32, Cost*.

²⁷² Cass., sez. V, 20 settembre 2001, n. 37667; C. Cost., 10 febbraio 1981, n. 16.

²⁷³ C. Cost, 12 marzo 2010, n. 93.

²⁷⁴ A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 2. La Corte ritiene che la pubblicità debba essere «sostanzialmente» garantita e, a tal fine, si prevede il processo debba svolgersi in un luogo facilmente accessibile, in un'aula capace di ospitare un certo numero di persone, in modo che la collettività possa preservare la fiducia nei tribunali.

10.1 (Segue) Il divieto di pubblicazione

Con riferimento alla c.d. pubblicità esterna “mediata”, che avviene attraverso l’opera divulgativa dei mezzi di informazione²⁷⁵, l’art. 114, comma 6, c.p.p. prevede un divieto di pubblicazione «delle generalità e dell’immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni». La l. 112/2004 ha aggiunto un ulteriore periodo al comma 6, estendendo tale divieto anche agli «elementi che anche indirettamente possano comunque portare alla identificazione dei suddetti minorenni». Ciononostante, tale divieto di pubblicazione può essere superato dal Tribunale per i minorenni, qualora lo ritenga opportuno valutato l’interesse esclusivo del minore, o dal consenso alla pubblicazione proveniente del minorenne stesso, a condizione che abbia compiuto i sedici anni. Sotto il profilo oggettivo, la particolare tutela riservata ai minorenni non impedisce *tout court* la pubblicazione degli atti processuali, ma si riferisce a quelle informazioni, comprese le immagini, che si configurano come prodromiche all’identificazione del minore coinvolto nella vicenda giudiziaria. Inoltre, con riferimento all’ambito di applicazione del divieto, questo trova applicazione indipendentemente dal regime di conoscenza dei singoli atti del procedimento, in deroga a quanto previsto dai commi precedenti dell’art. 114, c.p.p. Il divieto di pubblicazione degli atti di indagine è assoluto fino al momento della chiusura delle indagini preliminari ovvero al termine dell’udienza preliminare (art. 114, comma 1 e 2, c.p.p.). Il divieto di pubblicazione riprende ad operare, in sede dibattimentale, per gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento (art. 114, comma 3, c.p.p.). Infatti, l’esigenza di salvaguardare la riservatezza dei minori impone di rendere tale divieto “impermeabile” alle progressive aperture della segretezza esterna del processo a favore della cronaca giudiziaria, concesse ordinariamente dall’art. 114, c.p.p.²⁷⁶. Tuttavia, il legislatore ha ommesso di coordinare la disciplina dei divieti di pubblicazione a garanzia dell’esigenza di riservatezza del minore con quella che consente limitazioni alla pubblicità del dibattimento. Nel caso in cui la persona offesa di taluni delitti di violenza sessuale, prostituzione minorile e di tratta di persone sia un minorenne, e quindi si proceda a porte chiuse per l’intero dibattimento *ex art. 472, comma 3-bis, c.p.p.*, non è previsto alcun

²⁷⁵ L’art. 147, disp. att. c.p.p. prevede che ai fini dell’esercizio di cronaca, qualora le parti lo consentano, il giudice possa autorizzare «la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento, purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell’udienza o alla decisione». Tuttavia, qualora il dibattimento si svolga a porte chiuse *ex art. 472, comma 1, 2 e 4, c.p.p.*, non possono essere in ogni caso autorizzate le riprese o le trasmissioni dei dibattimenti (art. 147, comma 4, disp. att. c.p.p.).

²⁷⁶ L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, cit., p. 4214.

divieto di pubblicazione dei relativi atti processuali. Diversamente, qualora il dibattimento si svolga a porte chiuse ex art. 472, comma 1 e 2, c.p.p., l'art. 114, comma 4, c.p.p. vieta la pubblicazione – anche parziale – dei relativi atti. Infine, nel prevedere la facoltà del giudice di disporre l'esame dei minorenni a porte chiuse ex art. 472, comma 6, c.p.p., il legislatore non ha disciplinato il regime di pubblicazione degli atti. Si dovrebbe ritenere che il divieto di pubblicazione possa operare senz'altro con riferimento alle generalità e all'immagine del minore (art. 114, comma 6, c.p.p.), ma anche nei confronti di tutti gli atti compiuti durante il giudizio.

La violazione del divieto di pubblicazione di cui all'art. 114, c.p.p. costituisce illecito disciplinare nel caso in cui il fatto sia commesso da «impiegati dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato» (art. 115, comma 1, c.p.p.). Dai lavori preparatori si desume che i destinatari di tale illecito disciplinare possano essere «magistrati e personale giudiziario ausiliario, personale della polizia giudiziaria, avvocati e professionisti in genere, periti e consulenti tecnici, giornalisti». Con riferimento a questi ultimi, è lo stesso codice deontologico a prevedere che al fine di tutelare la personalità del minore, «il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, né fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione [...]. Il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre considerato come primario rispetto al diritto di critica e di cronaca» (art. 7)²⁷⁷. Il pubblico ministero, qualora ravvisi una violazione del divieto di pubblicazione commessa dai soggetti appena menzionati, ne informa l'organo titolare del potere disciplinare (art. 115, comma 2, c.p.p.). La prima parte dell'art. 115, comma 1, c.p.p. fa «salve le sanzioni previste dalla legge penale, riferendosi implicitamente all'art. 684, c.p. il quale punisce «chiunque pubblica, in tutto o in parte [...] atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione». Nonostante la giurisprudenza non nutra dubbi circa l'applicabilità di tale disposizione alle violazioni in questione²⁷⁸, parte della dottrina è di diverso avviso, ritenendo che un'estensione delle nozioni di «atti o documenti» che ricomprenda anche le generalità o le immagini, o comunque le altre informazioni legate all'identità del minore, integri una violazione del principio di legalità²⁷⁹. Trascurando tale

²⁷⁷ Regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica pubblicate ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs 10 agosto 2018, n. 101, G.U., 4 gennaio 2019, n. 3.

²⁷⁸ Cass., sez. IV, 10 marzo 1994, 6338, ha affermato che «la pubblicazione del nome e dell'immagine di persona minorenne integra l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 684, c.p., in quanto costituisce divulgazione del contenuto di atti processuali, dei quali la pubblicazione è vietata».

²⁷⁹ Ad avviso di L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, cit., p. 4221, l'art. 684, c.p. sanziona una condotta non coincidente con quella prevista dall'art.

dibattito, pare evidente che entrambe le sanzioni previste in caso di violazione del divieto di pubblicazione *ex art.* 114, c.p.p. siano troppo blande e, dunque, poco idonee a funzionare da deterrente nei confronti di eventuali comportamenti scorretti da parte di soggetti, come giornali o riviste, interessati a diffondere lucrose notizie riguardanti minori coinvolti in un procedimento penale. Limitatamente alla divulgazione delle generalità o dell'immagine della persona offesa nei casi di delitti di violenza sessuale o di abuso sui minori – in assenza del suo consenso – può trovare applicazione la sanzione più severa di cui all'art. 734-*bis*, c.p. (arresto da tre a sei mesi, senza possibilità di oblazione, a differenza dell'art. 684, c.p.).

10.2 (Segue) *Il dibattimento a porte chiuse*

L'art. 471, comma 1, c.p.p. prescrive quale regola generale la pubblicità dell'udienza, a pena di nullità, la quale è suscettibile di essere derogata in presenza di determinati presupposti, sia di tipo soggettivo che oggettivo. L'art. 472, comma 4, c.p.p. consente al giudice, in ordine a qualsiasi reato, di disporre che l'esame testimoniale dei minorenni avvenga a porte chiuse. Nel caso in cui il dibattimento abbia ad oggetto i delitti previsti dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinq*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, e 609-*octies*, c.p., l'udienza dibattimentale si svolge sempre a porte chiuse quando la persona offesa è minorenne (art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p.). Vi è una sorta di presunzione *iuris et de iure* circa il pregiudizio che la pubblicità del giudizio arrecherebbe alla personalità del minore, già vittima di reati ad alto impatto emotivo, consentendo di prevenire, in questo modo, fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria. Tale previsione, infatti, sovverte il rapporto regola-eccezione di cui al primo periodo del medesimo comma, per il quale il dibattimento nei reati *ivi* indicati si svolge a porte aperte, a meno che la persona offesa chieda al giudice che si proceda a porte chiuse, «anche solo per una parte di esso»²⁸⁰. L'ultimo periodo dell'art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p., inoltre, vieta – in tali procedimenti – «domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto». La collocazione sistematica di tale previsione appare discutibile, in quanto estranea al tema della pubblicità dibattimentale. Sarebbe stato più opportuno se il legislatore l'avesse inserita nell'art. 194, c.p.p., relativo all'oggetto e limiti della testimonianza, o nell'art. 499, c.p.p., contenente le regole dell'esame testimoniale. Nonostante ciò, la *ratio* alla base di tale

114, comma 6, c.p.p. Inoltre, le immagini e l'indicazione delle generalità non sembrerebbero potersi nemmeno qualificare come documenti.

²⁸⁰ G. BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un micro-sistema in evoluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 989.

previsione è quella di evitare che l'esame testimoniale della persona offesa si trasformi in «una vessatoria indagine su abitudini sessuali e sui trascorsi della medesima»²⁸¹. In caso di violazione dell'obbligo di svolgere l'udienza dibattimentale a porte chiuse non solo non vi è alcuna sanzione processuale, ma non è nemmeno previsto il divieto di pubblicazione dei relativi atti. Quest'ultimo opera unicamente nel caso in cui il dibattimento si svolga a porte chiuse *ex art. 472, comma 1 e 2, c.p.p.*, al quale l'art. 114, comma 4, c.p.p. fa espresso rinvio.

11. *L'esame dibattimentale del minore che abbia già reso dichiarazioni: l'eccezione prevista dall'art. 190-bis c.p.p.*

Al fine di ridurre le possibilità che il minore sia esaminato in dibattimento, l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. prevede che quando è richiesto l'esame di un testimone degli anni diciotto²⁸² o di una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità²⁸³, e queste abbiano già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p.*, l'esame è ammesso «solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». Anzitutto, con riferimento ai minori degli anni diciotto, la disposizione ha un campo di applicazione circoscritto al novero di delitti *ivi* espressamente elencati, più rispetto a quello dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.: nell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. manca il riferimento al reato di maltrattamenti *ex art. 572, c.p.*, alla tratta di persone *ex art. 601, c.p.*, all'acquisto e alienazione di schiavi *ex art. 602, c.p.*, nonché alla prostituzione minorile *ex art. 600-bis, comma 2, c.p.* Tuttavia, a differenza art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. comprende anche la fattispecie di cui all'art. 600-*quater*, c.p., relativa alla detenzione o accesso a materiale pedopornografico. La giurisprudenza ritiene che qualora sia in corso un procedimento per più reati, alcuni dei quali compresi nell'elenco di cui all'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., quest'ultima disposizione opera per tutte le fattispecie perseguite in quel procedimento, comprese quelle non rientranti in tale elenco, al fine di evitare trattamenti differenziati a seconda del capo di imputazione²⁸⁴. La prima parte dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. cessa di trovare applicazione nel

²⁸¹ In tal senso, G. BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali*, cit., p. 990; N. PASCUCCI, *La testimonianza offesa della persona minorenni*, cit., p. 190;

²⁸² L'art. 14, comma 3, l. 69/2019 ha innalzato l'età da sedici a diciotto anni. La differenziazione tra minori di sedici anni e minori tra sedici e diciotto anni era considerata lesiva dell'art. 3, Cost. da G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 991.

²⁸³ Riferimento introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. e, d.lgs 212/2015.

²⁸⁴ Cass., sez. IV, 3 ottobre 2018, n. 3609.

momento in cui, durante il giudizio, il dichiarante raggiunge la maggiore età. In tal caso, qualora egli sia una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, potrà comunque operare la seconda parte dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. Affinché possa procedersi ad una ripetizione dell'esame testimoniale in dibattimento, questo deve riguardare «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni», i quali potrebbero derivare, ad esempio, dalla reticenza del testimone nella prima escussione²⁸⁵. L'utilizzo di una formula di questo tipo, piuttosto generica, rende aggirabile il divieto di un secondo esame mediante l'utilizzo di strategie processuali sia difensive che accusatorie. Infatti, i difensori e il pubblico ministero potrebbero ritenere opportuno non esaurire il novero delle domande che potrebbero essere rivolte al minore in sede di incidente probatorio, riservandone alcune per l'esame dibattimentale, che sanno già di voler richiedere²⁸⁶. In aggiunta a ciò, un ulteriore pericolo di aggiramento è rappresentato dalla circostanza per cui la previsione di cui all'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p non si estende a mezzi di prova differenti dalla testimonianza. È possibile, inoltre, che il giudice o le parti ritengano necessario procedere all'esame dibattimentale in presenza di «specifiche esigenze», tra le quali, ad esempio, l'intenzione del pubblico ministero di riformare in appello il precedente proscioglimento. Riservando l'individuazione delle «specifiche esigenze» legittimanti un ulteriore esame anche alle parti, si riconosce in capo al giudice un obbligo di ammettere la richiesta delle parti, purché questa non sia manifestamente pretestuosa²⁸⁷. La *ratio* insita nell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. è di tutela della personalità del minore testimone, anche nel caso in cui questo non sia una persona offesa, evitando una «usura della fonte di prova, in tale ipotesi particolarmente stringente»²⁸⁸. A tal fine, è essenziale che l'escussione del minore in incidente probatorio sia documentata integralmente mediante videoregistrazione, in quanto è l'unica metodologia capace di cogliere non solo le modalità espressive verbali ma anche quelle non verbali del dichiarante e, al contempo, del soggetto che conduce l'esame, consentendo un controllo sulla formazione della prova.

Nonostante gli indubbi vantaggi che il d.lgs 212/2015 – nell'introdurre il riferimento alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità nell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*,

²⁸⁵ Cass., sez. III, 8 aprile 2010, n. 19729.

²⁸⁶ In tal senso, M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore in incidente probatorio*, cit., p. 200, che ritiene l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. un filtro a «maglie troppo larghe».

²⁸⁷ Cass., sez. V, 30 novembre 2011, n. 11616, attribuisce solo al giudice il potere di valutare cosa rientri nella nozione di «specifiche esigenze», riservando alla parte unicamente l'onere di rappresentare le specifiche ragioni alla base della sua domanda.

²⁸⁸ Così, Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 10374.

c.p.p. – ha apportato in termini di tutela psico-fisica del dichiarante, parte della dottrina è da sempre scettica nei confronti di tale disposizione, considerata suscettibile di ledere i principi cardine del nostro sistema accusatorio, comportando una compressione del diritto di difesa, del contraddittorio, del principio di uguaglianza, nonché del principio di legalità. L'estensione della protezione contro la reiterazione dell'esame dibattimentale di cui all'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. anche alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità incrementa ulteriormente il già ampio novero di ipotesi normative che «annientano il diritto dell'imputato alla prova e derogano al processo orale»²⁸⁹. Dato che l'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. è una norma sulle prove che postula una differenziazione dei metodi di accertamento, potrebbe determinare una divaricazione nelle decisioni finali, con la conseguente violazione dell'eguaglianza processuale e dell'art. 111, Cost²⁹⁰. Inoltre, l'impiego di concetti ampi quali «vittima vulnerabile» – tipico della normativa sopranazionale ed europea – apre inediti spazi alla creatività giurisprudenziale, i quali si prestano ad operare come «fattore di crisi della legalità»²⁹¹. L'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p., infatti, trova applicazione solo a seguito di una valutazione discrezionale del giudice in merito alla sussistenza della condizione di vulnerabilità della persona offesa, in forza dell'applicazione dei criteri di cui all'art. 90-quater, c.p.p.²⁹², con il rischio di svuotare di efficacia lo stesso principio di centralità del dibattimento. La riforma dell'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. ad opera del d.lgs 212/2015 non può considerarsi un “corollario” della direttiva 2012/29/UE²⁹³: questa non vieta espressamente di riesaminare la persona offesa, ma impone unicamente di limitare al minimo le audizioni della vittima, tra l'altro con una

²⁸⁹ Di tale avviso, L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 848. Diversamente, D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1805; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 aprile 2016, p. 26.

²⁹⁰ F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis, c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 2, rileva, in relazione all'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. un'evidente compressione del diritto di difesa finalizzata ad evitare la c.d. vittimizzazione secondaria, nonché dubbi di legittimità in relazione al bilanciamento tra quest'ultimo e il «rischio processuale».

²⁹¹ E. M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1805.

²⁹² F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 luglio 2014, p. 9, riteneva necessario – in sede di attuazione della direttiva 2012/29/UE – prevedere un contraddittorio tra le parti sulla valutazione di particolare vulnerabilità, ritenendo «non compatibile con il principio costituzionale della parità delle parti e della tutela del diritto di difesa che le deroghe all'esercizio ordinario del contraddittorio nella formazione della prova faccia seguito a una valutazione compiuta *de plano*».

²⁹³ Né, tantomeno, la disposizione è necessaria per attuare l'art. 35§1, lett. e., della Convenzione di Lanzarote, poiché la limitazione dei colloqui a quanto indispensabile deve essere valutata dal giudice nazionale caso per caso. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 142.

previsione circoscritta alla fase delle indagini penali (art. 20§1, lett. b). La stessa Corte costituzionale ritiene che il divieto della rinnovazione superflua dell'audizione della vittima sancito dalla direttiva riguardi la sola fase delle «indagini penali», corrispondenti – nel contesto del diritto processuale penale italiano – alle indagini preliminari, e non si estende, dunque, alla fase del processo «nella quale è pacifico che la persona offesa debba poter essere sentita [...] nel contraddittorio tra le parti»²⁹⁴. Inoltre, enunciando che gli Stati membri provvedono a che il numero delle audizioni sia limitato al minimo, l'art. 20§1, lett. b., della direttiva 2012/29/UE «non richiede che la vittima di un reato sia sentita solamente una volta dall'organo giudicante»²⁹⁵. Del resto, è la stessa direttiva a prevedere che le norme procedurali in base alle quali la vittima può essere sentita nel corso del procedimento penale debbano essere stabilite dal diritto nazionale, riconoscendo perciò un margine discrezionale agli Stati circa le modalità acquisitive (art. 10§2). Non si può, d'altronde, negare come la particolare attenzione che l'Unione europea ha dedicato alle vittime di reato possa avere indotto il legislatore italiano, in sede di attuazione, a novellare l'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. al fine di realizzare a pieno la *ratio* della direttiva 2012/29/UE.

Di non poco rilievo sono i rapporti tra l'art. 190-bis, comma 1-bis, e 525, comma 2, c.p.p., che prevede una nullità assoluta nel caso in cui non vi sia corrispondenza tra i giudici che hanno partecipato al dibattimento e quelli che concorrono alla deliberazione. La Corte costituzionale è stata recentemente chiamata a valutare la legittimità costituzionale degli artt. 511, 525, comma 2, e 526, comma 1, c.p.p., con riferimento all'art. 111, Cost., nella parte in cui garantiscono il diritto alla riassunzione della prova testimoniale quando intervenga nel dibattimento un mutamento della persona fisica del giudice²⁹⁶. Nonostante una pronuncia nel senso dell'inammissibilità della questione, il giudice delle leggi prende posizione sul tema dell'indebito bilanciamento tra efficienza processuale e garanzie, dilungandosi – nella motivazione – in una serie di suggerimenti al legislatore al fine di introdurre «ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della

²⁹⁴ Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124, §4.4 del Considerando in diritto.

²⁹⁵ Corte giust., 29 luglio 2019, causa C-38/18, *Gambino e al.*, §36.

²⁹⁶ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132. Per alcuni commenti, v. P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 1 s.; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi.*, 2019, p. 1 s.; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi.*, 2019, p. 1 s..

decisione». Sulla scia giurisprudenziale di una progressiva svalutazione del principio di immediatezza, anche le Sezioni Unite hanno tentato di circoscrivere la portata dell'art. 525, comma 2, c.p.p., affermando che il diritto delle parti di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte davanti ad altro giudice sarebbe subordinata alla specifica indicazione dei motivi che la impongono, oltre che ad una valutazione di non manifesta superfluità della rinnovazione stessa²⁹⁷. In definitiva, gli artt. 190-bis, comma 1-bis, e 525, comma 2, c.p.p. operano certamente su piano differenti e sono dettati da differenti finalità, ma, nonostante ciò, potrebbe porsi il problema di dover risentire il testimone minorenni, già escusso in giudizio, qualora muti il giudice dibattimentale nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. Ciò che lega le due norme è la previsione, contenuta in quest'ultimo comma, che attribuisce al giudice e alle parti il potere di individuare le «specifiche esigenze» che possa legittimare un secondo esame del teste: tra queste, va anche ricompreso un nuovo esame *ex art. 525, comma 2, c.p.p.*²⁹⁸. Alla luce dell'art. 525, comma 2, c.p.p., che si riferisce solo al dibattimento, appare rafforzato il ruolo dell'incidente probatorio nell'esame della persona offesa particolarmente vulnerabile poiché, in caso di mutamento del giudice, l'art. 525, comma 2, c.p.p. non prescrive un ulteriore esame per il testimone già sentito in incidente probatorio²⁹⁹.

12. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello

Il tema della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello assume una notevole importanza con riferimento alla testimonianza del minore in quanto – nella prassi giudiziaria – questa è spesso considerata decisiva e, di conseguenza, posta a fondamento della sentenza che conclude il giudizio, soprattutto nei procedimenti per maltrattamenti o abusi sessuali su minori. L'art. 603, comma 1, c.p.p. dispone che qualora una parte, nell'atto di appello, abbia chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice «se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». Il giudice può, altresì, disporre la

²⁹⁷ Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736. Per un commento, v. A. DE CARO, *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 293 s., il quale evidenzia il tentativo di rendere eccezionale la rinnovazione probatoria, elevando indebitamente a regole le previsioni dell'art. 190-bis, c.p.p.

²⁹⁸ Diversamente, Cass., sez. VI, 10 aprile 2018, n. 29660; Cass., sez. I, 14 giugno 2016, n. 48710, ritengono che sia necessario che il nuovo giudice indichi le situazioni legittimanti un secondo esame ai sensi dell'art. 190-bis, c.p.p., non considerando sufficiente il mutamento giudiziale.

²⁹⁹ Corte giust., 29 luglio 2019, causa C-38/18, *Gambino e al.*, §43s., ha ritenuto l'art. 525, comma 2, c.p.p. compatibile con gli artt. 16 e 18 della direttiva 2012/29/UE.

rinnovazione dell'istruzione dibattimentale d'ufficio, nel caso in cui «la ritiene assolutamente necessaria» ai sensi dell'art. art. 603, comma 3, c.p.p.

Sulla scia delle sollecitazioni della Corte di Strasburgo³⁰⁰, le Sezioni unite e il legislatore recentemente sono intervenuti per “correggere” l'interpretazione che legittimava i giudici d'appello a ribaltare le assoluzioni di primo grado sulla base di una mera rilettura dei verbali presenti nel fascicolo, senza che si procedesse a risentire i testimoni decisivi³⁰¹. Già da tempo in dottrina si auspicava un intervento legislativo di adeguamento dell'assetto normativo del giudizio di appello al giusto processo europeo, tale da configurarsi coerente con le «cadenze del giudizio ordinario di primo grado, con rispetto integrale per il contraddittorio»³⁰². Prima ancora della presa di posizione delle Sezioni unite, una corrente giurisprudenziale aveva cominciato a ritenere illegittime le riforme in appello di precedenti assoluzioni, in assenza di un nuovo esame testimoniale dei testi decisivi, seppur con alcune limitazioni³⁰³. Nel 2016 le Sezioni unite sono state chiamate ad affrontare definitivamente la questione se, nel caso in cui sia proposto appello del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice d'appello debba disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale³⁰⁴. Nonostante l'art. 603, c.p.p. non affronti esplicitamente il tema della *reformatio in peius* in appello, deve ritenersi che una sentenza assolutoria di primo grado possa essere ribaltata a seguito dell'appello del pubblico ministero solo dopo l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado; si configura un dovere del giudice di procedere, anche d'ufficio, a rinnovare l'istruzione dibattimentale. L'argomentazione delle Sezioni unite si fonda, in primo luogo, sulla necessità di rispettare i principi dell'equo processo contenuti nella CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, nel momento in cui il giudice nazionale sia chiamato

³⁰⁰ Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*. La Corte, in un'occasione, ha condannato l'Italia per aver consentito una condanna per la prima volta in appello senza disporre la rinnovazione del dibattimento: v. Corte eur., 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*. Per un commento, v. V. AIUTI, *Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 682 s.

³⁰¹ Per una dettagliata ricostruzione storica della giurisprudenza sopranazionale e nazionale, v. V. AIUTI, *L'art. 603, c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1002 s.

³⁰² In questo senso, A. GAITO, *Vecchio e nuovo approccio a proposito della rinnovazione in appello*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 8.

³⁰³ Cass., sez. V, 13 marzo 2015, n. 29827; Cass., sez. IV, 23 settembre 2014, n. 44084. In alcune occasioni, la giurisprudenza ha reputato possibile un ribaltamento *ex actis* dell'assoluzione nel caso di considerazioni sull'attendibilità estrinseca: v. Cass., sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722; Cass., sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 16566.

³⁰⁴ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, *Dasgupta*. Per un commento, E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016.

ad applicare le norme interne. In particolare, il principio di cui all'art. 6§3, lett. *d*, CEDU, che riconosce in capo ad ogni accusato il diritto di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico», deve ritenersi applicabile anche nel giudizio d'appello, in quanto corollario del diritto ad un processo equo *ex art. 6§1, CEDU*. In secondo luogo, viene posta l'enfasi sul principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" *ex art. 533, comma 1, c.p.p.*, strettamente correlato alla presunzione di innocenza. Le Sezioni unite partono dal presupposto che una sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado implica di per sé un dubbio ragionevole sull'innocenza dell'imputato, ragione per cui per la riforma di una sentenza assolutoria «non è sufficiente una mera diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far venire meno "ogni ragionevole dubbio"»³⁰⁵. È per tale ragione che la rinnovazione istruttoria è stata ritenuta «assolutamente necessaria» *ex art. 603, comma 3, c.p.p.* quando l'appello investa il proscioglimento fondato su prove dichiarative ritenute "decisive". La Corte chiarisce come, in tale contesto, per prove dichiarative "decisive" debbano intendersi quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno «determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, [...] se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee ad incidere sull'esito del giudizio di appello», oppure quelle che, nonostante siano state ritenute di scarso o nullo valore probatorio da parte del giudice di primo grado, «siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna». La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, tuttavia, non esonera il giudice da un obbligo di motivazione particolarmente intenso, tale da scardinare puntualmente le argomentazioni che avevano indotto il giudice del primo grado a pronunciarsi nel senso dell'assoluzione dell'imputato. Inoltre, successivamente, le Sezioni unite hanno chiarito che anche gli esami orali del perito e del consulente tecnico, qualora "decisivi" debbano necessariamente essere ripetuti in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria, trattandosi di prove dichiarative assimilabili alla testimonianza³⁰⁶. Qualora, invece, il giudice del primo grado si sia basato unicamente sulla relazione scritta del

³⁰⁵ Nella motivazione, la Corte richiama Cass., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, *Galante*, secondo cui «la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza».

³⁰⁶ Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2019, n. 14426, *Pavan*. Per un commento, v. G. GALLUCCIO MEZIO, *Riflessioni a margine delle Sezioni unite nel caso Pavan: la rinnovazione della "prova tecnica" in appello tra luci e ombre*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3878 s.

consulente tecnico o del perito senza esaminarlo oralmente, non vi è alcun obbligo di una seconda escussione. Tali considerazioni assumono notevole importanza nel momento in cui i testimoni minorenni sono spesso sottoposti a consulenza tecnica, accertamento tecnico irripetibile o a perizia psicologica per valutarne l'idoneità a rendere testimonianza ex art. 196, comma 2, c.p.p.

Allo scopo di cristallizzare gli approdi giurisprudenziali delle Sezioni unite e della Corte di Strasburgo, il legislatore ha introdotto nell'art. 603, c.p.p. il comma 3-*bis*, a tenore del quale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»³⁰⁷. Nell'introdurre tale disposizione, tuttavia, il legislatore si è riferito unicamente alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e non ad un nuovo esame delle prove orali “decisive”, discostandosi da quanto affermato dalle Sezioni unite. Ciò porta a ritenere che l'eventuale escussione del teste minorenni già sentito in incidente probatorio sia esclusa dalla rinnovazione obbligatoria, in quanto riferita unicamente alle prove assunte in dibattimento³⁰⁸. Tale scelta sembra complessivamente ragionevole alla luce della duplice *ratio* dell'incidente probatorio, finalizzato a sottrarre il prima possibile il minore dal circuito giudiziario, evitando fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria e, al tempo stesso, preservare la genuinità delle sue dichiarazioni. L'unica strada percorribile per legittimare una mancata escussione dei testimoni minorenni in sede di appello, escludendo l'operatività dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., è quella di videoregistrare integralmente l'incidente probatorio – in modo da garantire anche in questa sede di impugnazione un contraddittorio sulla formazione della prova – poiché un'eventuale condanna non potrebbe fondarsi unicamente sulla mera rilettura dei verbali e delle trascrizioni della testimonianza resa ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.³⁰⁹. Ciononostante, tale soluzione potrebbe essere oggetto di una condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, in quanto in contrasto con gli orientamenti da quest'ultima sviluppati a parte dal caso *Dan c. Moldavia* del 2011, in quanto «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole

³⁰⁷ Comma aggiunto dall'art. 58, legge 23 giugno 2017, n. 103, intitolata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario».

³⁰⁸ Diversamente da quanto affermato, prima della riforma, da Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, *Dasgupta*.

³⁰⁹ Diversamente, Cass., sez. III, 8 gennaio 2020, n. 10378, ritiene che la condizione di particolare vulnerabilità del testimone già sentito in incidente probatorio non sia di ostacolo alla rinnovazione del suo esame in appello ex art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.

verbalizzate»³¹⁰. Anche leggendo la motivazione delle Sezioni unite *Dasgupta*, in presenza di un soggetto vulnerabile come il minore non sembrerebbe possibile «ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio», nonostante sia rimessa al giudice la «valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore *stress* al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria». Queste considerazioni devono oggi leggersi alla luce degli artt. 603, comma 3-*bis*, e 190, comma 1-*bis*, c.p.p., il quale consente di risentire i testimoni minori di età – qualora si proceda per uno dei reati *ivi* espressamente elencati – e le persone offese particolarmente vulnerabili in presenza di «specifiche esigenze», tra le quali potrebbe annoverarsi la volontà del pubblico ministero di ribaltare in appello una sentenza di proscioglimento³¹¹; ferma restando la necessità di bilanciare tali esigenze finalizzate all'accertamento della responsabilità con quella di evitare ulteriori traumi al dichiarante minorenni, qualora nuovamente chiamato a deporre.

Anche nel caso in cui dell'esame testimoniale del minorenni svolto in dibattimento sia stata effettuata una videoregistrazione, il giudice non potrebbe comunque condannare in appello l'imputato solo sulla base di quest'ultima, in quanto la formulazione perentoria dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. non ammette deroghe per le prove acquisite in giudizio. La differenza di trattamento tra il minore escusso in incidente probatorio e in dibattimento è ragionevole, se si tengono in considerazione una serie di elementi. L'incidente probatorio consente di acquisire il contributo dichiarativo del minore in un lasso di tempo breve rispetto all'accadimento dei fatti, quando il ricordo è più intenso e non influenzato da fattori esterni e, quindi, la dichiarazione più attendibile. Inoltre, la procedura incidentale è riservata ad acquisire quelle testimonianze che non sono “rinviabili” al dibattimento in ragione, ad esempio, del pericolo di deterioramento della traccia mnemonica del soggetto in età infantile o dell'esigenza di fare uscire il minore dal circuito giudiziario nel più breve tempo possibile³¹².

Se si segue questa logica interpretativa, la normativa italiana potrebbe addirittura rivelarsi più restrittiva rispetto agli orientamenti della Corte di Strasburgo, posto che l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. richiederebbe di riesaminare in ogni caso il testimone minorenni già esaminato in dibattimento, a prescindere dalla sua condizione di particolare vulnerabilità o

³¹⁰ Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, §33.

³¹¹ Cass., sez. III, 25 giugno 2019, n. 50774.

³¹² Diversamente, il fatto di aver atteso il giudizio è sintomo dell'assenza di cause di non rinviabilità “impellenti”: si pensi ad una persona offesa prossima ai diciotto anni, coinvolta in reati poco pregnanti dal punto di vista emotivo.

dalla videoregistrazione dell'esame dibattimentale. Detta soluzione porta con sé anche alcuni vantaggi pratici, essendo l'unica capace di «originare un circolo virtuoso, costringendo di fatto le parti a una maggiore considerazione dell'eventuale non rinviabilità di questa delicata testimonianza fin dalle indagini»³¹³. Il pubblico ministero, infatti, sarebbe conscio del fatto che qualora ritenga di non procedere in incidente probatorio, pur in presenza dei presupposti richiesti *ex lege*, causerebbe – non solo – un maggiore pregiudizio psico-fisico al minore, ma al contempo aumenterebbe le probabilità di una sentenza assolutoria dell'imputato in appello. Per altro verso, la persona offesa, seppur tramite il proprio difensore, solleciterebbe con maggior dinamismo il pubblico ministero a chiedere l'incidente probatorio e, anche la stessa persona sottoposta alle indagini, vaglierebbe con maggiore attenzione l'opportunità di avanzare una richiesta di incidente probatorio, al fine di evitare il moltiplicarsi di comportamenti suggestivi – fino al primo grado o anche fino all'appello – che potrebbero influenzare il contributo dichiarativo del minore.

Da ultimo, è opportuno segnalare che le Sezioni unite sono tornate nuovamente a pronunciarsi sull'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ma, questa volta, nel caso in cui l'appello dell'imputato sia finalizzato a ribaltare in senso assolutorio la sentenza di condanna pronunciata in primo grado³¹⁴. La Corte sostiene che, in tal caso, il giudice d'appello non abbia un obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado; legittimando, quindi, una riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna sulla base di una mera rivalutazione *ex actis*. Tale affermazione si fonda sull'assunto per cui il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna è perfettamente in linea con il principio della presunzione di innocenza *ex art. 27, comma 2, Cost.*, presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., a differenza di quanto avviene nell'ipotesi inversa. Tuttavia, resta fermo l'obbligo per il giudice di fornire una «motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado». Sarebbe stato auspicabile che, nell'introdurre l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., il legislatore avesse previsto l'obbligo di rinnovazione anche nel caso di appello avverso la sentenza di condanna, per evitare che

³¹³ In questo senso, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 212 s.

³¹⁴ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, *Troise*. Per un commento, v. A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 288 s.

qualora il giudice confermi in appello la sentenza di condanna pronunciata in primo grado non siano assicurati i principi dell'oralità e immediatezza³¹⁵.

³¹⁵ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 200, ritiene che i giudici d'appello potrebbero limitarsi a rivalutare *ex actis* le prove orali, in un'ottica di economicità e semplicità, riponendo "piena fiducia" sull'operato dei giudici di primo grado, in quanto giunti ad una condanna all'esito di un contatto diretto con le fonti dichiarative.

CAPITOLO 3

IL FALSO RICORDO: PROBLEMI DI ATTENDIBILITÀ DELLE TESTIMONIANZE DEI MINORI

SOMMARIO: 1. La memoria del testimone: l'accuratezza del ricordo. – 2. Fenomeni di distorsione della memoria. – 2.1 L'amnesia infantile. – 2.2 Il falso ricordo. – 3. L'elevata suggestionabilità del minore. – 4. L'attendibilità della testimonianza: il ruolo del giudice nel “vaglio rigoroso di attendibilità”. – 4.1 Le regole di valutazione della prova di cui all'art. 192, c.p.p. – 4.2 Il protocollo SVA e l'esame delle informazioni relative al caso. – 4.3 Il CBCA dell'intervista. – 5. Le questioni “controverse” nella psicologia della testimonianza.

1. *La memoria del testimone: l'accuratezza del ricordo*

Nella Premessa della Carta di Noto si legge che «la memoria non è una riproduzione precisa degli eventi percepiti in quanto essa è un processo dinamico e (ri)costruttivo. Il processo mnestico è molto sensibile alle influenze esterne che possono interferire a livello della codifica, del consolidamento e/o del richiamo». Infatti, caratteristiche quali l'età, il sesso, il coinvolgimento emotivo in un determinato evento e l'influenza di accadimenti precedenti, contemporanei e successivi all'esperienza in questione, rappresentano variabili da tenere in considerazione durante la testimonianza. La memorizzazione degli eventi avviene in base alla c.d. “schermata”, ossia conoscenze pregresse o strutture mentali che organizzano le esperienze passate e influenzano la ritenzione di nuove esperienze. Di conseguenza, ognuno di noi tende ad adattare i propri ricordi in base ai propri “schemi” mentali, che delineano le caratteristiche dei concetti di cui si ha esperienza, i quali possono sia distorcere che accrescere la memorizzazione¹. L'atto di ricordare è, quindi, il frutto di un processo dinamico articolato in più fasi: codifica, immagazzinamento e recupero. La fase di codifica attiene al processo attraverso il quale l'informazione recepita dal contesto viene elaborata per essere contenuta nella memoria a c.d. breve termine, dove è trattenuta per circa

¹ L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa. Metodi e tecniche di conduzione*, Il Mulino, 2011, p. 29 s. Ad esempio, l'abitudine di certe esperienze può interferire con la memorizzazione di nuove. Quando eventi antecedenti sono confusi con il ricorso di eventi più recenti si parla di c.d. interferenza proattiva.

trenta secondi. Il contesto in cui un'informazione viene prestata ne determina la codifica, potendo incidere – impedendo od ostacolando – il recupero successivo dell'informazione, nel senso più sono simili il contesto di codifica e quello di recupero, più il ricordo sarà facilitato². È sempre da tenere in considerazione l'assunto per cui la nostra mente non è capace di ricordare interamente gli eventi, bensì questi verranno codificati in modo selettivo a seconda delle capacità attentive del minore testimone o della significatività dell'evento; ad esempio, un evento inusuale è ricordato più facilmente rispetto ad un evento comune³. La fase di immagazzinamento – definita anche come “intervallo di conservazione del ricordo” – corrisponde al mantenimento della traccia mnemonica delle informazioni, anch'essa non immune da eventuali fattori interni o esterni capaci trasformarle, alterandone il ricordo. Tra questi, senza dubbio rileva l'interferenza del tempo che separa la codifica ed il recupero: in questo lasso di tempo, potrebbe accadere che il minore apprenda da altre esperienze informazioni simili, suscettibili di integrare o modificare quanto appreso in precedenza. È per tale ragione che, al fine di limitare possibili danni alla traccia mnemonica del minore – soprattutto se in tenera età – è opportuno disporre il prima possibile il suo esame testimoniale in incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis, c.p.*⁴. Tale misura, tuttavia, non è di per sé sempre sufficiente, posto che il ricordo potrebbe essere soggetto a distorsioni fin dal primo contatto con i genitori, ai quali, in prima battuta, viene generalmente raccontato l'evento traumatico. Infine, la fase di recupero attiene alla possibilità di ricordare l'informazione memorizzata, il che può avvenire attraverso due distinti processi mentali: la reminiscenza e la familiarità. Il primo, consiste nel richiamare alla memoria, attraverso un processo volontario e consapevole, elementi precisi di una situazione (ad esempio, il contesto spazio-temporale, dati percettivi); il secondo, invece, si sostanzia nel ricordo di eventi in maniera del tutto generica, con la conseguente sensazione di aver vissuto una determinata situazione, ma senza ricordarne i dettagli precisi.

Le fasi di codifica, immagazzinamento e recupero operano all'interno di tre differenti “magazzini” di memoria, ossia quella sensoriale, a breve termine e a lungo termine, ognuno dei quali è indispensabile affinché possa aversi un corretto processo di memorizzazione. La

² L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 67.

³ A. BALABIO, G. SARTORI, R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, in G. B. CAMERINI, R. DI CORI, U. SABATELLO, G. SERGIO (a cura di), *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Giuffrè, 2018p. 648, richiamano l'esperimento sul c.d. effetto arma, in forza del quale un soggetto sottoposto a minaccia con un'arma focalizzerà la sua attenzione su questa, possedendo in seguito un ricordo preciso della stessa, mentre poco precisi e vaghi ricordi di altri elementi.

⁴ Cass., sez. III, 11 febbraio 2015, n. 12027; Cass., sez. III, 8 gennaio 2015, n. 17115; Cass., sez. III, 18 dicembre 2013, 7510.

memoria sensoriale raccoglie le informazioni provenienti dagli organi sensoriali per un lasso di tempo brevissimo – uno o due secondi – la maggior parte delle quali non arriva neppure alla coscienza del soggetto, a meno che non si tratti di un’informazione sulla quale il minore abbia rivolto la propria attenzione. Le informazioni così selezionate vengono consapevolmente acquisite nella memoria a breve termine (MBT) per un breve periodo di tempo – di circa trenta secondi – e sono suscettibili di elaborazione cognitiva⁵. Proprio perché le informazioni, in questa fase, oltre ad essere trattenute in attesa di essere incamerate nei sistemi di memoria a lungo termine sono sottoposte ad una determinata elaborazione attiva, la memoria a breve termine viene talvolta denominata anche memoria di lavoro. Successivamente, le informazioni vengono depositate nella memoria a lungo termine (MLT), ove vengono conservate per un tempo indefinito – anche giorni, anni o decenni – tutte le informazioni e le esperienze che hanno subito un processo di codifica ed elaborazione nei magazzini precedenti. A sua volta, la memoria a lungo termine si compone di diversi “sotto-magazzini”, tra i quali rilevano la memoria semantica e quella episodica: entrambe si strutturano in maniera graduale, nel senso che non sono ancora ben formate nei primi anni di vita del soggetto, con evidenti ripercussioni sulla testimonianza qualora questa coinvolga un minore in tenera età⁶. La memoria semantica permette di immagazzinare le conoscenze fattuali ed esperienze relative al proprio passato, eliminando le coordinate spazio-temporali in cui queste sono state apprese. Diversamente, la memoria episodica consente di avere traccia di specifici eventi personali, che vengono collocati in un contesto spazio-temporale ben definito. Quest’ultima tipologia di memoria costituisce il nocciolo duro di una testimonianza, nonostante sia comunque influenzata da quella semantica che, con i suoi “schemi” e “copioni” mentali, contribuisce a creare una rappresentazione soggettiva del fatto⁷. Si parla infatti di *script-based knowledge* per indicare le interpretazioni che ciascun soggetto attribuisce agli eventi che gli capitano, e che influiscono sulla formazione dei ricordi. Di fronte ad una testimonianza di un bambino presunta vittima di abusi sessuali è da considerare come plausibile che, nel tempo in cui l’evento si è verificato, egli non possedesse ancora le categorie di significato riferite alle sessualità, a causa dell’assenza di esperienze di

⁵ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 66. Per esempio, gli stimoli visivi sono rappresentati da linguaggi simbolici visivi. Talvolta, le parole codificate in modo verbale evocano anche la rappresentazione visiva corrispondente: l’impiego della doppia codifica garantisce un miglior apprendimento poiché l’informazione viene elaborata due volte.

⁶ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell’ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 267.

⁷ A. BALABIO, G. SARTORI, R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, cit., p. 651 s.; L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 68;

questo tipo, non riuscendo così ad individuare il *discrimen* tra atto “sessuale” e atto “non sessuale”⁸. Infatti, solo con il crescere dell’esperienza e il ripetersi degli eventi i bambini iniziano a concentrare l’attenzione sugli aspetti speciali e distintivi che rendono gli eventi diversi e inusuali. L’esperienza di un evento nuovo va incontro a considerevoli rischi di distorsioni e fraintendimenti in quanto il bambino dovrà interpretarlo ricorrendo – per analogia – a situazioni apparentemente simili che hanno già dato luogo alla formazione di un copione, non avendo ancora maturato un’adeguata capacità di elaborazione di operazioni cognitive: l’effetto è quello di diminuire l’attendibilità delle testimonianze⁹. Inoltre, è possibile che vi sia un’attività ricostruttiva dei ricordi già immagazzinati in memoria alla luce di nuovi ricordi, ossia un’interferenza da informazioni successive che possono arricchire il materiale mnestico di dati posteriori a quelli forniti dall’evento originario. Questo meccanismo comporta una fusione di due o più tracce mnemoniche diverse (l’originaria e la successiva), rendendo difficile distinguere tra ciò che il soggetto ha realmente percepito in occasione del primo evento e ciò che è frutto di esperienze successive¹⁰: probabilmente, alcuni dati vengono memorizzati, mentre altri vengono ricostruiti sulla base degli schemi mentali e delle conoscenze precedenti, con il conseguente rischio di un’alterazione dei ricordi. Alla luce di tali considerazioni, si può affermare come i bambini, fin da un’età molto precoce – anche prima di aver acquisito adeguate competenze linguistiche – siano in grado di ricordare e raccontare una gran quantità di informazioni in merito alle loro esperienze. Di norma, i racconti sono sufficientemente accurati, nonostante talvolta i minori in tenera età, rispetto a quelli più grandi, incontrano maggiori difficoltà a ricordare spontaneamente i dettagli di un evento, sebbene questi siano presenti e accessibili in memoria¹¹. Al fine di valutare l’accuratezza della testimonianza del minore, ossia

⁸ *Le Linee Guida per l’ascolto del bambino testimone presso la Questura di Roma*, in www.psicologiagiuridica.com, 16 gennaio 2012, p. 4, evidenziano come fin verso i 4 – 5 anni la memoria semantica sia ancora dipendente da «categorizzazioni non concettuali ma legate ad esperienze direttamente percepite e vissute secondo polarità conosciute: piacevole/spiacevole, solito/insolito, buono/cattivo».

⁹ E. APRILE, *L’acquisizione e la valutazione della testimonianza del minore nel processo penale: un ennesimo «banco di prova» nel dialogo tra il giurista e l’esperto di scienze ausiliarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1598; L. DE CATALDO NEUBURGER, *L’idoneità del minore a rendere testimonianza*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 409, riporta l’esempio di un bambino che assiste ad un rapporto sessuale tra adulti: non possedendo nel suo repertorio cognitivo un copione “rapporto sessuale” egli potrà, ad esempio, interpretare l’evento come un fatto di aggressione e violenza, poiché è quello tra i copioni a sua disposizione in quel momento che si presta meglio a spiegare l’evento.

¹⁰ L. DE CATALDO NEUBURGER, *L’idoneità del minore a rendere testimonianza*, cit., p. 491 s. Anche per questo motivo, lo scorrere del tempo – cui è associato, in ogni caso, un deterioramento del ricordo – può essere ancora più deleterio nei bambini rispetto agli adulti. Inoltre, gli studiosi concordano che prima dei 7 anni i bambini incontrano difficoltà nel comprendere e riferire i dati temporali.

¹¹ Per una *summa* della letteratura in materia, v. A. GIANNINI, F. GIUSBERTI, *La testimonianza del minore*, in www.aipass.org, p. 1 s.

l'accertata corrispondenza tra ciò che egli ricorda e ciò che è realmente accaduto, è necessario tenere in considerazione elementi quali la ricchezza di dettagli, la vividezza delle descrizioni e la precisione delle contestualizzazioni. Tipicamente, si ritiene che i ricordi ricchi di dettagli sensoriali siano più genuini e credibili, e che ciò possa ingenerare una maggiore fiducia in relazione al proprio ricordo; maggiori sono i dettagli che la persona riesce a fornire, maggiore sarà la sicurezza che proverà nel ritenere di aver ricordato correttamente¹². Generalmente, il bambino tende a ricordare in modo accurato gli aspetti centrali di un evento, e non quelli circostanziali, soprattutto se questo è stato per lui particolarmente pregnante e se il tempo intercorso tra tale evento e la testimonianza non è eccessivo. L'accuratezza del ricordo dipende, inoltre, dalle modalità con le quali viene condotto il colloquio col minore che, di solito, inizia con la richiesta, da parte dell'esperto, di un racconto libero dei fatti. Non è infrequente che in questa occasione la quantità di dettagli che il minore rivela spontaneamente sia scarsa – a maggior ragione se si tratta di eventi che possono creargli disagio – e che le informazioni riferite attengano principalmente alle azioni, piuttosto che alle persone coinvolte¹³. Per tale ragione è essenziale proseguire nel colloquio rivolgendo al minore domande specifiche, volte a ricavare ulteriori dettagli utili all'indagine che consentano di arricchire quanto già precedentemente ricordato durante il ricordo libero dei fatti.

In definitiva, l'accuratezza del ricordo dipende essenzialmente dalla capacità del minore di ricordare eventi vissuti in prima persona, la quale migliora con il crescere dell'età del minore stesso. Essa è abbastanza ridotta dal punto di vista della quantità, precisione dei ricordi e del numero di dettagli al di sotto dei cinque anni, mentre già a partire dai dieci anni il minore raggiunge un livello di accuratezza quasi simile a quello dell'adulto. Infine, verso i quattordici-quindici anni la capacità di ricordare eventi autobiografici è pari a quella di un adulto¹⁴.

¹² A. BALABIO, G. SARTORI, R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, cit., p. 655.

¹³ A. MAASS, *Attendibilità del bambino e problemi di comunicazione*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 458 s., rileva che le informazioni che sarebbero di grande utilità per l'identificazione, come ad esempio le informazioni sul suo aspetto fisico, risultano particolarmente scarse.

¹⁴ A. STRACCIARI, G. SARTORI, A. BIANCHI, *Neuropsicologia forense*, Il Mulino, 2010, p. 166.

2. *Fenomeni di distorsione della memoria*

Il ricordo non è mai una riproduzione fedele e completa dell'evento, ma solo il frutto di una delle possibili ricostruzioni che vengono elaborate a partire dai dati a disposizione ed in relazione alle operazioni svolte sull'informazione originaria. Il funzionamento della memoria del minore, e quindi la formazione dei ricordi infantili, è infatti influenzato da fattori sociali e individuali di ordine cognitivo. Anzitutto, un peso determinante assume il contesto sociale della rievocazione, rappresentato dalle interazioni tra l'adulto e il minore, il cui esito è un ricordo non individuale ma bensì "collettivo": frutto delle domande dell'adulto, delle risposte del minore e delle interpretazioni di queste ultime elaborate dall'adulto. Infatti, nel porre le domande al minore circa l'evento vissuto, l'adulto tende a fornirgli una moltitudine di informazioni sull'accaduto, su quanto ha visto e sulle sue impressioni, con il rischio che il minore incorpori tali informazioni provenienti dall'adulto nel suo successivo ricordo dell'evento¹⁵. Inoltre, sul minore l'influenza sociale si manifesta nella tendenza a rispondere affermativamente alle domande che gli sono poste dall'adulto, piuttosto che negare o non rispondere, a prescindere dalla realtà dei fatti¹⁶. Ciò è dovuto alle minori competenze linguistiche, ancora in fase di evoluzione, che possono indurre il bambino ad interpretare erroneamente l'evento presentato verbalmente, non essendo capace di attribuire ad un dato evento "ambiguo" il significato che realmente questo ha per gli adulti. Non deve nemmeno essere sottovalutato il fattore temporale, ossia il lasso di tempo trascorso tra il momento in cui si è verificato l'evento e quello della testimonianza, in grado di incidere irrimediabilmente sul ricordo, alterandolo.

2.1 *L'amnesia infantile*

L'amnesia infantile è definita come «incapacità di avere ricordi autobiografici risalenti ai primi anni di vita» ma, tuttavia, non è ancora chiaro se si tratti di una impossibilità di ricordare dovuta a modificazioni intercorse durante lo sviluppo delle condotte di richiamo o, piuttosto, a meccanismi di codificazione inizialmente immaturi o, più probabilmente, ad

¹⁵ A. BALABIO - G. SARTORI - R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, cit., p. 658 s.; L. DE CATALDO NEUBURGER, *L'idoneità del minore a rendere testimonianza*, cit., p. 493, ritiene che in questo modo si insegni al bambino cosa deve ricordare, che tipo di risposta emotiva collegare ad un determinato evento, quale esperienza privilegiare tra le molteplici vissute in quell'occasione.

¹⁶ A. MAASS, *Attendibilità del bambino e problemi di comunicazione*, cit., p. 462, evidenzia come da alcune ricerche sia emerso che i bambini al di sotto dei 5 anni tendono ad usare la parola "no" diversamente dal significato comune di negazione: ad esempio, per indicare che non desidera parlare di determinati eventi, che vuole concludere il prima possibile il colloquio oppure per comunicare che non ricorda il fatto.

entrambi¹⁷. È noto come nel corso della prima infanzia le strutture chiave per la formazione e l'immagazzinamento dei ricordi non siano sufficientemente mature nel momento della formazione della traccia mnestica e, di conseguenza, non risultano capaci di elaborare l'informazione affinché possa rimanere immagazzinata nella memoria¹⁸. All'interno del periodo infantile, è possibile individuare due distinte fasi temporali. Nella prima, che si riferisce ai primi due/tre anni di vita, vi è un'assenza pressoché totale di ricordi: le esperienze passate influenzano il comportamento successivo, anche se non si sta cercando di ricordarle o non si è consapevoli di ricordarle. Nella seconda, che si estende fino ai sei/sette anni, si ricordano pochi eventi ma collocati in un ambito spazio-temporale definito, rendendo quindi le relative informazioni accessibili in maniera consapevole ed esprimibili verbalmente. Nonostante ciò, l'amnesia infantile non è un «fenomeno tutto o niente», nel senso che il passaggio dall'assenza di memoria allo sviluppo della memoria non è immediato ma avviene in maniera graduale, dato che il sistema nervoso del minore continua la sua maturazione fino al quattordicesimo anno di età¹⁹. È possibile che un certo numero di eventi della prima infanzia, verificatisi nel periodo successivo ai due/tre anni, possa essere ricordato stabilmente nel corso degli anni, a causa della concomitanza di diversi fattori: quali, ad esempio, l'unicità e il forte impatto emotivo dell'evento o la raccontabilità dell'evento, legata al fatto che la sua codifica sia avvenuta in un momento – normalmente intorno ai tre/quattro anni – in cui il minore aveva già acquisito le abilità linguistiche sufficienti a descrivere un certo evento con una organizzazione sequenziale nel tempo²⁰. Infatti, la narrazione testimoniale postula un adeguato sviluppo della memoria episodica, tale da consentire di ricordare eventi personali passati esprimibili in forma verbale. Ne consegue che, in sede di valutazione della prova dichiarativa, il giudice dovrà mostrare una certa diffidenza nei confronti di ricordi anteriori a tale fase, in quanto è altamente probabile che questi siano stati ricostruiti sulla base di ciò che è probabile o potrebbe essere accaduto, piuttosto che su quello che è successo

¹⁷ P. CICOGLIA - M. OCCHIONERO - A. CADAMURO, *Differenze individuali nel ricordo autobiografico relativo al periodo dell'amnesia infantile*, in *Psicologia clinica dello sviluppo*, 2002, p. 257.

¹⁸ A. BALABIO - G. SARTORI - R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, cit., p. 661, legano la carenza mnestica anche alla mancanza di integrazione tra i vari aspetti di un'esperienza, per cui in un bambino molto piccolo «le esperienze vissute assomigliano ad una fotografia un po' sfocata e decontestualizzata sino a quando non si rendono possibili integrazioni legate alla progressiva maturazione della corteccia celebrale».

¹⁹ Sono ormai note le variazioni nella morfologia celebrale del bambino che coinvolgono le strutture nervose responsabili del processo di codifica e recupero mnestico, che sono le parti medial del lobo temporale di sinistra: v. A. STRACCIARI - G. SARTORI - A. BIANCHI, *Neuropsicologia forense*, cit., p. 167.

²⁰ P. CICOGLIA - M. OCCHIONERO - A. CADAMURO, *Differenze individuali nel ricordo autobiografico relativo al periodo dell'amnesia infantile*, cit., p. 258.

realmente. La Carta di Noto – e talvolta anche la giurisprudenza più accurata²¹ – è consapevole del fenomeno dell’amnesia infantile, evidenziando che questa può essere «totale, prima dello sviluppo del linguaggio (primi due anni di vita), o parziale, nel periodo in cui il bambino non ha ancora acquisito piena competenza linguistica (sino ai tre anni e mezzo circa)». In ogni caso, per essere considerati accurati e credibili, i ricordi attinenti a questa fase evolutiva devono necessariamente essere «corroborati da riscontri indipendenti ed estrinseci», non potendosi limitare alle testimonianze dei genitori o di altri soggetti, le quali si tradurrebbero in testimonianze indirette tese a confermare il contenuto dichiarativo del minore.

2.2 Il falso ricordo

L’elevata malleabilità della memoria infantile porta con sé un rischio molto elevato di creazione di “falsi ricordi”, il che può avvenire attraverso un immagazzinamento fortemente distorto di eventi realmente accaduti oppure sviluppando una memoria totalmente falsa di episodi che in realtà non sono mai avvenuti. Nel minore, tale meccanismo è agevolato dalla facilità con cui tale soggetto è portato a confondere gli elementi percepiti con quelli immaginati: in forza di ciò, il ricordo di quanto immaginato diventa altrettanto reale di quello percepito²². La probabilità che si crei un falso ricordo è senz’altro condizionata dalla plausibilità del ricordo, nel senso che la persona crede che il ricordo di particolari dell’evento o della fonte del ricordo possa far parte della propria esperienza; mentre, più difficilmente, i falsi ricordi riguardano interi episodi vissuti²³. Nonostante la creazione di falsi ricordi non sembri un evento eccezionale ma frequente nella vita quotidiana, vi sono diversi fattori che possono favorire la creazione di questo tipo di ricordi. In primo luogo, il rischio che il minore crei falsi ricordi è amplificato qualora questo si trovi in taluni contesti fortemente suggestivi, come quelli caratterizzati da un “contagio dichiarativo” (si tratta del c.d. *misinformation effect*). Infatti, è la stessa giurisprudenza a sottolineare la «ridotta affidabilità delle capacità mnestiche dell’infante», a causa della tendenza a creare falsi ricordi, considerando come

²¹ Cass., sez. III, 16 aprile 2019, n. 36206; Cass., sez. III, 15 marzo 2018, n. 30636; Cass., sez. III, 8 gennaio 2015, n. 17115.

²² Tale assunto è confermato da numerose ricerche, le quali hanno accertato che nel nostro cervello esistono centri nervosi che si attivano sia quando vediamo qualcosa, sia quando ci immaginiamo di vedere quella stessa cosa; altrettanto può dirsi sia quando si compie un certo gesto, sia quando vediamo qualcuno compierlo.

²³ L. DE CATALDO NEUBURGER, *L’idoneità del minore a rendere testimonianza*, cit., p. 492, riporta i dati di un esperimento in cui il 56% di un gruppo di minori, interrogati su fatti mai avvenuti, ha di fatto elaborato un falso ricordo.

realmente accaduti fatti riportati da terzi²⁴. La conferma di un evento da parte di un familiare o comunque di una persona a cui il minore è legato dal punto di vista affettivo è suscettibile di instillare nel minore falsi ricordi, in ragione del potere persuasivo derivante dall'affidamento che abitualmente il minore ripone nei confronti di tali soggetti²⁵. Per tale ragione è fondamentale che nella conduzione dell'esame testimoniale non siano rivolte al minore domande suggestive, che tendono a "suggerire" la risposta – vietate espressamente dall'art. 499, comma 3, c.p.p. – in quanto potrebbero avere l'effetto di generare dettagli che non esistono o di trasformarli in qualcosa di diverso. Tuttavia, bisogna tenere ben distinti i fenomeni del falso ricordo e della falsa testimonianza: il primo, coinvolge meccanismi della memoria inconsci e inconsapevoli suscettibili di modificare irreversibilmente il ricordo; la seconda, è il risultato di un contributo dichiarativo volutamente distorto e, quindi, non corrispondente alla realtà. Il tema della falsa testimonianza ruota attorno ai concetti di verità, menzogna e false convinzioni. La tendenza del minore a mentire origina soprattutto dall'ambito familiare, in quanto è in tale contesto che osserva modelli di comportamento che sarà successivamente portato ad imitare²⁶. Già a partire dai tre/quattro anni, il minore è capace di manipolare il suo contenuto dichiarativo, grazie alle sue abilità di finzione e simulazione, le quali si "perfezionano" con il raggiungimento dei sette anni; infatti, l'abilità del minore a mentire cresce di pari passo con il crescere dell'età. Inoltre, è possibile che, soprattutto nel caso di presunti abusi sessuali, il minore fornisca una falsa testimonianza in quanto fortemente influenzato da fattori emotivi, quali, ad esempio, un forte desiderio di vendetta nei confronti dell'abusante. La stessa Cassazione tende spesso a distinguere tra testimone bambino e testimone adolescente, rilevando la loro propensione – in misura minore negli adolescenti – alla «fabulazione magica», ossia una sorta di «credenza assertiva alla quale, in gran parte, sono soliti abbandonarsi, creandosi quasi una sorta di pseudorealtà, riuscendo molto spesso a rappresentarsi la realtà solo immaginandola, costruendosi un'immagine del mondo ordinata secondo i loro desideri, le loro emozioni, le loro prime esperienze»²⁷. Tuttavia, la tendenza a raccontare bugie è maggiormente riscontrabile negli adolescenti i quali, avendo una maggiore conoscenza della realtà, tendono a «colorarla, e

²⁴ Cass., sez. III, 18 dicembre 2013, n. 7510.

²⁵ A. CAVEDON, *Tecniche di intervista*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 475, ritiene che spesso sia sufficiente anche solo la generica presenza di un adulto, poiché nei bambini si genera la convinzione che i "grandi" sappiano tutto e, quindi, credono alle informazioni che gli forniscono.

²⁶ L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, cit., p. 166.

²⁷ Cass., sez. III, 23 maggio 2007, n. 35224, relativa a presunti abusi sessuali perpetrati nei confronti di minori aventi un'età tra i 3 e 5 anni.

assai spesso senza una specifica ragione»: a questo proposito, si è parlato di una sorta di “bugia primaria”, sintomatica di un malessere psicologico o di una sofferenza affettiva. Diversamente, i bambini in tenera età – in genere dai 3 a 5 anni – sono considerati «strutturalmente incapaci di occultare o di riprodurre falsamente i fatti di quelle sue prime esperienze, anche se può succedere che accedano alla c.d. magia fabulatoria e che dicano qualche bugia». Nel caso in cui non vi siano significativi disturbi della crescita o disturbi patologici come, ad esempio, disturbi del comportamento o della personalità, la bugia infantile il più delle volte dipende dalla «difficoltà di stabilire una linea netta di demarcazione tra la realtà, l’alterazione della realtà e la tendenza alla riproduzione fantastica»²⁸. Al di fuori di queste ipotesi patologiche, le bugie infantili si caratterizzano per essere «senza malizia, grossolane, trasparenti ma soprattutto sfuggivevoli e facilmente smascherabili». La tendenza dei bambini così piccoli alla trasposizione fantastica non si manifesta con una durevole persistenza, per il motivo che «per i bambini la bugia, come le fantasie, sono solo un gioco effimero [...] che svanisce presto con l’affievolimento dell’impulso intenso che li ha stimolati».

Il fenomeno della propensione del minore a mentire, nel momento in cui sia chiamato a rendere dichiarazioni in qualità di testimone, è stato studiato dalla neuropsicologia forense la quale ha rilevato come durante l’elaborazione della menzogna si assista ad un incremento dell’attività neuronale della corteccia prefrontale: l’attività del mentire è basata principalmente sull’inibizione della risposta che si ritiene vera e sull’attivazione volontaria di una risposta sostitutiva che si sa essere falsa²⁹. Attraverso l’utilizzo della risonanza magnetica funzionale (fMRI) è stata ipotizzata una mappa delle aree che si attivano in corrispondenza delle risposte non veritiere. Il soggetto viene posto in uno scanner di risonanza magnetica che permette di misurare la variazione nell’attività celebrale indotta dalla dichiarazione falsa, la quale viene confrontata con la variazione della medesima attività durante la produzione di una risposta veritiera³⁰. A tale metodo, si aggiunge il test di associazione implicita autobiografico (a-IAT), più volte utilizzato da diversi tribunali italiani, il quale è finalizzato a verificare – sulla base dei tempi di reazione – l’esistenza di una determinata traccia di memoria autobiografica³¹. Al soggetto sottoposto al test, per il

²⁸ Cass., sez. III, 25 febbraio 2019, n. 8069.

²⁹ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 76 s.

³⁰ G. SARTORI - S. AGOSTA, *Menzogna, cervello e lie detection*, in A. BIANCHI - G. GULOTTA - G. SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, p. 170, ritengono che, nonostante la tecnologia sia più sofisticata, la logica è la medesima del poligrafo.

³¹ Ad esempio, il Tribunale di Cremona ha utilizzato il a-IAT in un procedimento per presunti abusi sessuali nei confronti di una ragazza minorenni, le cui dichiarazioni della persona offesa sono state ritenute attendibili

quale viene utilizzato un computer, si chiede di classificare quattro categorie di frasi, ossia frasi vere, frasi false, affermazioni dell'accusa e affermazioni della difesa, premendo due tasti, ognuno dei quali serve per classificare le frasi presentate visivamente³². Una volta terminato il test, una procedura algoritmica elaborerà un indice numerico che misura la differenza tra i tempi di reazione del soggetto, considerando anche gli errori commessi dallo stesso.

Nonostante il legislatore non indichi espressamente alcun parametro che consenta di ritenere una prova scientificamente attendibile e, quindi, introdotta nel processo, è stata la dottrina ad enucleare una serie di requisiti, richiamando la sentenza statunitense *Daubert*³³, che devono orientare il giudice nella valutazione circa l'attendibilità dei metodi scientifici innovativi. Ai consolidati requisiti della verificabilità del metodo, della falsificazione, della sottoposizione alla comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore e della generale accettazione del metodo, si affiancano nuovi parametri quali l'affidabilità e l'indipendenza dell'esperto, le considerazioni delle finalità per le quali si muove e la possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche. Inoltre, qualora sussistano più ipotesi ricostruttive contrastanti, il giudice ha il compito di verificare il grado di conferma di ciascuna di esse solo dopo aver acquisito tutte le informazioni rilevanti e, se ciò risulta impossibile, «non può convalidare una delle ipotesi plausibili solo perché la ritiene più convincente di altre»³⁴. In sede di motivazione, il giudice dovrà dar conto dell'apprezzamento compiuto, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili, in modo completo e comprensibile a tutti. Allo stato attuale, la tecnica della risonanza magnetica funzionale (fMRI) presenta alcune problematiche, anzitutto perché gli stimoli che vengono presentati al soggetto in laboratorio non corrispondono agli stimoli – molto più complessi – che si verificano in situazioni di vita reale, i quali non sono facilmente riproducibili. Inoltre, è stata riscontrata un'estrema variabilità individuale dell'attività celebrale rispetto al

e credibili anche grazie al contributo di tale test. Per maggiori approfondimenti su tale procedimento, v. L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 903 s.

³²L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, cit., p. 915. In un primo momento il tasto destro serve per scegliere la frase vera e quello sinistro per scegliere la frase falsa. Poi l'abbinamento viene invertito e con il tasto destro, ad esempio, si opta per la falsità. L'obiettivo è quello di verificare se l'abbinamento di "vero" con l'ipotesi dell'accusa suscita una risposta più veloce rispetto all'abbinamento di "falso" con l'ipotesi della difesa oppure se si verifichi il contrario.

³³I criteri di affidabilità del metodo scientifico ritenuti validi dalla sentenza *Daubert* sono: la verificabilità del metodo, la falsificabilità, la sottoposizione al controllo della comunità scientifica di riferimento, la conoscenza del tasso di errore e la generale accettazione. I criteri *Daubert* sono stati accolti dalla giurisprudenza nella sentenza *Cozzini*, la quale, in più aspetti, li ha amplificati: v. Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, punto 16.

³⁴Per un commento sulla sentenza *Cozzini*, v. P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341 s.

medesimo stimolo, che dipende da diversi fattori, come, ad esempio, l'umore, la personalità o l'età del soggetto. Infine, è da tenere in considerazione che ciò che viene misurato al momento della risonanza magnetica funzionale non riflette cosa accadeva al momento del fatto di reato, in quanto la mente, le emozioni e il modo di pensare mutano costantemente³⁵. In definitiva, alla luce dei criteri di affidabilità del metodo scientifico enunciati dalla Cassazione, i risultati ottenuti con la risonanza magnetica funzionale non possono costituire una fonte di prova nel processo penale³⁶. Diversamente, dal punto di vista dell'attendibilità scientifica, il test a-IAT riporta una percentuale di successo molto elevata, pari al 92%, anche se nel caso in cui il soggetto conservi nella sua memoria un falso ricordo, in realtà i tempi di reazione possono essere veloci tanto quanto nel caso di un ricordo autentico; quello che il soggetto crede di aver vissuto è divenuto ormai parte della sua memoria autobiografica³⁷. Tuttavia, deve ritenersi che il test a-IAT ricada sotto il divieto di utilizzare metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione di cui all'art. 188, c.p.p., in quanto lesivo della libertà morale a causa della forte pressione psicologica generata dalla presenza di un meccanismo in grado di svelare la non veridicità delle risposte fornite³⁸.

3. *L'elevata suggestionabilità del minore*

Il fenomeno psichico della suggestionabilità può essere definito come la particolare tendenza di un soggetto, soprattutto qualora si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità, a lasciarsi influenzare dal contenuto di conoscenza proveniente da un altro soggetto, con inevitabili ripercussioni sul ricordo dell'evento. Nel processo penale, tale fenomeno può assumere una portata più o meno dirompente a seconda delle caratteristiche del soggetto che assume le vesti di testimone³⁹. In particolare, i minori – a maggior ragione se anche in condizione di particolare vulnerabilità – sono considerati altamente suggestionabili, a causa della loro personalità in via di formazione e anche perché le loro

³⁵ G. SARTORI - S. AGOSTA, *Menzogna, cervello e lie detection*, cit., p. 172.

³⁶ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 79, evidenzia come tali risultati siano passibili di smentita e, inoltre, presentino un alto tasso di errore, non assumendo alcun carattere dimostrativo.

³⁷ L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, cit., p. 916.

³⁸ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 86, ritiene che si attui un controllo del comportamento della persona sottoposta al test – entrando nel suo subconscio – che «tende a cercare risposte al di fuori dell'autodeterminazione del soggetto», incidendo sulla spontaneità stessa delle risposte.

³⁹ L. DE CATALDO NEUBURGER, *L'idoneità del minore a rendere testimonianza*, cit., p. 492, parla di “*interrogative suggestibility*”, ossia un particolare tipo di suggestionabilità che riguarda gli effetti della domanda sul richiamo di memoria e sulla testimonianza. Secondo gli studiosi, tale tipo di suggestionabilità è «correlata con le capacità cognitive della persona e con il fatto di riguardare in genere situazioni molto stressanti con importanti conseguenze per il testimone».

funzioni cognitive non hanno raggiunto la piena maturazione. Si ritiene che il livello di suggestionabilità nelle fasi di sviluppo aumenti con il diminuire dell'età, configurandosi come un fattore di "rischio" da tenere in debita considerazione durante l'esame testimoniale; ciò, tuttavia, non permette di ritenere il minore di per sé incapace di rendere testimonianza⁴⁰. Al fine di valutare la suscettibilità del minore alle suggestioni, è necessario operare la distinzione tra suggestionabilità "immediata" e "differita". La suggestionabilità "immediata" è identificabile nella tendenza del testimone a lasciarsi condizionare dall'intervistatore – quale, il pubblico ministero, l'esperto in psicologia infantile o il giudice – all'interno di un contesto interrogativo. Per suggestionabilità "differita" invece si intende la tendenza del testimone ad inserire elementi suggestivi all'interno della traccia mnestica e, di conseguenza, a rievocarle come parte integrante del suo ricordo. Quest'ultima tipologia di suggestionabilità è frequente nel caso in cui il dichiarante minorenne sia stato interrogato più volte e, quindi, maggiormente esposto a domande suggestive⁴¹. Un ulteriore fenomeno che può innescarsi nel corso di una testimonianza è la suggestione "per causalità circolare", in forza della quale l'interrogante e il testimone rinforzano le loro reciproche aspettative, che presto diventeranno convinzioni. Spesso, è lo stesso minore ad innescare tale meccanismo "suggerendo" al suo interrogante la domanda da porgli e, a sua volta, quest'ultimo nel porre la domanda suggerisce al minore la risposta che si aspetta di ricevere⁴². Il processo suggestivo si articola normalmente in tre momenti: anzitutto, vi è uno stimolo suggestivo proveniente da domanda suggestiva – considerata tale per il suo contenuto o la sua struttura – il quale viene accettato dal dichiarante, cui segue un'adeguata risposta comportamentale, che può essere sia di tipo verbale che non verbale. In ambito giudiziario, tale meccanismo presenta da alcune caratteristiche peculiari, legate principalmente al contesto istituzionalizzato in cui avviene il colloquio, il quale ha ad oggetto la cognizione di eventi del passato, e la situazione di forte stress cui è sottoposto il dichiarante⁴³. Non esiste quindi una suggestionabilità in astratto, bensì relazioni suggestive, circostanze suggestive e domande suggestive suscettibili di dar luogo a dichiarazioni non veritiere. Infatti, può

⁴⁰ Nelle linee guida nazionali stilate dalla *Consensus Conference* sull'ascolto del minore testimone (§2.27) del 2010, si legge che «secondo alcune ricerche, a 4 anni le domande suggestive inducono risposte errate in percentuale pressoché doppia rispetto a 10 anni e pressoché tripla rispetto all'adulto». *L'ascolto del minore testimone, Linee Guida Nazionali*, Roma, 6 novembre 2010, reperibile su: www.minori.gov.it.

⁴¹ M. VAGNI - T. MAIORANO - D. PAJARDI, *Memoria e suggestionabilità interrogativa nei minori testimoni in casi di presunto abuso sessuale*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 2017, p. 142 s, hanno rilevato che «i minori presunte vittime di abuso sessuale, se confrontati con minori che non hanno subito esperienze traumatiche, risultano maggiormente influenzati dalla suggestionabilità immediata e differita, e presentano prestazioni mnestiche inferiori».

⁴² L. DE CATALDO NEUBURGER, *L'idoneità del minore a rendere testimonianza*, cit., p. 498.

⁴³ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 89.

facilmente accadere che un minore “resista” alla suggestione di un determinato interlocutore o su un argomento specifico ma, invece, risulti suggestionabile su un diverso argomento o all’interno di una diversa interazione comunicativa⁴⁴.

Tuttavia, è opportuno non confondere il fenomeno della suggestionabilità con quello della compiacenza e acquiescenza, entrambi frequenti nelle testimonianze di soggetti minori di età. La compiacenza è la tendenza del minore – spinto soprattutto da fattori emotivi, come ad esempio, la bassa autostima, e psicopatologici – ad assecondare quanto gli viene suggerito dal suo interlocutore, al fine di evitare conflitti ed ottenere un vantaggio immediato. In questo caso, il minore è pienamente consapevole dell’influenza su di lui esercitata dal suo interlocutore, rendendosi conto delle discrepanze tra quello che egli realmente ha percepito e quanto gli viene invece suggerito, ma comunque decide ugualmente di conformarsi ai suggerimenti provenienti dall’interrogante⁴⁵. Il rischio di compiacenza nei minori è molto elevato, e di ciò ha acquisito consapevolezza anche la Carta di Noto che nella sua premessa sottolinea il fatto che i bambini – da considerarsi sempre testimoni fragili – tendano a mostrarsi compiacenti, ossia «a conformarsi a ciò che presuppongono sia desiderato dall’interrogante». L’acquiescenza, invece, rappresenta la tendenza del minore a sentirsi in “dovere” di rispondere in modo affermativo alle domande che gli vengono poste dall’interrogante, a prescindere dal contenuto e dall’intento di ottenere un qualche vantaggio. Tale fenomeno è legato, essenzialmente, alla condizione psico-fisica del minore che lo induce a considerare il suo interlocutore come un soggetto autorevole, trattandosi di un adulto⁴⁶. Per evitare tale rischio, è importante che l’interrogante si astenga dal formulare domande tendenziose anche se, nella maggior parte dei casi, le domande sono formulate in modo tale da cercare – spesso anche inconsciamente – di confermare l’ipotesi di partenza. Data l’elevata suggestionabilità del minore, qualora si proceda al suo esame testimoniale – indifferentemente che ciò avvenga in incidente probatorio o in dibattimento – ed al fine di preservare la genuinità del contributo dichiarativo, è di fondamentale importanza prestare attenzione alla tecnica di formulazione delle domande, evitando domande suggestive (*leading questions*) che possano fornire elementi ulteriori rispetto a quelli che il teste ha

⁴⁴ A. BALABIO - G. SARTORI - R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, cit., p. 669 s.

⁴⁵ L. DE CATALDO NEUBURGER, *L’idoneità del minore a rendere testimonianza*, cit., p. 498 s. È possibile che se il minore non ha un ricordo preciso dell’evento, egli tenda ad accettare ed incorporare nel suo materiale mnestico i suggerimenti dell’interrogante. In questo caso, è altamente probabile che il comportamento suggestivo operi senza che il minore rilevi una discrepanza tra quanto suggerito e quanto effettivamente percepito; A. BALABIO - G. SARTORI - R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, cit., p. 670.

⁴⁶ A. MAASS, *Attendibilità del bambino e problemi di comunicazione*, cit., p. 461, ritiene che, per tale ragione sia importante, all’inizio del colloquio, ricordare al minore la possibilità di rispondere «non so» ad una domanda, poiché in mancanza egli tenderà a confermare le aspettative del suo interlocutore.

riferito oppure suggerire una risposta che asseconi le aspettative di chi formula le domande, espressamente vietate durante l'esame diretto dall'art. 499, comma 3, c.p.p.⁴⁷. Al fine di comprendere come le domande suggestive possano influenzare le risposte del teste e, quindi, la stessa testimonianza, è necessario operare una distinzione al loro interno in base alla struttura sintattica della domanda, cominciando dalle domande meno suggestive per poi passare a quelle altamente suggestive⁴⁸. Le domande determinative, ossia quelle che indagano su "chi, dove, quando, come", si configurano come una vera e propria richiesta di informazioni finalizzata all'evocazione del ricordo e, di conseguenza, non hanno alcuna potenzialità suggestiva⁴⁹. Tali domande sono liberamente utilizzabili in sede sia di esame diretto che di controesame, nonostante in quest'ultima sede potrebbe risultare talvolta controproducente porre domande di questo tipo, poiché richiedendo spiegazioni o motivazioni, aprono la strada a dichiarazioni molto estese. Le domande disgiuntive complete, del tipo "la cravatta dell'imputato era rossa o no?", proponendo in modo esplicito un'alternativa, di cui la prima è precisa mentre la seconda è vaga, potrebbero indurre il testimone a scegliere l'alternativa più precisa. Diversamente, le domande disgiuntive parziali sono maggiormente suggestive, in quanto pongono il teste di fronte ad un'alternativa tra cui scegliere, escludendo altre possibilità. Ad esempio, dopo aver chiesto al testimone se l'imputato indossasse una cravatta e aver ricevuto una risposta affermativa, gli si chiede "la cravatta dell'imputato era rossa o blu?". Una categoria di domande altamente suggestive sono quelle condizionali, nella loro duplice variante positiva e negativa: le prime, condizionano il teste ingenerando in lui la convinzione che ci si aspetti una sua risposta positiva, poiché sono formulate in questo modo "non era forse rossa la cravatta dell'imputato?"; le seconde, invece, condizionano il teste con le sue aspettative di negazione implicite nella domanda, e sono sintomatiche del fatto che colui che conduce l'esame diretto crede in quello che afferma, chiedendo al dichiarante, ad esempio, "non si sta confondendo?". Anche le domande indirette di tipo dubitativo presentano un grado di suggestione alto, in quanto il suggerimento è "mascherato" dalla forma indiretta e condizionale: nel rivolgere al testimone una domanda di questo tipo "mi domando se lei

⁴⁷ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 253, sostiene correttamente che tutte le domande possano essere, seppure alcune in minima parte, suggestive, dal momento che anche la semplice richiesta di raccontare dei fatti presuppone che qualche evento sia comunque avvenuto.

⁴⁸ L'art. 499, comma 3, c.p.p. si limita unicamente a prevedere che «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».

⁴⁹ Le domande determinative possono configurarsi in questo modo: "dove vide per la prima volta l'imputato?" oppure "come era vestito l'imputato?".

ricorda se l'auto posseduta dall'imputato fosse bianca o nera", si trasmette al teste una possibilità di scelta, che, tuttavia, è solo illusoria. Tra le domande altamente suggestive, sicuramente vi rientrano le domande differenziali, le quali danno per presente un ricordo prima ancora che venga accertato, inducendo il teste a darvi un contenuto, ad esempio, chiedendogli "l'imputato aveva un'auto piccola, media o grande?", e le domande implicative per presupposizione, del tipo "era molto agitato l'imputato?", in quanto si basano su una doppia congettura (la presenza dell'imputato e la sua agitazione). Inoltre, nella formulazione delle domande anche l'uso di determinate parole od espressioni può influenzare la risposta e, talvolta, sono sufficienti lievi sfumature linguistiche per modificare le caratteristiche degli elementi: ad esempio, chiedere al minore presunta vittima di abusi sessuali "quanto era illuminata la stanza?", condiziona il suo ricordo del livello di visibilità in modo differente rispetto alla domanda "quanto era buia la stanza?". L'utilizzo degli articoli determinativi è più suggestivo di uno indeterminativo chiedendo, ad esempio, "hai visto la macchina?" piuttosto che "hai visto la macchina?", poiché il teste sarà portato a ritenere che l'interrogante voglia unicamente valutare la correttezza del ricordo e non invece l'esistenza di un fatto⁵⁰.

Il divieto di porre domande suggestive di cui all'art. 499, comma 3, c.p.p., presenta due importanti limiti: da un lato, non tiene in considerazione la possibilità che la suggestione possa derivare da modalità di comunicazione diverse da quella verbale e, dall'altro, ha un ambito di applicazione circoscritto all'«esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune». Con riferimento al primo aspetto, la suggestione può derivare anche da comportamenti non verbali (C.n.v.) quali, ad esempio, lo schiarirsi la voce, la sua intonazione (che può esprimere sorpresa, rimprovero, gioia), la velocità e le pause del parlato, sbuffi di noia. Infatti, se si considera che la suggestione possa incidere sulla genuinità delle risposte e che ogni tipo di comunicazione, anche non verbale, sia suscettibile di creare suggestione, si può ragionevolmente ritenere che qualsiasi modalità comunicativa, sia di tipo verbale che non verbale, sia idonea a inficiare la genuinità delle risposte, soprattutto qualora l'esame testimoniale coinvolga un soggetto altamente suggestionabile come il minorene⁵¹. Qualora l'esame testimoniale del minorene sia condotto con le modalità ordinarie della *cross examination*, resta fermo il dovere del

⁵⁰ Per una dettagliata analisi della formulazione grammaticale e sintattica delle domande suggestive, v. G. GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, in www.sistemapenale.it, 1 luglio 2020, p. 4 s.; L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 90 s.

⁵¹ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorene*, cit., p. 254.

presidente, anche d'ufficio, di intervenire durante l'esame per «assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame» ex art. 499, comma 6, c.p.p., evitando che siano realizzati comportamenti suggestivi di qualsiasi tipo. Al fine di evitare irrimediabili ripercussioni sulla testimonianza, in caso di inerzia del presidente, le parti potranno sollecitare il suo intervento. Diversamente, se l'esame testimoniale del minore è condotto direttamente dal presidente ex art. 498, comma 4, c.p.p. i quesiti sono già "filtrati" dal presidente stesso e dall'esperto in psicologia infantile – se nominato – ragion per cui potrebbero essere più frequenti e insidiosi proprio i comportamenti suggestivi non verbali a meno che l'esame non venga effettuato mediante l'uso del vetro specchio, precludendo qualsiasi contatto visivo tra le parti e il dichiarante minore⁵².

In merito all'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 499, comma 3, c.p.p., la possibilità di estendere tale divieto anche all'esame testimoniale del minore condotto dal presidente ex art. 498, comma 4, c.p.p. è stata fonte di un lungo dibattito giurisprudenziale. Ad avviso dell'indirizzo giurisprudenziale tradizionale, è da escludere che il divieto di porre domande suggestive possa operare nei confronti del giudice, il quale «può rivolgere al testimone qualsiasi domanda, con esclusione di quelle nocive, ritenuta utile a fornire un contributo per l'accertamento della verità»⁵³. Il divieto di cui all'art. 499, comma 3, c.p.p., quindi, è operante solo per l'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune, come risulta dal dato letterale di tale disposizione, mentre non opera nel caso del «controesame o l'esame condotto direttamente dal giudice per il quale non vi è il rischio di un precedente accordo tra testimone ed esaminante»⁵⁴; anche se non si comprende perché, nel caso in cui vi fosse già un accordo, il giudice dovrebbe rivolgere al teste domande suggestive. Tale orientamento è stato messo in discussione, e superato, da una recente pronuncia della Cassazione secondo la quale, posto che il divieto di formulare domande suggestive riconosciuto in capo alla parte che ha chiesto la citazione del testimone è finalizzato ad evitare che questa possa "suggerirgli" risposte utili per la sua difesa, «a maggior ragione, detto divieto deve applicarsi al giudice al quale spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte» ai sensi dell'art. 499,

⁵² N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minore*, cit., p. 255, evidenzia come il rischio di domande suggestive non sia eliminato neppure nell'esame ex art. 498, comma 4, c.p.p. senza vetro specchio: le parti potrebbero proporre domande e contestazioni al presidente ad alta voce e, di conseguenza, il minore recepire eventuali stimoli suggestivi, nonostante queste poi vengano successivamente riformulate dal presidente o dallo psicologo.

⁵³ In tal senso, Cass., sez. III, 15 aprile 2015, n. 21627; Cass., sez. III, 20 maggio, 2008, n. 27068; Cass., sez. III, 12 dicembre 2007, n. 4721.

⁵⁴ Cass., sez. III, 12 dicembre 2007, n. 4721, fa espresso riferimento al rischio di un precedente accordo tra testimone ed esaminante

comma 6, c.p.p.⁵⁵. La Corte ha precisato che «ove si ritenesse diversamente, si arriverebbe all'assurda conclusione che le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie». Ciononostante, l'esame testimoniale del minorenni condotto in violazione del divieto di porre domande suggestive «non comporta né inutilizzabilità né nullità della deposizione non essendo prevista una tale sanzione dall'art. 499, comma 3, c.p.p., né potendo la stessa essere desunta dalle previsioni contenute nell'art. 178, c.p.p.»⁵⁶. Un approccio di questo tipo, tuttavia, non garantendo la spontaneità delle risposte del dichiarante, potrà essere tenuto in considerazione dal giudice in sede di valutazione dell'attendibilità della testimonianza⁵⁷.

4. *L'attendibilità della testimonianza: il ruolo del giudice nel "vaglio rigoroso di attendibilità"*

La valutazione circa l'attendibilità della testimonianza è un compito esclusivamente riservato al giudice – assolutamente non delegabile al perito – il quale, prendendo in esame tutto il compendio probatorio a sua disposizione, deve accertare l'affidabilità, la ripetibilità e la validità sia del testimone che del suo contributo dichiarativo⁵⁸. I requisiti di affidabilità e ripetitività attengono sostanzialmente alla coerenza interna della dichiarazione, ossia se il teste e la sua testimonianza tendano a produrre risultati simili, costanti e tendenzialmente coerenti in circostanze diverse nel tempo e in rapporto a diversi interlocutori. La validità, invece, attiene al grado di corrispondenza tra ciò che viene affermato nel corso dell'esame testimoniale e la realtà fattuale a cui le affermazioni si riferiscono. Nel caso delle dichiarazioni del testimone minorenni, tale operazione diviene particolarmente complessa

⁵⁵ Cass., sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, §5 s. del Considerando in diritto, avente ad oggetto l'esame testimoniale di una minorenni presunta vittima di abusi sessuali. In questo caso, le domande rivolte dal consigliere relatore alla testimone sono state ritenute suggestive e nocive, trattandosi di «domande assertive che indirizzano la teste verso una mera conferma di quanto l'interrogante va postulando. Le domande entrano nel dettaglio, con palese manipolazione delle risposte date dalla giovane donna». Per alcuni commenti: v. G. GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, in www.sistemapenale.it, 1 luglio 2020.; N. GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in www.sistemapenale.it, 1 giugno 2020.

⁵⁶ Cass., sez. III, 16 settembre 2019, n. 49993; Cass., sez. III, 25 giugno 2019, n. 42568; Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 21451.

⁵⁷ Cass., sez. IV, 6 febbraio 2020, n. 15331, ritiene che «l'inosservanza delle regole stabilite dal codice di rito per assicurare la sincerità e genuinità delle risposte del teste rende la prova non genuina e poco attendibile».

⁵⁸ Non deve confondersi la valutazione dell'attendibilità della testimonianza, riservata al giudice, con la valutazione della credibilità del testimone, delegabile al perito *ex art.* 196, comma 2, c.p.p. Sulla distinzione del ruolo del giudice e del perito: v. Cass., sez. IV, 14 maggio 2019, n. 27192; Cass., sez. IV, 21 aprile 2016, n. 20134.

in quanto il giudice deve tenere in considerazione l'età e il grado di sviluppo delle sue funzioni cognitive, con specifico riguardo alla memoria e alla capacità del minore di distinguere tra le informazioni frutto del suo processo di rielaborazione e immaginazione e, invece, i dati che corrispondono alla realtà. La giurisprudenza ritiene, infatti, che il giudice debba accertare se «le dichiarazioni trovino obiettivo riscontro, al fine di escludere ogni possibilità di dubbio o di sospetto che esse siano conseguenza di un processo di auto od etero suggestione oppure di esaltazione o fantasia»⁵⁹. Da ciò si desume che al giudice spetti anche il compito di effettuare una valutazione anche del grado di suggestionabilità del teste, in quanto in grado di incidere fortemente sulla genuinità ed attendibilità del contributo dichiarativo del minore⁶⁰. Infatti, se lasciati liberi di parlare, i minori possono essere dichiaranti molto attendibili, ma, tuttavia, tendono a diventare «altamente malleabili in presenza di suggestioni eteroindotte»⁶¹, e per tale ragione è opportuno che il giudice focalizzi la sua attenzione anche sui fattori “esterni” che possano avere in qualche modo influenzato il minore. È utile, quindi, «poter ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, se l'incremento del racconto sia dovuto all'abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze»⁶². Ne consegue che, nell'effettuare il “vaglio rigoroso di attendibilità” delle dichiarazioni testimoniali del minore, il giudice debba «accertare del minore la capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle al lume di una visione complessa, in cui rientrano l'età e le condizioni emozionali che regolano del primo le relazioni con il mondo esterno, la qualità e natura dei rapporti familiari, ed esaminare il modo in cui il minore ha vissuto e rielaborato la vicenda così da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna»⁶³.

Tuttavia, non è facile individuare il *discrimen* tra una valutazione “rigorosa” di attendibilità e una valutazione più “flessibile”, e ciò potrebbe comportare il riconoscimento in capo al giudice di un potere ampiamente discrezionale in sede di valutazione della prova, con il

⁵⁹ Cass., sez. VI, 20 novembre 2018, n. 2565, § 4 del Considerando in diritto.

⁶⁰ Cass., sez. IV, 20 novembre 2018, n. 1741, ritiene che «la valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni accusatorie rese dalla vittima minore d'età deve tenere conto non solo della loro intrinseca coerenza, ma anche di tutte le altre circostanze concretamente idonee ad influire su tale giudizio, ivi inclusa la verifica sull'incidenza di autosuggestioni e suggestioni esercitate da persone adulte».

⁶¹ Cass., sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147.

⁶² Cass., sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248.

⁶³ Cass., sez. VI, 20 novembre 2018, n. 2565, §4 del Considerando in diritto.

conseguente rischio di una diminuzione delle fondamentali garanzie processuali riconosciute, tra cui il diritto di difesa dell'imputato e il mancato rispetto del principio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533, c.p.p.⁶⁴. In alcune occasioni la giurisprudenza ha ritenuto che la suggestionabilità del minore sia idonea a compromettere l'attendibilità della sua testimonianza solamente qualora la sua intensità raggiunga livelli «patologici», ad esempio, nel caso di personalità isteriche o immature⁶⁵. Tale conclusione non sembra potersi condividere in quanto, da un lato, né l'isteria né la personalità immatura sono classificati come autonomi disturbi psichiatrici⁶⁶ e, dall'altro, il bambino e l'adolescente sono per definizione "immaturi", in quanto sia loro personalità che le loro funzioni cognitive sono ancora in fase di sviluppo; non potendosi, quindi, considerare una situazione "patologica" *a priori*. Al fine di condurre in modo "rigoroso" la valutazione circa l'attendibilità della prova testimoniale del minore, il giudice non deve limitarsi a considerare una possibile compromissione totale dell'attendibilità della dichiarazione, ma anche solamente parziale, in quanto non può escludersi la rilevanza di un livello di suggestionabilità "fisiologico"⁶⁷. Infatti, la coerenza interna del racconto di un minore non presuppone necessariamente un'elevata attendibilità della dichiarazione, poiché un racconto ricco di dettagli e perfettamente coerente potrebbe essere sintomatico di intervenute suggestioni da parte di soggetti terzi, come, ad esempio, i genitori, soprattutto in quei procedimenti aventi ad oggetti reati ad elevato impatto emotivo.

4.1 *Le regole di valutazione della prova di cui all'art. 192, c.p.p.*

L'art. 192, comma 1, c.p.p. prevede che «il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati», sancendo così il principio del c.d. libero convincimento, nel rispetto del principio di legalità anche sul piano probatorio. Infatti, l'art. 546, comma 1, lett. e, c.p.p., nell'indicare in modo rigoroso i requisiti della sentenza, richiede che quest'ultima contenga altresì «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non

⁶⁴ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 257.

⁶⁵ In tal senso, v. Cass., sez. III, 11 luglio 2017, n. 38961; Cass., 6 aprile 2017, n. 22325; Cass., sez. III, 8 settembre 2016, n. 44313.

⁶⁶ Il riferimento è al *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, redatto dall'*American Psychiatric Association*, il quale rappresenta una delle classificazioni dei disturbi mentali più autorevoli ed utilizzate nel mondo. Per maggiori dettagli consultare: www.hakjisa.co.kr.

⁶⁷ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 257.

ritiene attendibili le proprie contrarie [...]»⁶⁸. Il principio del libero convincimento, tuttavia, non è insuscettibile di subire limitazioni. In particolare, l'art. 192, comma 2, c.p.p., impone che l'esistenza di un fatto non possa essere desunta da indizi, a meno che questi siano «gravi, precisi e concordanti». Inoltre, talune dichiarazioni non possono essere valutate da sole, ma bensì «unitamente ad altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità» (art. 192, comma 3, c.p.p.), ossia si richiede al giudice di valutare l'esistenza di riscontri⁶⁹. Tra queste, però, non vi rientrano le dichiarazioni della persona offesa minorenni, le quali sembrerebbero – in forza del dato meramente letterale – non richiedere la necessità di riscontri che possano confermarne l'attendibilità⁷⁰. Tale esclusione potrebbe essere fonte di non pochi problemi in quanto, soprattutto nei procedimenti che attengono ai reati contro la libertà sessuale, spesso il minore è l'unica fonte di prova e, di conseguenza, le sue dichiarazioni costituiscono gli unici elementi di prova a disposizione del giudice da porre a fondamento della sentenza conclusiva del giudizio. La giurisprudenza ritiene che la testimonianza della persona offesa minorenni possa costituire la prova determinante per la condanna dell'imputato – la quale dovrà essere corredata di un'adeguata motivazione – purché siano previamente verificate la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità intrinseca del suo racconto. In tal caso, il vaglio del giudice circa l'attendibilità del dichiarante deve «essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone». Tuttavia, nel caso in cui la persona offesa sia anche danneggiata e si sia costituita parte civile e, di conseguenza, sia portatrice di una «specifica pretesa economica la cui soddisfazione discenda dal riconoscimento della responsabilità dell'imputato», può essere opportuno procedere al riscontro delle sue dichiarazioni con altre fonti di prova⁷¹. Questa linea interpretativa, optando per una lettura restrittiva dell'art. 192, comma 2 e 3, c.p.p., ha mostrato i suoi limiti con riferimento al tema del recupero delle dichiarazioni rese dai testimoni prima del dibattimento, attraverso il meccanismo della lettura *ex art.* 512, c.p.p. oppure mediante testimonianza indiretta *ex art.* 195, comma 3, c.p.p.⁷². Attraverso un'interpretazione estensiva delle ipotesi che giustificano una deroga al contraddittorio dibattimentale e il recupero delle dichiarazioni rese dal dichiarante

⁶⁸ L'art. 546, comma 1, lett. *e*, c.p.p. è stato così modificato dall'art. 1, comma 52, l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁶⁹ Si tratta delle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 *e*, altresì, delle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371, comma 2, lett. *b*, c.p.p.

⁷⁰ Sulla possibilità di estendere anche a tale tipologia di dichiarazioni le previsioni di cui all'art. 192, comma 2 e 3, c.p.p., v. *supra*, cap. 2 §6.

⁷¹ Cass., Sez. Un., 19 luglio 2012, n. 41461.

minorenne nel corso delle indagini preliminari, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di recuperare le dichiarazioni del testimone minorenne rese nel corso delle indagini preliminari, evitando di arrecare a quest'ultimo un ulteriore *stress* derivante dalla ripetizione dell'esame testimoniale in dibattimento. Con riferimento alla testimonianza indiretta, l'elencazione delle ipotesi di impossibilità oggettiva – per morte, infermità o irreperibilità – in ragione delle quali è possibile prescindere dalla citazione del teste diretto per acquisire la deposizione *de relato* contenuta nell'art. 195, comma 3, c.p.p. non sarebbe tassativa. Può ritenersi che anche la minore età del testimone possa essere annoverata tra i casi di impossibilità oggettiva *ex art. 195, comma 3, c.p.p.*, qualora un «professionista competente, con motivato parere, segnali che il piccolo ha una personalità così fragile da potersi equiparare ad infermità oppure evidenzi la possibilità di insorgenza di danni, anche transeunti, alla salute del bambino, collegati alla testimonianza»⁷³. In tal caso, è possibile prescindere dal contributo dichiarativo diretto del minore e ricostruire la vicenda storia con l'apporto di testi *de relato* quali, ad esempio, i genitori del minore stesso. Un ragionamento sostanzialmente analogo è stato svolto anche in relazione all'art. 512, c.p.p., il quale consente la lettura in dibattimento degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, qualora ne sia «divenuta impossibile la ripetizione» per fatti o circostanze imprevedibili. In tal caso, la Cassazione ha ritenuto che il concetto di impossibilità di ripetizione ricomprenda «tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni di salute del soggetto che lo rendono non più escutibile» come, ad esempio, «una situazione di grave stress a seguito di violenze sessuali subite»⁷⁴. In definitiva, sia nel caso della testimonianza indiretta *ex art. 195, comma 3, c.p.p.*, che nel caso nella lettura degli atti *ex art. 512, c.p.p.*, è ammessa l'acquisizione al processo di dichiarazioni acquisite al di fuori del contraddittorio dibattimentale in ragione di una “impossibilità oggettiva”; deroga che – oltretutto – trova una copertura costituzionale nell'art. 111, comma 5, Cost. La disciplina così delineata deve tenere in considerazione i vincoli internazionali provenienti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, dal suo art. 6§3, lett. *d*, il quale riconosce in capo ad ogni accusato il diritto di «interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione dei testimoni

⁷³ In merito allo sforzo di ricondurre il potenziale disagio del minore derivante dalla sua escussione in giudizio al concetto di infermità psichica: v. Cass., sez. III, 25 settembre 2013, n. 39766, con nota di V. MOTTA, *La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 978 s.; Cass., sez. III, 11 giugno 2009, n. 30964.

⁷⁴ Cass., sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059, Galliera. Per un commento, v. S. ARDITA, *La prevedibilità dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 616 s.

a discarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico». Nell'interpretazione di tale disposizione fornita dalla Corte di Strasburgo, emerge il divieto di utilizzare le dichiarazioni della persona offesa assunte in assenza di contraddittorio come base esclusiva o determinante della sentenza di condanna, anche qualora il contraddittorio sia divenuto impossibile⁷⁵. In questi casi, sono indispensabili riscontri con altri elementi di prova che possano fungere da contrappeso al sacrificio del diritto a confrontarsi con l'accusatore⁷⁶. Tale tradizionale linea interpretativa è stata messa in discussione dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in occasione della quale la Corte ha ritenuto che le dichiarazioni testimoniali possano costituire prova unica o determinante a fondamento di una sentenza di condanna, solo qualora le limitazioni al contraddittorio nella formazione della prova siano "controbilanciate" da idonee garanzie procedurali quali, ad esempio, la possibilità per l'imputato di visionare la videoregistrazione dell'esame testimoniale del minore in incidente probatorio⁷⁷. Tuttavia, già prima di tale pronuncia, le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato che per sostenere l'impianto accusatorio, le dichiarazioni della persona offesa acquisite in assenza di contraddittorio debbano trovare conforto in «riscontri esterni che ne confermino l'attendibilità», trovando applicazione – in via analogica – quanto previsto dall'art. 192, comma 2 e 3, c.p.p. in relazione alle dichiarazioni dei soggetti *ivi* espressamente elencati⁷⁸. Infatti, prosegue la Corte «il dato probatorio costituito esclusivamente da dichiarazioni rese senza la possibilità di contraddittorio e prive di qualsiasi elemento di riscontro, ha un ridotto valore euristico», costituendo una «fonte ontologicamente meno affidabile, e quindi non è idoneo a fondare la certezza processuale della responsabilità dell'imputato». È necessario applicare in modo rigoroso i principi giurisprudenziali sulla valutazione delle dichiarazioni della persona offesa, i quali sono ritenuti «estensibili a tutti i casi di ripetizione di dichiarazioni predibattimentali e che impongono al giudice una cauta e approfondita indagine sulla credibilità di dette dichiarazioni, da valutarsi ponendole in relazione con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali». Alla luce di tali considerazioni, non sembra condivisibile

⁷⁵ Corte e.d.u., 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*; Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*.

⁷⁶ Corte e.d.u., 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*; Corte e.d.u., 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*.

⁷⁷ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*. In dottrina, v. A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, p. 2839 s.; P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 396 s.; C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irripetibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, p. 7.

⁷⁸ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2010 – 14 luglio 2011, n. 27918, §14, De Francesco. Le Sezioni unite fondano tale assunto anche su un'interpretazione sistematica del principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova e la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p.

l'orientamento giurisprudenziale che consente, sulla base di un'interpretazione estensiva del concetto di "impossibilità oggettiva" di cui artt. 195, comma 3, e 512, c.p.p., di recuperare le dichiarazioni del minore assunte in assenza di contraddittorio, per evitare un danno alla salute psico-fisica del teste. Il giudice, in sede di valutazione della prova, ha il compito di valutare in modo rigoroso l'attendibilità e la credibilità delle dichiarazioni dei testimoni minorenni raccolte al di fuori del contraddittorio, anche unitamente agli altri elementi di prova che possano confermarne l'attendibilità. È soprattutto in tale contesto che si percepisce l'importanza e la potenzialità degli strumenti che il sistema processuale fornisce agli operatori per ridurre al minimo il rischio di non ripetibilità delle dichiarazioni⁷⁹.

4.2 *Il protocollo SVA e l'esame delle informazioni relative al caso*

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, l'attenzione degli studiosi si è focalizzata sulle caratteristiche del comportamento verbale e, nello specifico, sull'analisi qualitativa delle affermazioni dei soggetti, al fine di individuare eventuali indizi utili a capire se queste siano veritiere o meno. In particolare, si ritiene che le dichiarazioni false sono, nella maggior parte dei casi, più brevi, generiche, con pochi riferimenti a persone, oggetti, e luoghi degli eventi, con maggiori generalizzazioni piuttosto che riferimenti alla propria persona o alle proprie esperienze ed interessi. Inoltre, il fatto che il racconto sia molto ricco a livello lessicale, con meno dettagli irrilevanti e più sicure, potrebbe essere sintomatico di una dichiarazione previamente preparata e, probabilmente, non corrispondente a pieno alla realtà dei fatti⁸⁰. Sulla base di tali considerazioni, sono stati elaborati dei criteri idonei a fornire indicazioni circa la maggiore o minore genuinità dell'apporto dichiarativo. Tra questi, vi rientrano: la spontaneità, ossia se il racconto avviene in modo autonomo o solo a seguito di domande; i dettagli, soprattutto spaziali e temporali; il linguaggio inappropriato, ossia se vengono utilizzati dei termini mutuati da influenze esterne; la consistenza, ossia la plausibilità di variazioni nella narrazione; le correzioni spontanee e le ammissioni di non ricordare;

⁷⁹ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 133 s., indica l'incidente probatorio e le limitazioni all'escussione dibattimentale di cui all'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. quali strumenti maggiormente idonei a contemperare l'esigenza di tutelare la salute psicofisica del minore e quella di accertamento della verità.

⁸⁰ M. LIBERATORE, L. LOMBARDI, *La valutazione degli aspetti contestuali e motivazionali legati alla testimonianza: metodi e strumenti*, in G. B. CAMERINI - R. DI CORI - U. SABATELLO - G. SERGIO (a cura di), *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 712 s.

l'affettività appropriata, ossia un corrispondenza tra contenuto dichiarativo e comportamento non verbale espresso, ad esempio, con il tono della voce o mediante gesti⁸¹. Allo scopo di valutare la qualità delle dichiarazioni, soprattutto qualora esse costituiscano l'unica fonte di prova a disposizione del giudice su cui fondare l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato – come avviene spesso nel caso di testimoni minorenni coinvolti in procedimenti aventi ad oggetto reati attinenti alla sfera sessuale – sono stati proposti alcuni sistemi per “codificare” *ex post* le interviste investigative e trarne, in questo modo, elementi utili per valutare la veridicità o falsità delle affermazioni, tra cui il protocollo SVA.

Lo *Statement Validity Analysis* (anche detto SVA) è una tecnica di valutazione dell'attendibilità del contenuto verbale della testimonianza, elaborata da Undeutsch, finalizzata ad individuare quali segmenti siano da considerare come veri oppure falsi: tale metodo si fonda sull'assunto per cui il racconto di esperienze effettivamente vissute differisce, dal punto di vista del contenuto, struttura e qualità, dal racconto di eventi mai vissuti o frutto di fantasia⁸². Tale tecnica è stata originariamente pensata ed adottata nei casi di dichiarazioni da parte di minori presunte vittime di abusi sessuali ma, attualmente, viene utilizzata per valutare l'attendibilità della generalità delle dichiarazioni, anche di adulti⁸³. La peculiarità di questo metodo consiste nel concentrare la sua attenzione sull'analisi, sulla base di criteri obiettivi e testati nella loro validità, di quanto dichiarato in sede di esame testimoniale, piuttosto che sul carattere o la personalità del dichiarante. L'analisi della testimonianza attraverso il metodo dello SVA è compiuta all'esito dell'intervista, visionando la relativa videoregistrazione e trascrizione integrale, e si compone di quattro fasi⁸⁴. Anzitutto, il soggetto incaricato di intervista del minore deve effettuare un'attenta analisi delle informazioni relative al caso, attraverso la consultazione dei verbali della polizia

⁸¹ Tali criteri (*credibility enhancer*) sono stati elaborati dall'*American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* nel 1997 i quali, tuttavia, risultano inappropriati in ambito giudiziario.

⁸² M. G. TOMASINO - B. F. CARILLO - I. GRATTAGLIANO, *Statement Validity Analysis Reality Monitoring: analisi critica di due strumenti per valutare le affermazioni dei testimoni*, in *Psichiatria e psicologia forense*, 2002, p. 415 s. Tale metodo ha avuto origine nel 1954, in seguito alla necessità espressa dai magistrati della Corte Suprema della Germania dell'Ovest, di avvalersi del contributo di esperti per determinare l'attendibilità delle testimonianze fornite da bambini presunte vittime di violenza sessuale. Il primo a lavorare su questo tema fu Undeutsch, il quale elaborò una serie di criteri che elaborò in uno strumento, chiamato *Statement Reality Analysis*. Successivamente, Steller e Koehnken hanno ridefinito ed ampliato i criteri precedentemente elaborati da Undeutsch, integrandoli in una nuova procedura di valutazione del contenuto delle dichiarazioni rese in ambito giudiziario, denominata *Statement Validity Analysis*.

⁸³ E. STRACUZZI, “Ascolto e testimonianza del minore”, in www.aipg.it, 14 novembre 2008, p. 17.

⁸⁴ M. LIBERATORE, L. LOMBARDI, *La valutazione degli aspetti contestuali e motivazionali legati alla testimonianza: metodi e strumenti*, cit., p. 713 s.; A. BRAMANTE, V. LAMARRA, *La psicologia della testimonianza. Accuratezza e rappresentazione della realtà*, in www.ilpenalista.it, 30 giugno 2016.

giudiziaria, gli schedari dei servizi per la protezione all'infanzia, la relazione del perito sull'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza *ex art.* 196, comma 2, c.p.p., se presente, i documenti del tribunale ed eventuali informazioni acquisite dai familiari o dagli insegnanti del minore. Tali informazioni consentono di delineare l'origine delle accuse e, di conseguenza, permettono all'intervistatore di formulare, nel corso dell'intervista, ipotesi alternative circa l'origine dei fatti oggetto del procedimento penale. Successivamente, si procede all'intervista del minore, che si configura come "semi-strutturata", al fine di ottenere la maggior quantità possibile di informazioni e, contestualmente, ridurre al minimo l'inquinamento dei ricordi ed eventuali traumi che l'intervista stessa può comportare. Inizialmente, il minore è lasciato libero di raccontare sia fatti neutri, sia i fatti oggetto del procedimento, consentendo all'intervistatore di valutare le capacità comunicative e linguistiche del minore⁸⁵. La narrazione libera, infatti, offre dati più corretti ma al tempo stesso meno precisi rispetto a quelli che possono ottenersi rivolgendo domande più specifiche al minore.

4.3 *Il CBCA dell'intervista*

Una volta ottenuto il racconto dei fatti da parte del minore nel corso dell'intervista, le dichiarazioni ottenute tramite dell'intervista vengono analizzate da un punto di vista quantitativo e contenutistico, attraverso l'applicazione dei c.d. *Criteria Based Content Analysis* (CBCA): si tratta di diciannove criteri, raggruppati in cinque categorie, che partono dagli aspetti più generali della deposizione per arrivare a quelli più specifici, i quali – in quanto ritenuti "indicatori di realtà" – consentono di distinguere le informazioni vere da quelle false. Tanto più emergono i criteri del CBCA, tanto maggiore sarà la probabilità che la testimonianza, e non il minore nella sua veste di testimone, sia credibile⁸⁶. La prima categoria di criteri si riferisce a caratteristiche generali della testimonianza, quali: la sua struttura logica, ossia la coerenza e la consistenza del racconto; la produzione non strutturata, ossia l'assenza di uno schema rigido di esposizione; e la quantità di dettagli riportati, relativi al luogo, al tempo, agli oggetti e alle persone coinvolte nell'evento. La seconda categoria di criteri riguarda, invece, il contenuto specifico della testimonianza, e in particolare:

⁸⁵ G. MAZZONI, L. AMBROSIO, *L'analisi del resoconto testimoniale in bambini: impiego del metodo di analisi del contenuto C.B.C.A. in bambini di 7 anni*, in www.psicologiagiuridica.com, parlano di intervista secondo una modalità ad "imbuto", cioè partendo dalle domande finalizzate ad ottenere un racconto libero dell'evento, per arrivare a quelle che richiedono risposte più specifiche.

⁸⁶ E. STRACUZZI, "Ascolto e testimonianza del minore", cit., p. 18 s.

l'inserimento in un contesto, ossia se l'evento narrato sia connesso, dal punto di vista spazio-temporale, con elementi della vita quotidiana del minore; la descrizione di interazioni, ossia una concatenazione degli eventi (secondo lo schema azione-reazione-azione); la riproduzione di conversazioni, o parti di esse, riferite in forma di discorso diretto⁸⁷; le eventuali complicazioni inaspettate, ossia tutti gli avvenimenti che possono compromettere lo svolgimento dell'evento stesso. La terza categoria di criteri si concentra su alcune particolarità di contenuto della testimonianza, i quali ne aumentano la concretezza e vividezza, tra i quali: dettagli insoliti, ma specifici e realistici, che si riferiscano agli eventi oggetto di narrazione; dettagli superflui, che, seppur legati al contesto, non contribuiscono in modo determinante alla ricostruzione dei fatti; dettagli fraintesi ma riportati correttamente, i quali non sono pienamente compresi dal minore, a causa della sua età – ma il cui significato è invece chiaro all'intervistatore; associazioni esterne collegate, ossia racconti di eventi di natura sessuale non verificatisi in quella circostanza, ma in qualche modo ad esso collegati; descrizione del proprio stato mentale, ossia di sentimenti, emozioni e pensieri personali, ma anche di variazione degli stati fisiologici, oppure attribuzione di uno stato mentale al soggetto accusato. La quarta categoria di criteri attiene ad elementi riconducibili alla motivazione che porta il minore a deporre, tra i quali rientrano: la presenza di chiarimenti e correzioni spontanee nel corso dell'intervista, utili ad escludere che il minore stia dichiarando il falso; l'ammissione di mancanza di memoria, ossia la consapevolezza di non riuscire a ricordare un evento o alcuni aspetti di questo; l'insorgere di dubbi e perplessità circa la credibilità della propria testimonianza; l'auto-deprecazione, ossia considerazioni del minore circa i suoi comportamenti, considerandoli inappropriati o inadeguati; il perdono dell'accusato, ossia giustificazioni o spiegazioni del comportamento dell'accusato che tendono a "giustificarlo", con la conseguente assunzione parziale di responsabilità di quanto avvenuto da parte del minore. Infine, l'ultima categoria di criteri attiene agli elementi specifici dell'offesa e, in particolare, alla presenza di elementi specifici confrontabili e inseribili nel quadro di riferimento teorico del comportamento di abuso, i quali, tuttavia, sono raramente presenti nelle testimonianze credibili⁸⁸.

⁸⁷ Tale criterio acquista una forza maggiore nel caso in cui venga riportato un discorso dell'imputato, utilizzando il vocabolario di quest'ultimo, generalmente estraneo al minore in ragione della sua età.

⁸⁸ Per un'accurata analisi dei criteri CBCA, v. M. LIBERATORE, L. LOMBARDI, *La valutazione degli aspetti contestuali e motivazionali legati alla testimonianza: metodi e strumenti*, cit., p. 715 s.; A. BRAMANTE, V. LAMARRA, *La psicologia della testimonianza. Accuratezza e rappresentazione della realtà*, cit.; M. G. TOMASINO - B. F. CARILLO - I. GRATTAGLIANO, *Statement Validity Analysis Reality Monitoring*, cit., p. 417.

I criteri devono essere presentati dal soggetto che ha condotto l'intervista mediante un'apposita griglia nella quale, a ciascun criterio, viene assegnato un punteggio su una scala a tre punti: si assegna 0 se il criterio è assente, 1 se è presente, e 2 se è fortemente presente e, il punteggio così ottenuto, rappresenta il parametro di attendibilità della testimonianza. Mentre taluni criteri come, ad esempio, l'auto-deprecazione o il perdono dell'accusato, la presenza o l'assenza, sono facilmente valutabili, per altri, come nel caso dei dettagli che caratterizzano l'offesa, non può dirsi lo stesso. Inoltre, talvolta è più agevole valutare la presenza di un criterio, come la produzione non strutturata, piuttosto che la sua assenza, come nel caso di correzioni spontanee. In questi casi, infatti, sarebbe opportuno procedere ad un'illustrazione delle motivazioni che hanno indotto ad attribuire un punteggio piuttosto che un altro. Tuttavia, considerare unicamente il punteggio risultante dall'applicazione dei CBCA non consente di ottenere risultati certi in ordine alla veridicità o meno delle dichiarazioni testimoniali. Infatti, un racconto ricco di contenuti da un punto di vista qualitativo potrebbe essere il frutto di un'intervista eccessivamente guidata, che ha consentito al minore di riempire le carenze e, viceversa, un racconto potrebbe essere veritiero anche se qualitativamente scarso a causa delle scarse capacità di linguaggio del minore, soprattutto se ancora in età prescolare. I risultati così ottenuti attraverso l'applicazione dei CBCA devono essere integrati tramite l'analisi di altri fattori contestuali e motivazionali legati alla testimonianza e dalla presenza di fonti esterne (c.d. *Checklist* di validità). Si devono, quindi, tenere in considerazione sia le caratteristiche psicologiche del minore, ossia le sue capacità di linguaggio e le sue conoscenze, l'eventuale presenza o assenza di emozioni, e la sua suscettibilità alla suggestione; sia le caratteristiche dell'intervista, verificando che questa sia stata complessivamente adeguata oppure condotta con modalità suggestive o coercitive, tali da influenzare il minore durante il suo racconto. Inoltre, non di poco conto è l'eventuale influenza di fattori esterni e motivazionali come, ad esempio, la presenza di un forte sentimento di "vendetta" che potrebbe indurre il minore ad una falsa denuncia⁸⁹.

In definitiva, può ritenersi che lo *Statement Validity Analysis*, pur presentandosi come uno strumento piuttosto complesso, se impiegato correttamente, può essere di grande aiuto al giudice nella valutazione dell'attendibilità della testimonianza del minore. Il limite di tale metodo, però, risiede nel fatto che si configuri come uno strumento non standardizzato, in quanto mancano delle regole formalizzate che stabiliscano quanti e quali criteri, di quelli

⁸⁹ M. LIBERATORE, L. LOMBARDI, *La valutazione degli aspetti contestuali e motivazionali legati alla testimonianza: metodi e strumenti*, cit., p. 716 s.

espressamente previsti dal CBCA, debbano essere presenti affinché le dichiarazioni testimoniali possano ritenersi attendibili, dal momento che ognuno di essi assume una rilevanza diversa⁹⁰. Inoltre, tale metodo non è sempre generalmente accettato dalla comunità scientifica, in quanto la componente di errore fissa (c.d. *error date*), stimata in contesti sperimentali al 30%, potrebbe essere nettamente maggiore nei contesti reali. Sul piano strettamente processuale, ne deriverebbe che i risultati ottenuti mediante l'utilizzo dello *Statement Validity Analysis* non potrebbero essere utilizzati a fini probatori, poiché tale metodo scientifico non presenta i requisiti di "affidabilità scientifica" elaborati dalla giurisprudenza⁹¹; nonostante non siano mancate pronunce giurisprudenziali sia stato considerato alla stregua di una «tecnica scientifica, anche se non catalogabile nel novero della "prova scientifica" in senso stretto»⁹².

5. Le questioni "controverse" nella psicologia della testimonianza

Negli ultimi anni, gli studi e le ricerche nel campo della psicologia forense sul tema della testimonianza del minore hanno fornito un importante contributo agli operatori giuridici in relazione alle prassi di intervento e alle tecniche di interrogatorio che offrano una maggiore tutela al minore e, al tempo stesso, si rivelino più efficaci in termini di genuinità della prova. In particolare, la Carta di Noto contenente le "Linee guida per l'esame del minore" ha recepito i più recenti progressi scientifici maturati nello studio della memoria, dei processi cognitivi e nel campo della psicologia evolutiva, sottolineando l'opportunità che l'esperto in psicologia e psichiatria infantile all'interno del processo penale utilizzi «metodologie *evidence-based*», ritenute affidabili dalla comunità scientifica di riferimento (punto 11). Uno dei temi che desta maggiori perplessità è rappresentato dall'utilizzo, nel corso dell'intervista di un minore presunta vittima di abusi sessuali, delle bambole anatomiche, ossia di bambole provviste di dettagli anatomici sessuali finalizzate ad agevolare la comunicazione tra il minore e l'intervistatore laddove una descrizione verbale non risulti agevole, sia per mancanza di termini appropriati, sia per l'imbarazzo provocato dai temi inerenti a tale

⁹⁰ G. MAZZONI, L. AMBROSIO, *L'analisi del resoconto testimoniale in bambini: impiego del metodo di analisi del contenuto C.B.C.A. in bambini di 7 anni*, cit., auspicano che la ricerca futura si indirizzi «verso la valutazione dello specifico potere di differenziazione dei singoli criteri o di combinazione di essi. Inoltre, esistenza la necessità che sia fatta ricerca su campioni più ampi perché venga mostrata la relazione tra fattori quali l'età, la complessità dell'abuso sessuale, la storia processuale e i criteri di contenuto».

⁹¹ Il riferimento è alla sentenza Cozzani: Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786.

⁹² Cass., sez. III, 17 novembre 2015, n. 15891.

sfera⁹³. Ad esempio, il minore potrebbe essere aiutato a “raccontare” i fatti legati al presunto abuso semplicemente indicando le parti del corpo coinvolte sulle bambole anatomiche⁹⁴. Tuttavia, l’uso delle bambole anatomiche per la valutazione dei minori presunte vittime di abusi sessuali presenta alcuni problemi in termini di suggestionabilità poiché, aumentando il livello di informazioni sulla sfera sessuale in suo possesso, vi è il potenziale rischio che si incentivino attività ricostruttive e falsi ricordi⁹⁵. Inoltre, l’utilizzo di bambole anatomiche non è da considerarsi alla stregua di un test-diagnostico, in quanto non soddisfa i criteri di attendibilità, validazione e standardizzazione generalmente applicati in campo psicodiagnostico⁹⁶. La stessa Carta di Noto sconsiglia «altamente» l’impiego delle bambole anatomiche (punto 22) e, qualora si ritenga comunque opportuno ricorrervi, è necessaria la presenza di un professionista specificamente formato, il quale dovrà – preferibilmente – svolgere altri test complementari⁹⁷.

Un altro tema su cui ancora non vi è uniformità di visioni è la rilevanza da attribuire ai c.d. indicatori di abuso, ossia a quei segnali cognitivi, fisici, comportamentali ed emotivi sintomatici di malessere e disagio del minore, ma non unicamente riconducibili all’abuso sessuale: tale procedura induce in un errore logico, consistente nel dedurre l’esistenza della causa, ossia l’abuso, sulla base dell’esistenza degli effetti⁹⁸. Ad esempio, da alcuni studi è emerso come vi sia una coincidenza di sintomi da abuso sessuale con quelli da separazione tra genitori⁹⁹. Nonostante la giurisprudenza tenda, in alcune occasioni, a valorizzare i c.d.

⁹³ A. MAASS, *Attendibilità del bambino e problemi di comunicazione*, cit., p. 463, riporta i dati di alcune ricerche secondo le quali i bambini al di sotto dei quattro anni hanno difficoltà ad identificare correttamente i personaggi reali con le rispettive bambole.

⁹⁴ C. SCOLARI, *Linee guida e protocolli per l’intervista del minore sessualmente abusato: una rassegna*, in *Maltrattamento e abuso all’infanzia*, 2016, p. 34 s., evidenzia come le principali linee guida elaborate a livello internazionali consiglino l’utilizzo di bambole anatomiche quale possibile sussidio utilizzabile nel corso dell’intervista.

⁹⁵ A. R. CORDERO, *Ipnosi clinica e arte terapia nella guarigione del bambino interiore: la sua applicazione nell’abuso sessuale durante l’infanzia*, in *Ipnosi*, 2020, p. 35, ritiene che solitamente le bambole anatomiche sono utilizzate dai bambini come una proiezione della propria impotenza e della mancanza di protezione.

⁹⁶ A. MAASS, *Attendibilità del bambino e problemi di comunicazione*, cit., p. 463, avvalorata tale affermazione evidenziando come non esista un’unica procedura e valori nazionali di riferimento. Ad esempio, solo negli Stati Uniti esistono almeno 20 procedure diverse.

⁹⁷ Nelle Linee-guida SINPIA, in tema di abuso sui minori, si legge come «non vi sono evidenze circa l’effettiva utilità dell’uso delle “bambole anatomiche”; esse possono risultare inducenti e suggestive, mentre non è provato che i bambini abusati producano sequenze simboliche sessualizzate con maggiore frequenza rispetto ai controlli» (raccomandazione 6.5.7).

⁹⁸ A. STRACCIARI, G. SARTORI, A. BIANCHI, *Neuropsicologia forense*, cit., p. 157.

⁹⁹ Cass., sez. III, 8 marzo 2007, 121, afferma che non esistono indicatori comportamentali e specifici di abuso sessuale, in quanto «è noto che la risposta allo stress è aspecifica per cui le stesse reazioni emotive e comportamentali possono derivare sia dall’abuso sessuale sia dal conflitto genitoriale, sia da entrambi i fattori».

indicatori di abuso¹⁰⁰, la Carta di Noto ritiene che non esistano «segnali psicologici, emotivi e comportamentali validamente assumibili come rivelatori o “indicatori” di una vittimizzazione. Non è scientificamente fondato identificare quadri clinici riconducibili ad una specifica esperienza di abuso, né ritenere alcun sintomo prova di essi. Parimenti, l’assenza di sintomatologia psicologica, emotiva e comportamentale in capo al minore non può escluderli» (punto 18). Gli esperti hanno individuato una serie di indicatori aspecifici che, sebbene siano sintomatici di una condizione di malessere e disagio, non sono riconducibili unicamente all’abuso sessuale. In particolare, gli indicatori di tipo fisico sono riscontrabili attraverso esami medici, anche se è raro riscontrare segni evidenti di violenza, tranne nel caso in cui – a seguito di esami di laboratorio – si riscontri la presenza di malattie sessualmente trasmissibili o fluidi corporei; indicatore poco rilevante nel caso degli adolescenti, per cui tali circostanze potrebbero essere frutto di rapporti consensuali¹⁰¹. Gli indicatori di tipo cognitivo, invece, riguardano le conoscenze del minore sulla sessualità che, se ritenute eccessive rapportate all’età del minore, potrebbero essere – ma non necessariamente – sintomatiche di abuso. Gli indicatori comportamentali quali, ad esempio, disturbi del comportamento alimentare, depressione, disturbi del sonno, sono talmente generici da potersi riferire potenzialmente a qualsiasi evento traumatico, non riconducibile in alcun modo ad un abuso sessuale. In definitiva, data l’impossibilità di individuare criteri o strumenti specifici per verificare l’avvenuto abuso sessuale, attualmente «i criteri più attendibili rimangono quelli dell’esperienza clinica e della competenza nel raccogliere la testimonianza»¹⁰².

¹⁰⁰ Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 5409; Cass., sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 37393. Di segno opposto, Cass., sez. III, 18 settembre 2007, n. 852, per la quale «costituisce un ragionamento circolare e non corretto ritenere che i sintomi siano prova dell’abuso e che l’abuso sia la spiegazione dei sintomi».

¹⁰¹ G. DE LEO, M. C. BISCIONE, *Problemi di metodo nelle consulenze tecniche per la valutazione della attendibilità delle testimonianze dei minori abusati*, in A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 524 s.

¹⁰² L. DE CATALDO NEUBURGER, “Validation”: quanto vale e in che cosa consiste, in *AIPG Newsletter*, 2002, p. 2 s.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Le specifiche esigenze di protezione del minore nella sua veste di testimone hanno spinto il legislatore italiano ad introdurre delle forme di protezione fuori, dal e nel processo penale finalizzate ad evitare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria. Si pensi all'art. 609-*decies*, c.p., il quale, nonostante la sua criticabile collocazione sistematica tra le norme di diritto penale sostanziale, assicura – in ogni stato e grado del procedimento – l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenni da parte non solo dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minore stesso, ma altresì da gruppi, associazioni od organizzazioni deputate all'assistenza e al supporto delle vittime di reati particolarmente pregnanti, riconducibili sostanzialmente alla sfera della libertà sessuale¹. Tuttavia, se la *ratio* di tale previsione è quella di garantire il miglior supporto psicologico al minore, la presenza di soggetti a lui totalmente estranei – perdipiù, subordinata al suo consenso e all'approvazione dell'autorità giudiziaria precedente – potrebbe sortire l'effetto opposto, disorientando ulteriormente il minore. Inoltre, il legislatore, recependo pedissequamente tale disposizione dalla Convenzione di Lanzarote², ha discutibilmente limitato il suo ambito di operatività alle sole persone offese minorenni coinvolte in taluno dei procedimenti concernenti i delitti tassativamente indicati nell'art. 609-*decies*, comma 1 e 2, c.p. Sarebbe stato più ragionevole, in un'ottica di protezione dell'equilibrio psichico del minore, estendere la portata applicativa – sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo – di tale disposizione, tale da consentire in concreto una tutela generalizzata del minore fonte di prova.

Il legislatore italiano, a partire dal 1996 – con l'introduzione dell'istituto dell'incidente probatorio “speciale” ex art. 362, comma 1-*bis*, c.p.p. – ha cercato di delineare un vero e proprio “statuto” del dichiarante minorenni, mediante plurimi interventi legislativi, derogando – nella maggior parte dei casi – alle modalità ordinarie di conduzione dell'esame testimoniale mediante la *cross examination*, ma senza, tuttavia, sacrificare i principi cardine

¹ La possibilità di avvalersi di questo tipo di assistenza affettiva e psicologica “qualificata” è stata introdotta dalla l. 172/2012, in occasione del recepimento della Convenzione di Lanzarote.

² Il riferimento è all'art. 31§5 per cui «ciascuna delle parti prevede [...] la possibilità per gruppi, fondazioni, associazioni o organizzazioni governative e non governative di fornire assistenza e/o sostegno alle vittime, previo loro consenso, nel corso dei procedimenti penali relativi ai reati fissati conformemente alla presente Convenzione».

del processo penale, ossia il diritto al contraddittorio nella formazione della prova e il diritto di difesa di cui agli artt. 111, comma 4 e 24 Cost. Ciononostante, il legislatore ha evitato una risistemazione complessiva della disciplina, introducendo – di volta in volta – nuove disposizioni senza premurarsi di abrogare quelle preesistenti o coordinarle con esse, con la conseguenza che l’attuale quadro normativo risulta poco coerente sul piano sistematico e non privo di lacune, le quali sono spesso colmate in sede giurisprudenziale e dottrinale.

Le maggiori perplessità emergono dalla disciplina sull’assunzione delle informazioni del minorenni nel corso delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero, della polizia giudiziaria e del difensore, contenuta rispettivamente negli artt. 351, comma 1-*ter*, 362, comma 1-*bis*, e 391-*bis*, comma 5-*bis*, c.p.p. In particolare, la l. 172/2012 ha previsto che, nell’espletamento di tali operazioni, questi soggetti possano avvalersi dall’ausilio di un esperto in «psicologia o psichiatria infantile», qualificando la sua presenza come obbligatoria – espressamente presidiata dall’inutilizzabilità – unicamente nel caso in cui all’assunzione di informazioni da persone minorenni proceda il difensore *ex art.391-bis*, comma 5-*bis*, c.p.p. La presenza obbligatoria dell’esperto non è invece prevista nel caso in cui il difensore proceda ad assumere le informazioni da persone minori mediante un colloquio non documentato oppure dichiarazione scritta *ex art. 391-bis*, comma 1 e 2, c.p.p.; modalità che, nel caso di un dichiarante minorenne, andrebbero senz’altro evitate o, quantomeno, nel farvi ricorso, in capo al difensore dovrebbe gravare un obbligo di avvalersi dell’ausilio dell’esperto³. Il legislatore ha omesso di coordinare le differenti discipline dettate per l’assunzione di informazioni in sede investigativa sotto il profilo conseguenze processuali in caso di assenza dell’esperto, con il rischio di un deficit di protezione del minore nel caso in cui sia chiamato a rendere informazioni al pubblico ministero e/o alla polizia giudiziaria⁴. Sarebbe fortemente auspicabile un nuovo intervento normativo che estenda la sanzione dell’inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza dell’esperto anche alle ipotesi di cui agli artt. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, c.p.p.: ciò consentirebbe, da un lato, di ridurre al minimo la possibilità di audizioni investigative mal condotte, suscettibili di provocare ulteriore *stress* al minore, con inevitabili ricadute sulla genuinità del suo contributo dichiarativo e, dall’altro, di evitare di ricorrere a forzature esegetiche che

³ Nonostante l’art. 56, comma 3, del codice deontologico forense prescriva l’obbligo per l’avvocato di servirsi dell’esperto in ogni audizione delle persone offese minorenni, pena la sospensione dall’esercizio dell’attività professionale da sei mesi ad un anno.

⁴ Non sembra potersi ritenere che il legislatore sia incorso in una “svista” dal momento che, anche il successivo d.lgs 212/2015 – attuativo della direttiva 2012/29/UE – non è intervenuto sul punto per colmare la disparità di trattamento tra le audizioni investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, e del difensore.

– sulla base di una lettura costituzionalmente orientata della disciplina – permettano di ricomprendere tale violazione nei «divieti stabiliti dalla legge» di cui all’art. 191, comma 1, c.p.p.⁵. Inoltre, il legislatore è stato approssimativo nel delineare il bagaglio di competenze di cui l’esperto deve essere in possesso, limitato unicamente al campo della psicologia o psichiatria infantile; perlopiù, non indicando alcun criterio che possa orientare il pubblico ministero nel valutare l’opportunità di ricorrere ad una figura specializzata in un campo piuttosto che in un altro, attribuendogli piena discrezionalità in ordine a tale scelta. Al fine di elevare lo *standard* qualitativo dell’ausilio fornito dall’esperto, sarebbe stato più ragionevole, forse, prevedere una competenza a tutto tondo, estesa anche al campo della neuropsichiatria infantile ed a quello della psicologia forense e della testimonianza, come d’altronde suggerisce il punto 1 della Carta di Noto⁶. La scarsa attenzione posta dal legislatore alla fase delle indagini preliminari è ulteriormente evidenziata dalla tendenziale assenza di forme di documentazione “aggravata” – diverse dalla semplice verbalizzazione delle dichiarazioni – idonee a cristallizzare il contributo dichiarativo del minore, come la videoregistrazione, il cui uso è stato fortemente incentivato sia dalla Convenzione di Lanzarote che dalla direttiva 2012/29/UE. L’art. 134, comma 4, c.p.p. subordina il ricorso allo strumento della riproduzione audiovisiva alla presenza di una situazione di assoluta indispensabilità – determinata da un’insufficienza dei mezzi ordinari di documentazione di cui all’art. 134, comma 1 e 2, c.p.p. – consentendo di prescindere da tale situazione solo nel caso delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità. Tuttavia, tale disposizione non si esprime in termini di obbligatorietà, ma semplicemente facoltizza il ricorso alla riproduzione audiovisiva, lasciando alle buone prassi interpretative e applicative l’utilizzo sistematico di tale modalità aggravata di documentazione⁷. Il legislatore, nonostante le plurime sollecitazioni in tal senso, non sembra ancora aver acquisito la consapevolezza dell’importanza che la videoregistrazione può assumere nel corso del processo penale, a maggior ragione se il protagonista è un dichiarante con specifiche esigenze di protezione, come il minore. Si tratta di uno strumento imprescindibile per contemperare l’esigenza di protezione della fonte “debole” e quella di ricerca della verità, garantendo un contraddittorio – seppur “differito” – nella formazione

⁵ Il riferimento è alla teoria delle c.d. prove incostituzionali. Sul dibattito circa l’utilizzabilità delle dichiarazioni assunte in assenza dell’esperto, v. *supra* cap. 2§2.3.

⁶ «È necessario che gli esperti (psicologi, psichiatri e neuropsichiatri infantili) [...] possiedano specifiche competenze legate ad una aggiornata formazione in psicologia forense e della testimonianza».

⁷ La stessa Commissione (giustizia) nello schema del d.lgs 212/2015 sollecitava l’obbligatorietà della videoregistrazione; sollecitazione che non è però stata accolta nel testo definitivo.

della prova in una fase in cui le dichiarazioni del minore sono assunte unilateralmente dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dal difensore. In definitiva, l'unica via concretamente percorribile per evitare di turbare l'equilibrio psichico del minore e, al tempo stesso, preservare la genuinità del suo contributo dichiarativo, è quella di un intervento del legislatore volto ad introdurre, nella delicata fase delle indagini, l'obbligo – espressamente presidiato dalla sanzione dell'inutilizzabilità – di videoregistrare i colloqui ed, altresì, di avvalersi dell'ausilio dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile. In questo modo, gli operatori giuridici sarebbero propensi a procedere all'assunzione unilaterale di informazioni unicamente nel caso in cui ciò sia assolutamente necessario, non potendo utilizzare tale via per "aggirare" le più stringenti regole previste per l'incidente probatorio, il quale, resta comunque la sede privilegiata per l'acquisizione delle dichiarazioni del minore.

Difatti, il modello generalmente adottato per l'assunzione della testimonianza del minore è quello dell'incidente probatorio "speciale" ex art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., in deroga ai canoni tipici del sistema accusatorio, in forza dei quali la sede naturale di formazione della prova è il dibattimento, ove il contraddittorio viene garantito nella sua più ampia manifestazione. L'intrinseca condizione di "debolezza" in cui si trova il minore, a causa delle sue caratteristiche psico-fisiche, porta con sé la necessità che il suo contributo dichiarativo sia cristallizzato nel più breve tempo possibile per preservarne la genuinità, rendendolo insensibile a suggestioni provenienti da soggetti terzi ed evitare che, il passare del tempo, possa alterare il ricordo o, addirittura, disperderlo. Nel delineare la disciplina dell'incidente probatorio "speciale", la tecnica legislativa utilizzata dal legislatore è stata, da un lato, quella di circoscrivere l'operatività di tale istituto ad un elenco di procedimenti per una serie di delitti espressamente elencati – elencazione da considerarsi tassativa – e, dall'altro, rinviare alle disposizioni concernenti le modalità di conduzione dell'esame testimoniale del minore stabilite per il dibattimento – oltre a quelle specificamente previste dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. – in virtù del rinvio ad esse operato dall'art. 401, comma 5, c.p.p. L'ambito di operatività dell'incidente probatorio "speciale" è stato notevolmente ampliato sia da un punto di vista oggettivo, ricomprendendo, ad esempio, il reato di maltrattamenti di cui all'art. 572, c.p.⁸, sia da un punto di vista soggettivo,

⁸ La Corte di Giustizia chiamata a valutare – nel famoso caso Pupino – la compatibilità dell'allora vigente art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. con la decisione quadro 2001/220/GAI, ha ritenuto che il giudice nazionale dovesse procedere all'assunzione del contributo dichiarativo di minori in età infantile, presunte vittime di maltrattamenti, nonostante tale fattispecie non rientrasse nell'elenco di reati per i quali era consentito il ricorso all'incidente probatorio. Il legislatore italiano, tuttavia, ha reagito alla sollecitazione proveniente dalla Corte di Giustizia solamente nel 2009, inserendo il reato di maltrattamenti ex art. 572, c.p. nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.

consentendo il ricorso all'incidente probatorio per assumere la testimonianza di un minorenni – al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità *ex art.* 392, comma 1, c.p.p. – e, in ogni caso, della persona offesa considerata particolarmente vulnerabile ai sensi dell'art. 90-*quater*, c.p.p.⁹. Nonostante ciò, l'incidente probatorio “speciale” presenta un importante limite dal punto di vista applicativo: è espressamente contemplato per assumere la testimonianza del minorenni, ma non tutti gli altri mezzi di prova a contenuto dichiarativo quali, ad esempio, la ricognizione o il confronto ai quali il minore partecipi. Tale scelta è alquanto criticabile in quanto rischia di moltiplicare le audizioni del minore sia in incidente probatorio che in dibattimento, ponendosi in evidente contrasto con la *ratio* che ha guidato lo stesso legislatore ad introdurre nell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. una limitazione alla possibilità di procedere ad un nuovo esame dibattimentale del minore già escusso in incidente probatorio. Con riguardo, invece, al regime di protezione applicabile all'esame testimoniale del minore nel corso dell'incidente probatorio “speciale”, l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. attribuisce al giudice un'ampia discrezionalità nella scelta del luogo, del tempo e delle modalità particolari del suo svolgimento, potendo disporre, ad esempio, che l'incidente probatorio si svolga in un luogo diverso dal tribunale¹⁰. Tuttavia, il legislatore è stato piuttosto impreciso nella formulazione dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.: con riferimento alle modalità di documentazione dell'esame testimoniale, utilizza in modo improprio i termini «consulenza tecnica» – che è un atto del pubblico ministero, e non del giudice – ed «interrogatorio», nonostante volesse, indubbiamente, riferirsi all'esame testimoniale del minorenni. Perlopiù, sarebbe opportuno un coordinamento, dal punto di vista della portata applicativa – sia soggettiva che oggettiva – tra agli artt. 398, comma 5-*bis* e 392, comma 1-*bis*, c.p.p., eliminando l'irragionevole disparità di trattamento introdotta dal legislatore. In particolare, l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. trova applicazione qualora tra le persone interessate «all'assunzione della prova» vi siano minorenni e, dunque, anche nel caso in cui il minore partecipi all'assunzione di altri mezzi di prova a contenuto dichiarativo diversi dalla testimonianza. Diversamente, l'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. consente il ricorso all'audizione “protetta” solamente nel caso in cui si proceda «all'assunzione della testimonianza di persona minorenni». Inoltre, tra le due disposizioni emerge la non perfetta

⁹ L'ambito di operatività dell'incidente probatorio è stato esteso, dapprima, dalla l. 172/2012 a tutti i dichiaranti minorenni, eliminando il riferimento alla persona offesa minorenni «infrasedicenne» e, successivamente, dal d.lgs 212/2015 il quale ha introdotto il riferimento alla persona offesa in «condizione di particolare vulnerabilità». V. *supra*, Cap. 2§4.

¹⁰ V. *supra*, cap. 2§5.2.

sovrapponibilità dei reati *ivi* elencati¹¹ – frutto, probabilmente, di una “stratificazione normativa” – con la conseguenza di delineare un sistema di protezione potenzialmente inadeguato: è possibile che si proceda con incidente probatorio “speciale” *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p. ma senza quel *surplus* di tutela assicurato dall’audizione protetta di cui all’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., poiché le dichiarazioni del minore rientrano nell’ambito di procedimenti per reati “comuni”. Anche in questa sede, il legislatore mostra una certa “timidezza” nel considerare la videoregistrazione quale mezzo privilegiato di documentazione delle dichiarazioni testimoniali: in primo luogo, l’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., nel prevedere la documentazione integrale delle dichiarazioni testimoniali, si esprime in termini di alternatività riferendosi a «mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva»; e, in secondo luogo, il legislatore ha considerato l’eventualità che vi sia un’indisponibilità di tali strumenti o di personale tecnico, indicando modalità di documentazioni sussidiarie. È evidente come la mancata videoregistrazione dell’incidente probatorio potrebbe facilmente essere giustificata sulla base di una mera indisponibilità di strumenti o personale tecnico, con il rischio di una disapplicazione sistematica della norma da parte degli operatori; eventualità che sembra inconcepibile dato che, l’ormai capillare diffusione tecnologica, consente facilmente di ricorrere a tali mezzi di documentazione. Analogamente a quanto prospettato per l’assunzione delle sommarie informazioni investigative, la videoregistrazione delle dichiarazioni testimoniali rese in incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p. dovrebbe essere obbligatoria e, al fine di attribuire a tale previsione una forte capacità coercitiva, dall’inosservanza di tale obbligo discendere l’inutilizzabilità delle relative dichiarazioni.

Fermo restando il *favor* del legislatore per l’assunzione anticipata – rispetto alle normali cadenze del processo penale – della testimonianza del minore in incidente probatorio, in assenza di una specifica richiesta da parte del pubblico ministero di procedere in tale sede, l’esame testimoniale del minore si svolge in dibattimento, seppur in deroga alle modalità ordinarie di cui all’art. 498, comma 1, 2 e 3, c.p.p.¹². Infatti, l’esame testimoniale del minore è eccezionalmente condotto dal presidente «su domande e contestazioni proposte dalle parti», cui possono aggiungersi – unicamente su richiesta di parte o su iniziativa del

¹¹ I reati di cui agli artt. 600-*quater* e 609-*quinquies*, c.p. sono previsti esclusivamente dall’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., mentre l’art. 609-*ter*, c.p., è contemplato soltanto dall’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.

¹² La conduzione dell’esame testimoniale da parte del presidente – in quanto soggetto *super partes* – assicura il rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova, seppur in forma “attutita”. Il presidente ha, infatti, il compito di “filtrare” le richieste provenienti dalle parti, con l’obiettivo di garantire la serenità del dichiarante minore e, al contempo, la genuinità del suo contributo dichiarativo.

presidente – le “modalità” di cui all’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., in quanto espressamente richiamato dall’art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p., e l’utilizzo del «vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico» *ex art.* 498, comma 4-*ter*, c.p.p., in presenza di minori che assumano la veste di vittime del reato e/o persone offese in condizione di particolare vulnerabilità¹³.

Sarebbe sicuramente più opportuno, per evitare innumerevoli rimandi reciproci tra le varie disposizioni¹⁴, delineare il “modello” generale dell’esame testimoniale del minore nell’art. 498, comma 4, c.p.p., trasponendovi alcune delle previsioni relative alle “modalità” di cui all’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., cui potrebbero aggiungersi – in presenza dei relativi presupposti – le ulteriori garanzie proprie dell’esame “schermato”, ossia l’utilizzo del vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico. Ciò consentirebbe un coordinamento tra la disciplina prevista per l’assunzione della testimonianza del minore in incidente probatorio e in dibattimento, tale per cui è a quest’ultima che dovrebbe farsi riferimento anche qualora – in sede di incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p. – sia opportuno procedere con le forme dell’audizione protetta.

Affinché possa configurarsi un vero e proprio “statuto” del dichiarante minorenni sono necessari alcuni accorgimenti che postulano necessariamente una modifica dell’attuale disciplina contenuta nell’art. 498, comma 4 e s., c.p.p.

Anzitutto, sorgono alcune perplessità in ordine alla facoltà riconosciuta in capo al giudice di avvalersi «dell’ausilio di un familiare del minore», in quanto suscettibile di avere un’influenza suggestiva sul minore stesso: nel corso dell’esame dibattimentale, egli potrebbe essere propenso a confermare la prima versione dei fatti già resa al familiare e, magari, non corrispondente al vero, per non “deluderlo”; il che avrebbe ineludibili conseguenze sulla genuinità della prova. Sebbene non sia possibile eliminare *tout court* tale possibilità, si potrebbe modificare questa specifica parte della disposizione al fine di renderla maggiormente fedele all’analoga previsione contenuta l’art. 35§1, lett. *f*, della Convenzione di Lanzarote, nella parte in cui consente che il minore sia accompagnato «dal suo rappresentante legale o, ove necessario, da un adulto di sua scelta»; è evidente l’assenza di un riferimento espresso alla figura del familiare. Il legislatore ha utilizzato il termine «ausilio», perlopiù non specificando in cosa questo debba consistere, sia con riferimento alla figura del familiare che a quella dell’esperto in «psicologia infantile», nonostante tali

¹³ Nulla esclude che, nel caso in cui il presidente ritenga – dopo essersi consultato con le parti – che l’esame diretto non possa nuocere alla serenità del teste, egli disponga che la deposizione prosegua nelle forme ordinarie, conformemente all’art. 498, comma 1, 2 e 3, c.p.p.

¹⁴ Infatti, l’art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. rinvia alle “modalità” di cui all’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. e, al contempo, l’art. 401, comma 5, c.p.p. rinvia alle forme di assunzione della prova stabilite per il dibattimento.

soggetti forniscano inevitabilmente un contributo diverso nel corso dell'esame dibattimentale. Non si comprende la ragione per cui in sede dibattimentale l'esperto dovrebbe possedere competenze limitate al campo della psicologia infantile e, invece, in sede di sommarie informazioni, possedere una formazione più ampia, estesa anche alla psichiatria infantile. Se l'attenzione deve essere polarizzata sulla tutela del benessere psicofisico del minore è necessario che l'esperto che coadiuva l'autorità giudiziaria procedente sia in possesso di una formazione completa, estesa al campo della psicologia, psichiatria e neuropsichiatria infantile ma altresì a quello della psicologia forense e della testimonianza¹⁵. La sua presenza dovrebbe essere obbligatoria in ogni fase del procedimento – posto che l'art. 30§1 della Convenzione di Lanzarote richiede l'adozione delle misure necessarie per «far svolgere le indagini e i procedimenti penali» nel rispetto dei diritti del minore – e finalizzata a “tradurre”, in un linguaggio facilmente comprensibile, le domande poste dall'autorità procedente al minore nel momento in cui questo sia chiamato a rendere dichiarazioni. La presenza obbligatoria dell'esperto è da ritenersi a *fortiori* necessaria se si considera che non vi è un espresso divieto in capo al giudice, qualora proceda personalmente alla conduzione dell'esame testimoniale, di formulare «domande che tendono a suggerire le risposte» *ex art.* 499, comma 3, c.p.p., dato che quest'ultima si riferisce unicamente all'esame condotto dalla «parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune». Un'estensione del divieto di porre domande suggestive anche in capo al presidente sarebbe tutt'altro che irragionevole, dal momento che l'art. 499, comma 6, c.p.p. affida allo stesso presidente il generale compito di intervenire, nel corso dello svolgimento dell'esame, per assicurare la «pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà e la correttezza delle contestazioni. Inoltre, la valutazione giudiziale sull'opportunità di disporre le modalità dell'esame “protetto” o “schermato”, attualmente previste dall'art. 398, comma 5-*bis*, e 498, comma 4-*ter*, c.p.p. deve sempre tenere in considerazione la duplice finalità di tutela del dichiarante e della genuinità del suo contributo dichiarativo. La possibilità di adottare tali forme ulteriori di protezione dovrebbe essere slegata da una specifica richiesta di parte ed estesa a tutti i dichiaranti minorenni e alle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità – indipendentemente dal reato per

¹⁵ Si propone nuovamente di riferirsi, quanto alle competenze degli esperti – ma anche delle altre figure professionali coinvolte nella raccolta della testimonianza del minore – alle indicazioni contenute nel punto 1 della Carta di Noto. La necessità che l'esperto sia in possesso di una formazione adeguata è fortemente avvertita sia dall'art. 35§1, lett. *c*, della Convenzione di Lanzarote, che dall'art. 23§2, lett. *a*, della direttiva 2012/29/UE nella parte in cui, con riferimento alle vittime con esigenze specifiche di protezione, richiede che le audizioni siano effettuate «da o tramite operatori formati a tale scopo».

cui si procede – previa adeguata motivazione del giudice circa l’assoluta necessità di ricorrervi.

Nello “statuto” del dichiarante minorenni devono essere ricomprese anche talune previsioni riferite alla fase che precede l’esame testimoniale del minore ed altre, invece, al momento successivo alla conclusione dello stesso. Con riferimento alla fase precedente all’esame testimoniale, l’art. 196, comma 2, c.p.p. attribuisce al giudice, anche d’ufficio, la facoltà di ordinare gli accertamenti opportuni sul minore – tipicamente attraverso lo strumento della perizia – al fine di verificarne «l’idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza»¹⁶. Generalmente, con riferimento ai minori in età infantile, tale “necessità” è da considerarsi *in re ipsa*, a causa delle loro caratteristiche psico-fisiche, come pure ritiene il punto 10 della Carta di Noto in relazione ai soggetti di età inferiore ai dodici anni; viceversa, con l’aumentare dell’età, un accertamento peritale potrebbe risultare anche superfluo. L’accertamento peritale deve essere finalizzato unicamente a vagliare la capacità del minore a rendere testimonianza, vale a dire la sua attitudine a testimoniare, sotto il profilo intellettuale ed affettivo, e la sua credibilità¹⁷; senza sfociare in alcuna valutazione circa la sua attendibilità, la quale è riservata esclusivamente al giudice. Tra le incompatibilità del perito espressamente previste dall’art. 222, c.p.p. sarebbe opportuno annoverare due ulteriori ipotesi – accogliendo i suggerimenti contenuti nella Carta di Noto – al fine di evitare un cumulo di funzioni in capo al medesimo soggetto: la prima, riferita a chi si occupa del «sostegno e del trattamento» del minore in sede extraprocessuale; la seconda, riferita all’esperto *ex art.* 498, comma 4, c.p.p. che coadiuva il presidente nell’ conduzione dell’esame testimoniale del minore in dibattimento.

Con riferimento alla fase che segue l’esame testimoniale del minorenni, il giudice è tenuto a valutare la prova «dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati», sulla base delle regole dettate dall’art. 192, c.p.p. In particolare, suscita qualche perplessità la scelta nel legislatore di non ritenere opportuna la necessità di valutare le dichiarazioni rese dalla persona offesa minorenni unitamente ad altri mezzi di prova che ne confermino l’attendibilità¹⁸, dal momento che le sue dichiarazioni – che, talvolta, sono anche le uniche – possono essere poste a fondamento di una sentenza di condanna senza alcun

¹⁶ Una previsione analoga è contenuta nell’art. 9 d. P. R. n. 448/1988 con riferimento all’imputato minorenni.

¹⁷ Per maggiori approfondimenti sull’indagine psicologica, v. *supra*, cap. 2§6.1 s.

¹⁸ A differenza di quanto previsto dall’art. 192, comma 3 e 4, c.p.p., per le dichiarazioni rese, rispettivamente, dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso *ex art.* 12, e per le dichiarazioni rese da persona imputata in un reato collegato a quello per cui si procede *ex art.* 371, comma 2, lett. *b*, c.p.p.

riscontro di natura estrinseca ed indipendente. Una ricostruzione volta ad applicare analogicamente la previsione di cui all'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p. anche in questo caso, potrebbe essere utile in chiave garantistica, in quanto permetterebbe di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione circa tali dichiarazioni.

Inoltre, la formulazione di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. – introdotto con la c.d. Riforma Orlando – secondo la quale il giudice deve disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa», sembrerebbe escludere l'obbligo di una nuova escussione del teste minorenni già sentito in incidente probatorio; il che, non sembra irragionevole alla luce delle *rationes* sottese all'istituto in questione. Tuttavia, al fine di ridurre al minimo il rischio di una condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, l'unica strada percorribile per legittimare una mancata escussione dei testimoni minorenni in sede di appello, escludendo l'operatività dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., è quella di videoregistrare integralmente l'incidente probatorio – in modo da garantire anche in sede di impugnazione un contraddittorio sulla formazione della prova – poiché un'eventuale condanna non potrebbe fondarsi unicamente sulla mera rilettura dei verbali e delle trascrizioni della testimonianza resa ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. Tale soluzione, però, può concretamente trovare applicazione solamente modificando la disciplina sulla documentazione di cui all'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., attraverso l'introduzione di un espresso obbligo di videoregistrazione delle dichiarazioni rese in incidente probatorio, pena l'inutilizzabilità delle stesse¹⁹.

In definitiva, è evidente l'opportunità di una risistemazione complessiva della disciplina ad opera del legislatore, tale da renderla coerente da un punto di vista sistematico – coordinando le numerose garanzie a tutela del minore testimone previste nelle diverse disposizioni del codice di rito – e maggiormente aderente alle plurime sollecitazioni provenienti dalla Convenzione di Lanzarote, dalla direttiva 2012/29/UE, e altresì dalla Carta di Noto.

In tale prospettiva, è fondamentale tenere sempre in considerazione due punti fermi. In primo luogo, l'introduzione di un obbligo generalizzato, esteso all'intera vicenda processuale, di videoregistrare i colloqui – quantomeno – del minorenni, in quanto funzionale a ridurre le audizioni del minore al minimo e allo stretto necessario per lo svolgimento del procedimento penale. La videoregistrazione consente anche a coloro che non abbiano partecipato personalmente all'assunzione della prova dichiarativa di cogliere tutti gli aspetti rilevanti

¹⁹ Per ulteriori considerazioni, v. *supra*, cap. 2§12.

della testimonianza – sia verbali che non verbali – visionando semplicemente il relativo filmato e, qualora lo ritengano opportuno, utilizzarli nelle fasi successive del procedimento, evitando di sottoporre il minore all’ulteriore *stress* derivate da un secondo esame testimoniale. A fronte della crescente digitalizzazione, al giorno d’oggi non è assolutamente contemplabile l’ipotesi di un’indisponibilità degli strumenti necessari per la videoregistrazione o di personale tecnico: è lo stesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che, anche con riferimento al settore della giustizia, ravvisa la necessità che siano ulteriormente implementate le «risorse umane e le dotazioni strumentali e tecnologiche dell’intero sistema giudiziario».

In secondo luogo, in ragione delle peculiari caratteristiche psico-fisiche che connotano il dichiarante minorenni, è opportuno che tutti gli operatori che entrano in contatto con tale soggetto (compresi i magistrati, gli avvocati e la polizia giudiziaria) siano in possesso di specifiche competenze – attraverso una formazione teorico-pratica – nel campo della psicologia forense e della testimonianza, che gli consentano di approcciarsi correttamente con i soggetti minorenni. Una specializzazione di questo tipo è possibile prevedendo come obbligatoria la partecipazione degli operatori giuridici sia a corsi di formazione, che a seminari di aggiornamento in psicologia giuridica e forense o, comunque, materie attinenti. In aggiunta a ciò, nell’esame testimoniale del minore gli operatori dovrebbero fedelmente rispettare le “buone prassi” contenute nelle linee guida – in *primis*, la Carta di Noto – le quali tengono debitamente conto dei risultati scientifici acquisiti dalla psicologia e dalla neuropsicologia; nonostante la giurisprudenza, sul punto, non sia concorde²⁰. Difatti, l’impiego di tecniche di intervista scientificamente valide, unitamente ad una costante specializzazione degli operatori, rappresenta la miglior soluzione concretamente praticabile per preservare l’integrità psico-fisica del dichiarante minorenni e la genuinità del suo contributo dichiarativo, in ragione dell’esigenza di ricerca della “verità processuale”.

²⁰ Sul carattere non vincolante della Carta di Noto, v. *supra*, cap. 1§10.

BIBLIOGRAFIA

- V. AIUTI, *Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2018, p. 682 – 690
- V. AIUTI, *L’art. 603, c.p.p dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1002 – 1019
- L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2017
- L. ALGERI, *L’esame del minore al vaglio della consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12, 2018, p. 1565 – 1572
- L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2012, p. 903 – 920
- S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012
- C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione Europea*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 2018, p. 523 – 551
- M. C. AMOROSO, *L’utilizzabilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali rede in sede di incidente probatorio in caso di ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2019, p. 1179
- E. APRILE, *L’acquisizione e la valutazione della testimonianza del minore nel processo penale: un ennesimo «banco di prova» nel dialogo tra il giurista e l’esperto di scienze ausiliarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, fasc. 6, p. 1597 – 1608
- A. ARESU, *Brevi riflessioni sulla protezione dei diritti del minore in sede internazionale e comunitaria*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2006, p. 65-78
- C. ARDIGÒ, *L’incidente probatorio per l’ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2020
- S. ARDITA, *La prevedibilità dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2002, p. 616 – 620
- AUTORI VARI, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, in www.garanteinfanzia.org, 2019

- M. AURIEMMA, *Sulla prova “unica o determinante”. Il Caso Al Khawaja e Thaery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2012, p. 571 – 576
- A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del “nuovo corso” avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, fasc. 7 – 8, 2013, p. 2837 – 2847
- A. BALSAMO, *“Processo equo” e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione italiana e della Corte Suprema del Regno Unito*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2011, p. 4494 – 4507
- G. BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un micro-sistema in evoluzione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2007, p. 985 – 991
- G. BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 143-146
- G. BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Giappichelli, 2017
- G. BELLUSSI, *L'intervista del minore nel processo. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2004
- H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in www.ibraspp.com.br, 2019
- T. BENE, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2013, p. 487-507
- M. BERTOLINO, *I diritti dei minori tra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1., marzo 2018, p. 21 s.
- A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, Giuffrè, 2009
- M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2013, p. 1 – 18
- M. BOUCHARD, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. uomo*, fasc. 12, 2019, p. 102 – 123
- M. BOUCHARD, *Prime osservazioni al decreto legislativo sulle vittime di reato*, in www.questionegiustizia.it, 14 gennaio 2016
- A. BRAMANTE, V. LAMARRA, *Accertamenti peritali sul testimone: la valutazione dell'idoneità a rendere testimonianza*, in www.ilpenalista.it, 31 ottobre 2016

- A. BRAMANTE, V. LAMARRA, La psicologia della testimonianza. Accuratezza e rappresentazione della realtà, in www.ilpenalista.it, 30 giugno 2016
- F. CALLARI, *L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2013, p. 1822 – 1862
- L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2006, p. 4207 – 4222
- L. CAMALDO, *Uno statuto speciale per il testimone minorenni. Riflessioni in occasione di un recente convegno*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2004, p. 1435 – 1438
- G. B. CAMERINI, R. DI CORI, U. SABATELLO, G. SERGIO (a cura di), *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Milano, Giuffrè, 2018
- G. CAMERINI, M. PINGITORE, G. LOPEZ, *L'audizione protetta della vittima vulnerabile nei casi di violenza sessuale*, in www.ilpenalista.it, 4 maggio 2016
- G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2010, p. 985 – 992
- A. M. CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012,
- A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2019, p. 274 – 304
- P. CAPRI, *La valutazione del minore nelle perizie in ipotesi di abuso sessuale*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, vol. 18, n. 2, giugno 2016, p. 13-29
- L. CARACENI, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2015, p. 329 – 355
- A. CARINI, *L'incidente probatorio nell'abuso sessuale sui minori: giudici e psicologi a confronto*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2006, p. 21-32
- D. CARPONI SCHITTAR, G. BELLUSSI, *L'esame orale del bambino nel processo*, Milano, Giuffrè, 2000
- D. CARPONI SCHITTAR, R. ROSSI, *Perizia e consulenza in caso di abuso sessuali sui minori. Quesiti e soluzioni psicologico-forensi*, Milano, Giuffrè, 2012
- R. CASIRAGHI, *Diritto al confronto con vittima minorenni e diritto alla prova dopo ritrattazione del teste*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2018, p. 2373 – 2377

- R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della “prova unica o determinante”*, in *Cass. pen.*, fasc. 9, 2012, p. 3115 – 3131
- L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa. Metodi e tecniche di conduzione*, Il Mulino, 2011
- F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 11 luglio 2014
- M. CASTELLANETA, *La giustizia a misura di minore in uno studio dell'Agencia Ue sui diritti fondamentali*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2015, p. 169-180
- E. M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2014, p. 1789 – 1814
- M. CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte europea di Strasburgo e i minori*, in *Sociologiadeldiritto*, n. 1, 2012, p. 97-119
- A. CAVEDON, M. G. CALZOLARI, *Come si esamina un testimone. L'intervista cognitiva e l'intervista strutturata*, Milano, Giuffrè, 2005
- C. CESARI (a cura di), *Il minore fonte di prova nel processo penale*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 2015
- C. CESARI, *Il “minore informato sui fatti” nella l. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2013, p. 157 – 193
- C. CESARI, *Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2014, p. 1178-1189
- G. CESARO, P. LOVATI, *La deontologia dell'avvocato e la specializzazione minorile che non c'è*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2011, p. 182
- A. M. CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, in *Cass. pen.*, n. 9., 2020, p. 3282 s.
- A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2015, p. 879 – 901
- P. CICOGLIA, M. OCCHIONERO, A. CADAMURO, *Differenze individuali nel ricordo autobiografico relativo al periodo dell'amnesia infantile*, in *Psicologia clinica dello sviluppo*, n. 2, 2002, p. 257 – 273
- M. G. CIVININI, M. IKONOMU, *X e altri c. Bulgaria: la Corte EDU sui diritti procedurali delle vittime di abusi, sull'importanza delle tecniche di indagine, dell'ascolto, della cooperazione internazionale*, in www.questionegiustizia.it, 12 febbraio 2021
- E. COLOMBO, *Le novità del d.lgs. n. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, fasc. 5, 2016

- R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2015, p. 66-87
- C. CONTI, *Le dichiarazioni del testimone irreperibile: l'eterno ritorno dei riscontri tra Roma e Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2, 2015, p. 1 – 10
- A. R. CORDERO, *Ipnosi clinica e arte terapia nella guarigione del bambino interiore: la sua applicazione nell'abuso sessuale durante l'infanzia*, in *Ipnosi*, n. 1, 2020, p. 27 – 46
- E. CRUSSI, *Testimonianza dei minori ed accertamento della loro attendibilità*, in *Dir. famiglia*, fasc. 2, 2011
- M. DANIELE, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 64 s.
- A. DE CARO, *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 293 s.
- L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, 2 ed., Cedam, 2008
- F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 aprile 2016
- A. DIAMANTE, *La Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal d.lgs 212/2015*, in www.giurisprudenzapenale.com, 24 marzo 2016
- G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.* [Agg. VI], 2002, p. 546 - 565
- C. DI GIACOMO, *La tutela del minore in sede di audizione testimoniale e le prospettive di attuazione della decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2011, p. 739 – 760
- F. DI MUZIO, *La testimonianza della vittima "vulnerabile" nel sistema delle garanzie processuali*, in www.giurisprudenzapenale.com
- G. DIMATTIA, *L'audizione di minori abusati: breve discussione su vizi e difetti metodologici*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2016, p. 33-41
- F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2014
- C. DI PAOLO, *Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano*, in *Annalidellafacoltàgiuridicadell'Università di Camerino*, n. 1, 2012, p. 59 – 86

- D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato in vista del recepimento della Direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, fasc. 10, 2015, p. 3415 – 3422
- D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 gennaio 2016
- P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2019, p. 1 – 7
- P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4, 2013, p. 393 – 401
- L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2016, p. 845 – 849
- L. FILIPPI, *Testimoni vulnerabili ed equo processo*, in *Riv. giur. Sarda*, fasc. 2., 2014, p. 63 s.
- C. FIORAVANTI, *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in *Ann. Univ. Ferrara, Sc. giur.*, Vol. XI, 1997, p. 1 – 63.
- C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 4, 2010, p. 981 s.
- A. FORZA, G. SERGIO, P. MICHIELIN, *Difendere, valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, Milano, Giuffrè, 2001
- A. FORZA, *Il minore testimone, gli esperti e le prassi applicative*, in *Riv. pen.*, 2015, p. 927-934
- A. FORZA, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, in *Arch. nuova proc. pen.*, n. 2, 2013, P. 143-148
- B. FRAGASSO, *Osservatorio Corte EDU: febbraio 2021*, in www.sistemapenale.it
- F. GABBERT, L. HOPE, R. P. FISHER, *Protecting eyewitness evidence: examining the efficacy of a Self-administred interview tool*, in *Law and Human Behavior*, vol. 33, n. 4, 2009, p. 298 – 307
- C. GABRIELLI, *La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* n. 2, 2018, p. 964
- C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2018, p. 804-824

- P. GAETA, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell'Unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistematica*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 7-8, p. 2701 s.
- A. GAITO, *Vecchio e nuovo approccio a proposito della rinnovazione in appello*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2015
- A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2012
- N. GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in www.sistemapenale.it, 1 giugno 2020
- N. GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sez. un. Troise*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 aprile 2018
- G. GALLUCCIO MEZIO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello alla luce delle più recenti evoluzioni: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, fasc. n. 4, 2019, p. 1415
- G. GALLUCCIO MEZIO, *Riflessioni a margine delle Sez. un. nel caso Pavan: la rinnovazione della "prova tecnica" in appello tra luci e ombre*, in *Cass. pen.*, n. 11, 2019
- R. GENTILE, *La condizione del minore nell'ordinamento internazionale*, in *Dir. giust. min.*, 2012 (2-3), p. 28 s.
- M. GIALUZ, *Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. proc. pen.*, n. 1, 2019, p. 75 – 100
- A. GIANNINI, F. GIUSBERTI, *La testimonianza del minore*, in www.aipass.org
- G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, fasc. n. 3, p. 1019 – 1028
- F. M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di 'inutilizzabilità sopravvenuta' della testimonianza e da una sospetta irritualità della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, fasc. 11, p. 3016 – 3031
- G. GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, in www.sistemapenale.it, 1 luglio 2020
- G. GULOTTA, G. CAMERINI, M. PINGITORE, *Carta di Noto IV. Aggiornate le linee guida per l'esame del minore*, in www.ilpenalista.it, 20 novembre 2017
- M. IMBROGNO, *Il ruolo della Convenzione di Lanzarote nell'accertamento della violazione dell'obbligo di compiere indagini effettive ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, n. 3, 2021, p. 896 – 903

- M. JELOVCHIC, *Le frontiere del giudizio di attendibilità dichiarativa: potenzialità e limiti delle neuroscienze in ambito penale*, Milano, Giuffré, 2020
- E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2017
- E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016
- G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, ultima ed.
- A. LISI, I. GRATAGLIANO, *Valutazione della testimonianza infantile e suggestionabilità: analisi dei rischi per l'attendibilità e la memoria*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, Vol. 10, n. 1, marzo 2008, p. 59-75
- E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016
- J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 413-418
- R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. e società*, n. 3, 2015, p. 565 – 612.
- L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2005, p. 3541 – 3545
- E. LUZI, F. ESPOSITO, F. DAMATO, M. CESTARI, S. RICCI, L. PETRONE, *Il minore vittima di abusi sessuali e le garanzie del giusto processo penale*, in *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, vol. 1, n. 1, 2018
- G. MAGNO, *Il minore come soggetto processuale. Commento alla convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, Milano, Giuffré, 2001
- G. MAGNO, *Il minore è portatore di un semplice interesse, oppure è titolare di diritti?*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2011
- G. MAGNO, *La condizione della persona minore di età nelle principali convenzioni internazionali e nei regolamenti europei*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2013, p. 160-196
- V. MARCHESE, *La reformatio in pejus della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2013

- F. MARCHETTI, *L'impugnabilità ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, in www.sistemapenale.it, 11 maggio 2021
- A. MARGARIA, *Le linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di bambino*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2011, p. 168-187
- O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2019
- G. MAZZONI, L. AMBROSIO, *L'analisi del resoconto testimoniale in bambini: impiego del metodo di analisi del contenuto C.B.C.A. in bambini di 7 anni*, in www.psicologiagiuridica.com
- R. MENDICINO, *La vittimizzazione secondaria*, in *Profiling. I profili dell'abuso.*, anno 6, n. 3, settembre 2015
- M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2019
- M. MONTELEONE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al codice di procedura penale*, in *Giur. merito*, fasc. 7-8, 2013
- M. MONTEMURRO, *La rievocazione del ricordo nella testimonianza. Rassegna di studi*, in www.psicologiagiuridica.com
- V. MOTTA, *La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel temperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2014, p. 978 – 984
- O. MURRO, *Le modalità di assunzione della testimonianza del minore: insidie e difficoltà*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5, 2011, p. 581 – 590
- A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2017, p. 1 – 25
- A. MUSCELLA, *Un nuovo idolum theatri: la testimonianza de minore vittima di reati sessuali*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2019, p. 1 – 28
- D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2019
- F. NICOLICCHIA, *L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4/5, 2013, p. 1223 – 1232
- L. NULLO, *Le Sezioni unite definiscono il rapporto tra rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e dichiarazioni del testimone esperto*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2019

- P. PACZOLAY, *Il richiamo di altre fonti internazionali nelle sentenze Cedu*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 171 – 174
- M. L. PADELLETTI, *Salvaguardia dei minori e best interests of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, in *La Comunità Internazionale*, n. 3, 2018, p. 413 – 427
- D. PAPAIS, *Inosservanza delle cautele sottese all'esame incrociato del minore vittima di abuso sessuale*, in *Dir. giust. min.*, n.1, 2015, p. 176 – 180
- M. PARISI, *Il giudice e il ruolo del perito nei reati di violenza sessuale in danno di minori*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2013, p. 4176 – 4180
- N. PASCUCCI, *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni. Nota a Sez. III, 10 dicembre 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 9, p. 2977
- N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2020
- N. PASCUCCI, *La testimonianza delle persona offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in, *Culturagiuridicaedirittovivente*, Vol. 7, 2020, p. 1 – 10
- N. PASCUCCI, *Le dichiarazioni del minorenni informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 7-8, p. 3067 s.
- N. PASCUCCI, *Osservazioni sulla vittima minorenni*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 11, p. 4219-4232.
- G. PAVICH, *Il minore dichiarante e vittima vulnerabile, con particolare riguardo alla fase investigativa. Criticità dell'audizione a sommarie informazioni da parte della polizia giudiziaria*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, p. 467-473
- V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2008, p. 2296 - 2309
- S. PIETRALUNGA, C. SALVIOLI, *La testimonianza del minore: riflessioni criminologiche*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, CXLV, n. 1, 2021
- M. PINGITORE, *La Carta di Noto e il Mozzicone di Sigaretta*, in www.psicologiagiuridica.eu, 4 marzo 2016
- P. PIRRONE, *La Convenzione sui diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano a trent'anni dalla sua adozione*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 2., giugno 2020, p. 389
- S. RECCHIA, *Processi cognitivi della testimonianza: i ricordi*, in www.aipgitalia.org, 2013

- S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 6, 2011, p. 1609 – 1644
- S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni "de relato"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 novembre 2013
- S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 marzo 2013
- R. RIVELLO, *L'interesse del minore tra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2011
- C. RIZZO, *Accertamenti sull'età e personalità del minore nel procedimento penale*, Milano, Giuffrè, 2007
- C. RIZZO, *L'indagine psicologica del teste minorenni*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2013, p.4505 – 4519
- B. ROMANELLI, *Incidente probatorio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2021
- M. RUVOLO, *Investigazioni difensive e prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2012, p. 1 – 24
- C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2013, p. 1 – 20
- A. SORGATO, *Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio*, www.ilpenalista.it, 28 ottobre 2019
- L. SAPONARO, *La capacità testimoniale del minorenni*, in *Minorigiustizia* n. 3, 2013, p. 229-234
- D. SAVY, *La vittima dei reati nell'Unione europea. Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarietà della disciplina penale e civile*, Milano, Giuffrè, 2013
- C. SCOLARI, *Linee guida e protocolli per l'intervista del minore sessualmente abusato: una rassegna*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, Vol. 18, n. 2, 2016, p. 31 – 50
- G. SERGIO, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori*, in *Cittadini in crescita* n.1/2003, Firenze, 2000, p. 9-24

- M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. pen.*, fasc. 1, 2015, p. 1 - 48
- A. STRACCIARI, G. SARTORI, A. BIANCHI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, Il Mulino, 2010
- E. STRACUZZI, “*Ascolto e testimonianza del minore*”, in www.aipg.it, 14 novembre 2008
- L. SURACI, *L’audizione delle persone minorenni nell’ambito delle investigazioni difensive*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2014, p. 994 – 1000
- L. SURACI, *L’incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pisa, Pacini Giuridica, 2017
- G. TABASCO, *Le Sezioni unite impongono l’obbligo della rinnovazione delle prove decisive nei giudizi di rinvio dopo annullamento delle sentenze assolutorie*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. n. 5, 2021
- A. TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 328 – 342
- M. G. TOMASINO, B. F. CARILLO, I. GRATTAGLIANO, *Statement Validity Analysis Reality Monitoring: analisi critica di due strumenti per valutare le affermazioni dei testimoni*, in *Psichiatria e psicologia forense*, n. 2, 2002, p. 410 – 429
- P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11, 2011, p. 1341 – 1347
- F. TRAPPELLA, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2019
- F. TRIBISONNA, *Il perito non può esprimersi sull’attendibilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali*, in www.ilpenalista.it, 7 settembre 2016
- F. TRIBISONNA, *Infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell’incidente probatorio per l’audizione del minore che non sia vittima di reato. Nota a Corte costituzionale 5 febbraio 2021 n. 14*, in www.ilpenalista.it, 9 marzo 2021
- F. TRIBISONNA, *Non è vincolante il ricorso alla Carta di Noto nell’esame del minore*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 67-77
- F. TRIBISONNA, *L’inosservanza dei protocolli scientifici nei casi di testimonianza del minore*, in www.ilpenalista.it, 30 settembre 2016
- G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, fasc. 10, 2009, p. 4058 – 4067

- M. VAGNI, T. MAIORANO, D. PAJARDI, *Memoria e suggestionabilità interrogativa nei minori testimoni in casi di presunto abuso sessuale*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, Vol. 19, n. 2, 2017, p. 141 – 160
- C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2016
- L. VARRECCHIONE, *L'inapplicabilità dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello ex art. 603, c. 3-bis c.p.p. nel caso di cd. doppia conforme di assoluzione*, in *Pen. Dir. e proc.*, 2021
- D. VISPO, *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processualpenalistico italiano: prime riflessioni a margine del d.lgs. 212/2015*, in www.la legislazione penale.eu, 2016
- A. ZAMPAGLIONE, *Il divieto di rivolgere domande suggestive al teste minorenni ed il suo ambito di operatività*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2013, p. 1234 – 1240
- F. ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2013
- M. ZORZI, V. Giroto, *Fondamenti di psicologia generale*, Il Mulino, 2007
- R. ZUBANI, *La tutela dei diritti del minore a livello internazionale*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, Vol. 6, n. 1, aprile 2004