



**CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**  
Nona Commissione – Tirocinio e Formazione Professionale  
Incontro di studi sul tema

**Prova dichiarativa:  
meccanismi del ricordo, tecniche di escussione e criteri di valutazione**

**MATERIALI DI STUDIO**

**Dott. Sandro Ciampaglia**  
**Giudice per le indagini preliminari**  
**del Tribunale di Torre Annunziata**

## **1. LA VALUTAZIONE DELL'ATTENDIBILITÀ DEL TESTIMONE**

Il principio del libero convincimento, cristallizzato nell'art. 192.1 c.p.p., è collocato in <<una prospettiva di rigorosa tutela della legalità sul piano probatorio>><sup>1</sup>, nel senso che esso è costituito con riferimento al momento della valutazione della prova, rimanendone esclusi gli stadi anteriori del procedimento probatorio, per i quali opera un regime di legalità e non di <<libera prova>><sup>2</sup>.

Rifiuto di prove "legali", <<ad esito legalmente prestabilito>><sup>3</sup>, ma, nel contempo, valutazione rigorosamente limitata alle prove legittimamente acquisite.

La valutazione soggiace alla verifica legale dell'obbligo motivazionale che l'art. 192.1 c.p.p. collega al libero convincimento allo scopo di evidenziare che <<la libertà di apprezzamento della prova trova un limite in principi razionali che devono trovare risalto nella motivazione>><sup>4</sup>, attraverso la puntuale indicazione dei <<risultati acquisiti>> e dei <<criteri adottati>>.

L'attività valutativa espressione del libero convincimento deve esplicitarsi nel rispetto sia di confini normativi, cioè delle regole giuridiche che presidiano la valutazione medesima, sia di confini razionali sì da enunciare, attraverso lo strumento della motivazione, in forma tendenzialmente dialettica e secondo metodo epistemologico, le ragioni logiche per le quali non sono state ritenute attendibili eventuali prove contrarie, anche per agevolare la verifica in sede di impugnazioni.

Il riferimento ai risultati conseguiti è alla conclusione del ragionamento probatorio, oltre il ragionevole dubbio.

I criteri adottati nella valutazione delle prove si riferiscono invece alle cosiddette massime di esperienza che, esplicitate nella motivazione, cementano il ragionamento probatorio secondo le regole della logica, della scienza e dell'esperienza corrente<sup>5</sup>.

L'applicazione di regole di esperienza, evidentemente necessaria per la valutazione della prova indiziaria, è altrettanto indispensabile nella valutazione della prova dichiarativa dove l'obbligo di indicare i criteri adottati consente di giustificare razionalmente la valutazione medesima, evitando in tal modo giustificazioni apparenti, meta razionali o, peggio, di mero valore in merito all'affidabilità o meno di una fonte e di esprimere una conclusione logicamente verificabile in punto di attendibilità delle prove dichiarative poste a fondamento della decisione adottata.

---

<sup>1</sup> GREVI, Prove, in Conso – Grevi, 306

<sup>2</sup> NOBILI, Libero convincimento del giudice, dir. Proc. pen., Enc. Giur. XVIII, 2)

<sup>3</sup> CORDERO, Guida, 333 s.

<sup>4</sup> Rel. Prog. Prel. c.p.p., 61

<sup>5</sup> FERRUA, Studi, 589

Rispetto alla testimonianza, il principio del libero convincimento si esplica escludendo che il giudice debba assegnare un valore prestabilito ai risultati della escussione dibattimentale, in relazione alle qualità soggettive del testimone ed alla sua posizione rispetto all'oggetto della prova.

Diversamente per i testimoni assistiti, indicati nell'art. 197 bis c.p.p. dove si rinvia espressamente alla regola valutativa dell'art. 192.3 c.p.p..

Da ciò consegue l'orientamento giurisprudenziale che tende a presumere l'attendibilità del testimone.

In sintesi, si afferma che il giudice deve partire dal presupposto che il teste sia veridico, a meno che non sussistano elementi concreti, specifici e riconoscibili che rendano fondato il dubbio del contrario.

Corollario di tale affermazione è la possibilità che una sentenza di condanna si fondi anche sulla deposizione di un unico teste, anche in assenza di riscontri esterni, il ricorso ai quali, eventualmente, può essere funzionale al solo vaglio di credibilità.

### **1.1 LA CAPACITA' A TESTIMONIARE.**

La valutazione di veridicità della testimonianza presuppone una verifica preliminare e di norma non formalizzata in ordine alla capacità del dichiarante, ovvero alla sua idoneità a fornire un contributo processualmente spendibile.

L'art. 196.1 c.p.p. riconosce ad ogni persona la capacità di rendere testimonianza riproducendo l'art. 348.2 del c.p.p. abrogato che aggiungeva che spettava al giudice valutarne la credibilità.

L'idoneità a testimoniare è concetto diverso rispetto alla capacità di intendere e di volere perché, nel suo significato minimo, richiede, oltre all'attitudine a determinarsi liberamente e coscientemente, la capacità di discernere il contenuto delle domande, la capacità di ricordare i fatti oggetto della deposizione e la competenza a riferire le circostanze oggetto dell'intervista.

Il secondo comma della norma citata prevede poi la possibilità per il giudice, quando <<sia necessario verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza>> di <<ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge>>, <<al fine di valutare le dichiarazioni del testimone>>.

Come risulta evidente dall'impianto normativo, la verifica di idoneità, eventualmente riservata al tecnico, non attiene alla valutazione di attendibilità della fonte, comunque attribuita al giudicante e da quest'ultimo in alcun modo abdicabile o delegabile, sia pure in parte.

Al riguardo si è osservato che <<il divieto di perizie sul carattere, sulla personalità e sulle qualità psichiche (indipendenti da cause patologiche) dell'imputato posto dall'art. 220, comma secondo, cod. proc. pen. non si estende anche alla persona offesa-teste, la cui deposizione, proprio perché

*essa può essere assunta da sola come fonte di prova, deve essere sottoposta a una rigorosa indagine positiva sulla credibilità anche soggettiva, che deve essere verificata pure sotto il profilo della capacità di testimoniare ai sensi del secondo comma dell'art. 196 stesso codice: la verifica della "idoneità mentale" è rivolta ad accertare se la persona offesa sia stata nelle condizioni di rendersi conto dei comportamenti tenuti in pregiudizio della sua persona e del suo patrimonio e sia in grado poi di riferire in modo veritiero siffatti comportamenti>> (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 37402 del 04/10/2006 Ud. (dep. 13/11/2006 ) Rv. 235034).*

Il caso esaminato dalla Corte riguardava un'imputazione per i reati di sequestro di persona e violenza sessuale in danno di una donna affetta da risalenti e conclamati disturbi psichici.

In particolare, nei motivi di ricorso il difensore dell'imputato evidenziava che il proprio assistito era stato in precedenza sottoposto ad altro procedimento penale con esito assolutorio a seguito di dichiarazioni accusatorie della stessa persona offesa la quale in quella circostanza era stata ritenuta inattendibile e si era rifiutata di essere sottoposta a perizia psichiatrica.

La Corte ha premesso che compete al giudice il vaglio critico sugli elementi acquisiti e la valutazione circa la opportunità e/o la necessità di un accertamento peritale che, senza demandare al perito la verifica dell'attendibilità' del testimone, apporti specifiche competenze tecnico-scientifiche.

Nella fattispecie esaminata ha quindi ritenuto che i giudici di merito avessero dato conto delle ragioni per le quali avevano ritenuto di non aderire alla richiesta di rinnovazione parziale dell'istruzione dibattimentale mediante espletamento di perizia psichiatrica, avendo rappresentato che le dichiarazioni della parte offesa - peraltro nemmeno costituitasi parte civile - tutte intese ad evidenziare lo stato di sopraffazione e di costrizione in cui la stessa si era venuta a trovare, non solo erano apparse coerenti e lineari ma, lungi dall'essere smentite dalle altre risultanze processuali, erano state da queste corroborate. La corte di merito aveva infatti indicato elementi di riscontro alle dichiarazioni della parte offesa, individuandoli *in primis* nelle dichiarazioni dei funzionari di polizia ai quali da tempo si era già rivolta la persona offesa e che erano intervenuti al momento della denuncia.

In un caso esaminato dal Tribunale di Torre Annunziata (procedimento a carico di 3 cittadini ucraini accusati di violenze sessuali continuate in danno di un minore affetto da conclamati disturbi psichici) l'istruttoria dibattimentale si giovò delle dichiarazioni di consulenti che valutarono positivamente la capacità della persona offesa di rappresentare in termini reali i fatti di cui affermava essere

stato vittima ed il collegio ritenne che queste fonti probatorie consentissero di superare positivamente il vaglio di idoneità del dichiarante.

Il secondo momento di verifica attenne all'attendibilità del narrato che presentava profili di particolare delicatezza in quanto la persona offesa aveva fornito indicazioni sugli abusanti ma gli imputati risultavano irreperibili sicché non era stato possibile procedere ad alcuna attività ricognitiva.

Nella circostanza il collegio ritenne di pervenire ad una valutazione di affidabilità della fonte dichiarativa, anche con riferimento al momento della identificazione dei responsabili, considerando l'organizzazione dell'apporto dichiarativo che, a suo parere, si presentava connotato da una struttura logica, precisa e coerente.

Altra questione da considerare è quella del consenso dell'interessato all'espletamento dell'accertamento di cui all'art. 196.2 c.p.p..

La Corte Costituzionale con sentenza n. 238/1996 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 224 c.p. nella parte in cui consente al giudice di disporre misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato, dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste dalla legge, il che porta ad escludere che sia possibile procedere ad una perizia coattiva sulla capacità del teste.

L'ultimo comma dell'art. 196 c.p.p., nella parte in cui stabilisce che i risultati degli accertamenti che norma dell'art. 196.2 c.p.p. siano stati disposti prima dell'esame testimoniale non precludono l'assunzione della testimonianza è espressione del principio del libero convincimento e l'eventuale assunzione della testimonianza di un soggetto del quale sia stata accertata l'incapacità a testimoniare richiederà nella fase valutativa di dar conto dei criteri considerati.

## **1.2 LA VALUTAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA.**

Come è noto, assolutamente consolidato è l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *<<in tema di valutazione della prova testimoniale, le dichiarazioni rese dalla persona offesa, sottoposte ad un attento controllo di credibilità, possono essere assunte, anche da sole, come prova della responsabilità dell'imputato, senza che sia indispensabile applicare le regole probatorie di cui all'art. 192 commi terzo e quarto cod. proc. pen., che richiedono la presenza di riscontri esterni>>* (v., tra le tante, Cass., Sez. 6, Sentenza n. 33162 del 03/06/2004 Ud. (dep. 02/08/2004 ) Rv. 229755).

Altrettanto costante è la convinzione che il controllo sulla credibilità debba essere tanto più penetrante quanto maggiore risulti l'interesse del dichiarante rispetto all'esito del giudizio.

Ad esempio, in una vicenda esaminata dal Tribunale di Napoli, relativa a reati relativi allo sfruttamento della prostituzione in danno di cittadine extracomunitarie, si è ritenuto che <<la testimonianza della persona offesa, da cui sola si possano ricavare gli elementi necessari alla ricostruzione dei fatti, deve indurre il giudice ad innalzare il rigore valutativo stabilito dall'art. 192 c.p.p. in quanto cittadini extracomunitari dediti per propria scelta alla prostituzione potrebbero avere la tentazione di dipingersi quali sfruttati per giovare delle concessioni in materia di permesso di soggiorno che la legge italiana prevede per chi, in una situazione di sfruttamento, aiuti le forze dell'ordine a mettere le mani sui propri sfruttatori>> (sentenza del 29.12.03, in Riv. Pen. 2004, 869).

È altresì affermazione condivisa quella secondo cui maggiore rigore è richiesto nella valutazione della testimonianza della persona offesa che sia anche costituita parte civile, testimonianza per la quale, in più pronunce, si evidenzia l'opportunità di valutare se procedere a riscontrare le dichiarazioni medesime: <<qualora la persona offesa si sia anche costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di pretese economiche, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso, fino a valutare l'opportunità di procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 33162 del 03/06/2004 Ud. (dep. 02/08/2004 ) Rv. 229755).

La vicenda riguardava il caso di un funzionario responsabile dell'Ufficio economato del Comune di Taranto, il quale, nella qualità di preposto all'aggiudicazione degli appalti per il servizio di trasporto in occasione di consultazioni elettorali, con la minaccia di ritorsioni, avrebbe costretto il gestore di una ditta di traslochi a partecipare alle gare di licitazione privata presentando offerte tali da favorire l'aggiudicazione ad altre ditte.

Il funzionario era anche accusato di aver indotto la stessa persona a corrispondergli illecitamente somme di danaro con la minaccia di rallentare, in caso contrario, la liquidazione degli ordini di pagamento in favore della ditta di cui era titolare.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che occorre riscontri esterni, in quanto risultava che la parte civile era fortemente irritata per una serie di oggettive prevaricazioni di cui era stata vittima da parte di esponenti del Comune di Taranto e il cui risentimento verso l'imputato era acuito dalla propria (infondata) pretesa, dall'imputato disattesa, di potere e dovere svolgere tutti i lavori di trasporto e facchinaggio correlati allo svolgimento delle consultazioni elettorali e referendarie senza necessità di svolgimento di nuova gara, ma solo sulla base del contratto già stipulato tra la ditta di sua moglie e il Comune stesso.

In termini è l'affermazione secondo cui <<la credibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa deve essere valutata dal giudice di merito, dopo

*un'accurata indagine circa i profili di attendibilità dal punto di vista soggettivo ed oggettivo e la verifica dei riscontri obiettivi e non può essere inficiata dalla mera esistenza di un documento redatto dalla persona offesa, il quale possa in apparenza screditare l'attendibilità, quando è ragionevole ritenere che tale documento sia stato ottenuto a seguito di un atto di violenza o costrizione posto in essere dall'imputato, proprio al fine di preconstituirsì una prova a suo favore in caso di giudizio>> (Cass., sez. 3, sentenza n. 24348 del 12.05.04 ud., dep. il 28.05.04, rv. 229430)*

Nel caso di specie, relativo ad una contestazione di riduzione in schiavitù, la S.C. ha ritenuto corretta la valutazione dei giudici di merito circa l'attendibilità della vittima nonostante la presenza di una lettera - vergata dalla persona offesa e prodotta in giudizio dall'imputato - nella quale veniva manifestata l'esistenza di una relazione affettiva tra quest'ultimo e la parte offesa e l'apparente consenso di questa alla perpetrazione dei piccoli furti ai quali la vittima veniva invece costretta - in quanto lo stato di assoggettamento della vittima, emerso nel corso del giudizio dalle sue dichiarazioni e confortato da riscontri obiettivi (quali la documentazione medica relativa alle patite lesioni personali ed alle gravidanze interrotte; l'effettiva esistenza dei luoghi, tutti frequentati da rumeni, in cui la ragazza aveva dichiarato di avere vissuto con l'imputato; il rinvenimento di un consistente quantitativo di merce rubata nell'abitazione del predetto; le testimonianze di vari rumeni relative al coinvolgimento della parte lesa nei furti commessi per conto dell'imputato, alle percosse da costui infertele ripetutamente e alle violenze sessuali patite), ne confermava la piena attendibilità anche in merito alle giustificazioni dalla stessa fornite durante la testimonianza circa il fatto che ella fosse stata costretta dall'imputato a scrivere la missiva.

### **1.3 LA VALUTAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DEI MINORI E DEI GENITORI TESTIMONI DE RELATO.**

Tribunale di Torre Annunziata – seconda sezione penale – sentenza del 22.12.04 a carico di M.P. + altri imputati dei reati di associazione per delinquere e violenza sessuale per plurimi abusi in danno di alcuni bambini di età compresa tra i 7 e gli 8 anni, alunni di una scuola elementare di Torre Annunziata.

Con sentenza del 09.06.99 la prima sezione penale del Tribunale di Torre Annunziata dichiarava gli imputati responsabili del delitto previsto dall'art. 416 cod. pen. per essersi associati tra loro e con altre persone da identificare allo scopo di commettere più delitti di violenza carnale, consistiti in rapporti sessuali anali ed orali, corruzione di minori, atti di libidine ed induzione alla prostituzione di bambini.

Tale associazione, operante in Torre Annunziata fino al marzo – aprile del 1996, era anche finalizzata alla produzione di materiale pedopornografico destinato alla commercializzazione, mediante la realizzazione di videocassette e di fotografie riproducenti gli abusi.

La sentenza veniva riformata dalla Corte d'Appello di Napoli quanto alle pene per quasi tutti gli imputati e diveniva poi irrevocabile.

A seguito delle dichiarazioni rese da alcuni bambini abusati, i quali avevano indicato altri loro coetanei come vittime dei medesimi abusi, le indagini proseguirono e si pervenne alla identificazione di altri quattro minori.

Questi ultimi furono ascoltati dai magistrati titolari delle indagini, sottoposti a visite medico legali ed a consulenze psicodiagnostiche.

All'esito, fu disposto il rinvio a giudizio degli imputati per analoghe condotte abusanti poste in essere nei confronti degli altri quattro bambini.

Il percorso che porta al processo può essere così riassunto.

L'indagine era nata a seguito della denuncia sporta da una delle madri dei bambini la quale aveva riferito che suo figlio le aveva detto di essere stato violentato ripetutamente all'interno della scuola da alcuni amici più grandi che gli erano stati presentati da due suoi compagni di classe.

Sulla base di questa denuncia i tre minori vennero sentiti dai Carabinieri alla presenza delle madri.

Essi confermarono di essere stati violentati sia all'interno dei bagni della scuola che in un locale seminterrato, fornendo particolari raccapriccianti. I minori diedero anche una sommaria descrizione degli abusanti sulla cui base furono effettuati degli appostamenti ma essi non diedero esito ed il Pubblico Ministero, dopo circa un anno, nel dicembre del 1996, richiese al giudice per le indagini preliminari l'archiviazione del procedimento per essere rimasti ignoti gli autori dei reati.

Nel 1997 le indagini vennero riaperte a seguito di nuove e più dettagliate denunce delle madri dei tre bambini.

In particolare una di esse riferì che suo figlio aveva casualmente identificato uno degli abusanti in una persona conosciuta, titolare di un'officina meccanica, perché la figlia di quest'ultimo per il passato aveva fatto doposcuola al bambino. Il minore giustificò alla madre di non aver parlato fino a quel momento dicendo che era stato minacciato.

La donna aveva parlato con le altre due mamme ed a distanza di qualche giorno anche i loro figli avevano visto e riconosciuto l'imputato.

Dopo pochi giorni le tre donne presentarono un'integrazione di denuncia con la quale rappresentarono di aver appreso dai loro figli che le violenze si erano svolte anche all'interno di alcune abitazioni e che i bambini avevano identificato altri 8 abusanti.

I Carabinieri acquisirono le fotografie delle persone che erano state indicate ed i minori eseguirono un riconoscimento fotografico.

Le modalità di svolgimento dei fatti erano singolari: secondo il racconto dei bambini durante l'orario scolastico, tra le 10.00 e le 10.30, essi andavano nei bagni dove li attendeva una persona che li faceva passare attraverso una finestra a bascula; un altro individuo li afferrava di sotto e li accompagnava nello scantinato dove si consumavano le violenze. I bambini più grossi di corporatura facevano invece il giro dal corridoio, uscivano fuori attraversando l'ingresso principale e quindi scendevano nello scantinato approfittando dell'assenza di sorveglianza.

Altre violenze si svolgevano nel pomeriggio all'interno delle abitazioni di alcuni degli imputati.

Furono eseguiti dei sopralluoghi del plesso scolastico che confermarono la descrizione fatta dai minori e, in particolare, evidenziarono una situazione di carente controllo dell'istituto.

Analoghi sopralluoghi furono fatti presso le abitazioni di alcuni imputati indicate dai minori i quali avevano riferito della presenza di oggetti particolari (ad esempio un orologio con delle sfere metalliche) che effettivamente furono notati.

A questo punto vennero ascoltati anche altri bambini che erano stati indicati dai primi tre come vittime degli stessi abusi e, alla fine, l'attenzione si concentrò su 4 di essi che venivano indicati in modo costante dai primi 3 come presenti ai fatti.

Dopo l'audizione dei minori, si procedette alle operazioni di individuazione fotografica alla presenza dei genitori, dei P.M. e degli psicologi, operazioni che si conclusero con il riconoscimento di alcuni degli imputati.

Venne eseguita una consulenza medico legale che riscontrò per due dei 4 nuovi bambini segni di un abuso sessuale anale di tipo cronico.

Per gli altri bambini i consulenti ritennero che seppure vi era stata violenza sessuale questa poteva non essersi concretizzata con la modalità della penetrazione anale.

Tra il 1997 ed il 1998 i minori vennero sottoposti ad una consulenza psicologica da parte di un collegio composto da due neuropsichiatri infantili e da uno psicologo.

Nella loro relazione conclusiva i consulenti evidenziarono l'importanza della prima audizione di un minore per il pericolo di contaminazioni da informazioni successive, anche derivanti da eventuali interrogatori. <<La rappresentazione dell'evento – scrivono - si modifica sulla base delle differenti, successive narrazioni che il bambino produce e in relazione al tipo di domande che gli sono poste>>.

Venne quindi evidenziata la necessità di utilizzare un metodo di intervista adeguato che consentisse 3 operazioni parallele:

- 1) ridurre il carico traumatico del ricordo: evitare le audizioni ripetute
- 2) accrescere i ricordi e le informazioni.
- 3) ridurre le contaminazioni: porre domande aperte e non interrompere il minore.

*La step-wise interview è un metodo di intervista che si fonda sui seguenti passaggi:*

- *costruire il rapporto attraverso domande generali, osservando le caratteristiche comportamentali, linguistiche e cognitive;*
- *chiedere al minore di descrivere due esperienze passate che lo riguardano;*
- *porre domande sul significato e sulle conseguenze del raccontare o meno la verità (in generale);*
- *introdurre l'argomento in questione, eventualmente servendosi di mezzi di aiuto come il disegno;*
- *chiedere una libera esposizione dei fatti;*
- *porre domande generali, evitando di colpevolizzare il bambino per eventuali vuoti di memoria;*
- *porre domande più specifiche, cercando di chiarire o ampliare alcune delle risposte già fornite;*
- *concludere l'intervista eventualmente coinvolgendo l'operatore addetto alla videoregistrazione>>.*

La valutazione di attendibilità è quella cosiddetta di A. Green (direttore del "Columbia Presbyterian Family Center" presso il "Babies Hospital di New York"):

	attendibile	poco attendibile
LINGUAGGIO	Usa un proprio lessico Usa il suo punto di vista Cambia le parole ma non i fatti esposti	Usa un lessico da adulto Mancanza di dettagli Usa frasi ripetute
AFFETTIVITA'	Congrua rispetto alle dichiarazioni	Inappropriata rispetto alle dichiarazioni
COMPORAMENTO	Precocemente seduttivo Regressivo e diffidente Lamentele somatiche	Mancanza di cambiamenti rispetto a quanto osservato in precedenza
COGNIZIONE	Differenziazioni tra fatti e fantasie	Esame di realtà compromesso

		Confusione tra realtà e fantasia
MEMORIA	Molti dettagli Risposte senso motorie	Vaga ed evasiva
MOTIVAZIONI	Assenza di vantaggi secondari	Possibili vantaggi secondari
GIOCO	Presenza di temi sessuali espliciti Esagerazione o evitamento di caratteristiche sessuali	Assenza di temi sessuali nel gioco
ANAMNESI	Iperattività/eccitazione sessuale progressiva Presenza di "segreto"	Altre vicende mediche che spiegano i fatti

Utilizzando questa metodologia i consulenti procedettero preliminarmente ad un primo colloquio di approccio con tutti i bambini che frequentavano la prima e la seconda della sezione dove vi erano state le denunce e poi concentrarono la loro attenzione sui minori che si sospettava fossero stati vittime di abusi, ciascuno dei quali fu sottoposto a 2 o 3 interviste.

Per il primo bambino i consulenti ebbero l'impressione complessiva di un effettivo coinvolgimento del minore in pratiche sessuali all'interno della scuola ma nel contempo rilevarono che l'eccessivo tempo trascorso dai fatti, le numerose interviste, la pressione dei mass media rendevano difficoltosa la discriminazione tra quanto effettivamente avesse subito e da parte di chi e quanto dei suoi racconti appartenesse invece a suggestioni, falsi ricordi e contaminazioni.

Peraltro i consulenti evidenziarono che l'opera di assicurazione e sostegno delle famiglie, il distacco temporale dai fatti, la maggiore maturità affettiva avevano permesso al bambino di prendere coscienza degli eventi riferiti, contribuendo alla loro lenta e graduale rievocazione.

Ad esempio, nel corso della terza intervista il minore aveva fornito una ricostruzione parzialmente differente in quanto aveva riferito di non essere mai passato per la finestra ma di aver raggiunto il locale seminterrato transitando dai corridoi, laddove il passaggio dalla finestra era una modalità che aveva appreso dai racconti di altri bambini.

Il secondo bambino intervistato non aveva riferito di essere stato vittima di abusi. I consulenti ritennero che sebbene fosse possibile che il bambino mantenesse un atteggiamento reticente nei confronti di alcune circostanze, non erano emersi dai colloqui elementi espliciti che deponessero a favore del suo

coinvolgimento nei fatti. Aggiunsero di escludere atteggiamenti da parte della sua famiglia volti al mantenimento di un segreto o comunque reticenti.

Il terzo bambino chiese di far uscire il padre e riferì condotte esplicite di abuso. <<Premette di essere stato bendato ed imbavagliato, quindi calato giù dalla finestra dove un'altra persona lo aveva preso e portato nel garage.

Alcuni particolari sono poco coerenti, ad esempio il bambino non spiega come aveva fatto a vedere certe cose se era stato bendato, inoltre c'è poca precisione quanto alla collocazione cronologica dei fatti. Di contro, rispetto ad altre circostanze si riscontra una descrizione fin troppo dettagliata, risultato di possibili contaminazioni>>.

Tuttavia, venne formulata una valutazione di attendibilità complessiva, con la precisazione che erano probabili contaminazioni esterne, anche per effetto delle notizie dei mezzi di informazione.

Per altri due bambini, invece, i consulenti ritennero che le informazioni da essi raccolte non deponevano per un loro coinvolgimento nella vicenda.

In definitiva, per 3 dei bambini intervistati i consulenti conclusero per un loro coinvolgimento diretto nella vicenda ed espressero un giudizio positivo di attendibilità delle dichiarazioni rese.

Essi individuano una sorta di <<nocciolo duro>> nel racconto dei minori intervistati, al cui interno colgono degli importanti isomorfismi:

- a) la presenza di estranei nei bagni della scuola;
- b) il passaggio dei bambini dal bagno al garage;
- c) la dinamica delle pratiche sessuali imposte;
- d) le caratteristiche fisiche degli abusanti.

Peraltro, riscontrano contaminazioni ed incongruenze dipendenti sia dalla lontananza cronologica degli accadimenti, sia dai vissuti di colpa e dalle sovrapposizioni costituite da altre notizie diffuse ed amplificate dai media.

Il Pubblico Ministero conferì un secondo incarico di perizia collegiale psicodiagnostica avente ad oggetto la valutazione della personalità dei minori e, in particolare, se gli stessi presentassero segni e caratteri compatibili con pregressi fatti di abuso sessuale.

I consulenti utilizzarono una prassi di intervento psicologico denominata della <<validation>> articolata nei seguenti punti:

- a) **ANALISI DEL CONTESTO SOCIO-AMBIENTALE E FAMILIARE:** si definisce la cornice familiare entro cui collocare i racconti del bambino tenendo ben presente una serie di condizioni familiari riconosciute dalla letteratura internazionale che avvalorano l'ipotesi di abuso, con particolare attenzione allo studio delle dinamiche familiari che determinano uno stato di abbandono e di trascuratezza nei confronti dei figli;
- b) **ACCURATO ED APPROFONDITO ESAME PSICODIAGNOSTICO:** si valuta la struttura di personalità del minore ed il suo sviluppo cognitivo, con

particolare riguardo ad eventuali <<cicatrici>> evidenziate come specifici elementi post-traumatici;

c) ANALISI DETTAGLIATA DEL RACCONTO: valutandone le caratteristiche, il linguaggio, la completezza, la spontaneità, la presenza di dettagli significativi ed incongruenti con le conoscenze sessuali compatibili con l'età del bambini, secondo la tecnica di analisi denominata Criteria Based Content Analysis (C.B.C.A.) che si fonda sul presupposto secondo cui il racconto di un evento accaduto è qualitativamente differente da quello di un evento inventato o suggerito da altri.

d) VERIFICA DELLE IPOTESI DI ERRONEA O FALSA DENUNCIA: si prendono in considerazione e si valutano tutte le eventuali possibilità e condizioni che avrebbero potuto portare il bambino a fare false dichiarazioni.

L'esame psichico fu condotto per tutti i minori mediante la tecnica del COLLOQUIO LIBERO ORIENTATO che consiste nell'ascoltare ciò che il soggetto vuole comunicare ponendo delle domande di stimolo.

La valutazione di basa non tanto sui contenuti del discorso quanto sulle modalità nel portarlo avanti, ponendo attenzione alla gestualità, alle inibizioni, ai nessi causali suggeriti, alle puntualizzazioni, alle emozioni che accompagnano il racconto ed alla loro contestualità.

All'esito i consulenti pervennero a conclusioni positive sia in ordine alla personalità dei minori, sia quanto alle rispettive narrazioni evidenziando l'esistenza di elementi post-traumatici specifici.

Nel corso del dibattimento venivano escussi i consulenti del P.M., i genitori dei minori e gli stessi minori in forma protetta.

Peraltro, per uno di essi venivano acquisite le dichiarazioni rese nella fase preliminare facendo applicazione dell'art. 500.4 c.p.p..

Sulla base di queste risultanze probatorie il Tribunale espresse un giudizio positivo di credibilità ed attendibilità delle testimonianze raccolte.

In punto di valutazione, si prese atto della raccolta poco ortodossa delle informazioni e della possibilità che le stesse potessero essere state gradualmente contaminate.

Come si è detto, le prime dichiarazioni vengono rese da una delle madri dei bambini che sporge denuncia e da quel momento neppure è possibile dire con certezza quante volte i bambini abbiano avuto domande perché alle richieste per così dire ufficiali se ne saranno aggiunte di molteplici, ad esempio in ambito familiare o anche solo perché è verosimile che i minori abbiano parlato tra di loro, oltre all'effetto di sicura contaminazione che conseguì all'informazione giornalistica in quanto la vicenda fu oggetto di particolare attenzione da parte della televisione.

In una situazione di particolare complessità come quella descritta e che può anche apparire oggettivamente compromessa a causa di un'errata acquisizione

originaria delle informazioni, può essere utile verificare l'esistenza di un nucleo essenziale di informazioni che costituisca prova certa del fatto denunciato.

Ove si pervenga ad una tale identificazione e quando si accerti, sotto il profilo personologico e psicodiagnostico, la compatibilità del narrato rispetto ad indicatori di abuso, sarà possibile formulare un giudizio di attendibilità della testimonianza del minore.

Poco convincente risulterebbe invece un percorso probatorio che muovendo dal dato, storicamente esatto, dell'errata acquisizione originaria della denuncia, pervenisse, apoditticamente, ad una conclusione di assoluta inattendibilità rinunciando a verificare nel dettaglio i singoli passaggi della narrazione.

Tribunale di Torre Annunziata, seconda sezione penale, sentenza 11.04.03 a carico di N.A. + 3 imputati del reato di violenza sessuale continuata in danno di due bambini.

Anche questa vicenda si connota per un'assunzione impropria delle dichiarazioni dei minori.

Le prime dichiarazioni vengono rese in Commissariato nel corso della notte dal fratello di uno dei bambini il quale riferisce di aver appreso dallo stesso di aver ricevuto molestie sessuali da parte di quattro individui noti per essere omosessuali.

In considerazione dell'orario il giovane viene invitato a ritornare l'indomani con il fratello ed i genitori.

Il giorno dopo il ragazzo ritorna in Commissariato con il fratello minore ed i due vengono poi raggiunti dal padre.

Il minore viene ascoltato da uno psicologo che chiede che nessun poliziotto partecipi all'assunzione, anche se poi consente che ad una parte della discussione sia presente il fratello.

Lo psicologo, poi, redige una relazione nella quale riporta il contenuto del colloquio ed anche una sua valutazione in termini di attendibilità.

Il minore racconta che alcune persone, a lui note come <<femminielli>>, avevano caricato lui ed un suo amichetto su una macchina, che li avevano condotti in una zona appartata di Castellammare di Stabia e che li avevano sottoposto a molestie sessuali, episodi che si sarebbero ripetuti per 4 o 5 volte.

Come si è detto, all'assunzione delle informazioni partecipa anche il fratello del minore, secondo lo psicologo con lo scopo di tranquillizzare il bambino.

Tuttavia, tale presenza pregiudica ulteriormente il prodotto perché il fratello del minore gli porge delle domande chiuse, cioè che già contenevano delle risposte precise. Inoltre in alcune occasioni lo stimola a rendere delle precise dichiarazioni ovvero ad indicare degli atti sessuali che sarebbe stato costretto a compiere. Questo anche perché il fratello è la persona che per prima ha

raccolto le confidenze del bambino e lo invita a rendere dichiarazioni che gli sono state fatte ma che il minore ha omesso di rappresentare allo psicologo. Dunque, ci troviamo di fronte ad un'assunzione di informazioni realizzata in forma impropria e per di più condizionata dalla presenza di un componente del nucleo familiare del minore che pone direttamente quesiti allo stesso implicanti le risposte.

Non solo, ma il fratello in qualche modo completa la stessa narrazione del minore perché quando quest'ultimo indica le caratteristiche degli abusanti, egli cerca di identificarli nominalmente sulla base delle proprie conoscenze.

Difatti, lo psicologo riferisce di aver chiesto successivamente che il fratello venisse allontanato.

Questo primo colloquio, tuttavia, non viene registrato e sia il consulente di parte che il perito nominato dal Tribunale evidenzieranno che il nucleo dichiarativo originario, quello più rilevante perché reso nell'immediatezza, non era fruibile nei suoi esatti contenuti.

La mancanza di registrazione, in uno alla forma riassuntiva di verbalizzazione, non consentiva infatti di apprezzare il modo con cui erano state poste le domande al bambino e l'atteggiamento emotivo del minore nell'atto di rispondere.

Secondo il Tribunale, questo pregiudizio non conduceva ad un giudizio di assoluta inattendibilità delle prime dichiarazioni ma era innegabile che quell'errore iniziale aveva parzialmente pregiudicato l'accertamento dei fatti.

Peraltro, nel corso dell'escussione dibattimentale, fu chiesto allo psicologo di specificare le circostanze che erano state riferite dal minore a seguito di sollecitazione del fratello ma lo psicologo disse di non essere in grado di poter fare una distinzione di questo tipo perché la narrazione si era andata costruendo gradualmente.

Lo psicologo tuttavia precisò che l'indicazione degli abusanti era stata fatta dal minore in modo spontaneo senza condizionamenti esterni.

Preso atto di questa situazione, il Tribunale ritenne necessario scandagliare le dichiarazioni del fratello del minore in quanto prima persona che ne aveva raccolto le confidenze.

Anche quest'attività, però, si rivelò problematica perché il testimone rese dichiarazioni diverse rispetto a quelle originarie.

In particolare, sentito in dibattimento, dichiarò che il fratellino, sin dal primo momento, gli aveva indicato i nomi dei 4 imputati ma, a seguito delle contestazioni del difensore, emerse che in realtà il minore aveva indicato i nomi di soli due imputati.

Ancora, il testimone riferì che, una volta usciti dal Commissariato, il fratello lo aveva condotto ad un bar dove era parcheggiata una Punto di colore rosa con a tergo la scritta <<N. e R.>> e con delle tendine parasole con pupazzi ed aveva

indicato quella macchina come quella a bordo della quale era stato caricato. Nel frangente era uscito il N., che gli era stato indicato dal fratellino come uno delle persone che l'avevano molestato.

Anche queste circostanze non avevano formato oggetto delle dichiarazioni rese dal minore allo psicologo.

Un altro aspetto riguardava la partecipazione ai fatti di una donna, la R. fidanzata del N..

Lo psicologo riferì che i minori avevano fatto richiamo alla presenza di una donna che assisteva agli incontri sulla spiaggia senza tuttavia parteciparvi ma precisò che essi non avevano fornito alcun particolare che valesse ad identificarla sicchè l'indicazione che ne era stata data era del tutto generica cosa che lo aveva indotto a non farne neppure menzione nella relazione in cui aveva riassunto le dichiarazioni dei due bambini.

Probabilmente queste sole fonti probatorie non avrebbe consentito di ritenere provati i fatti denunciati ma il Tribunale dovette valutare anche le dichiarazioni del secondo minore vittima dei medesimi abusi, identificato sulla base delle dichiarazioni rese dal primo bambino.

Anche il secondo bambino viene ascoltato dallo psicologo ma i poliziotti quando contattano il padre non gli riferiscono le circostanze sulle quali il minore dovrà essere sentito.

Un primo problema sorge con riferimento alla verbalizzazione di queste dichiarazioni.

Nel verbale redatto si riporta che il minore viene sentito in merito alle dichiarazioni rese dall'altro bambino e che lo stesso nega di essere mai stato in macchina con lui, di essere stato avvicinato da persone conosciute nella zona come omosessuali, di avere una bicicletta, di conoscere una Fiat Punto di colore rosa, di riconoscere nelle persone indicate dall'amichetto persone a lui vicine o che comunque frequentano il bar sito nelle vicinanze della sua abitazione.

In definitiva, sembra che il minore sia stato sentito con specifico riguardo alle dichiarazioni rese dal suo amichetto.

Lo psicologo nega però che le domande siano state svolte in quel modo e riferisce di essersi limitato a compiere dei riferimenti generici ai fatti descritti dall'altro bambino.

In ogni caso, anche le dichiarazioni del secondo bambino vengono assunte in modo scorretto e la situazione è ulteriormente compromessa dal fatto, riferito dal padre del minore e confermato dagli operanti, che i poliziotti chiedono al primo di esortare con decisione il figlio a parlare, addirittura facendogli credere che, diversamente, egli sarebbe stato arrestato.

Tant'è, dopo 3 giorni il bambino comincia a raccontare al padre ciò che gli è accaduto ed in occasione della seconda escussione presso il Commissariato riferisce una serie di episodi anche in precedenza non raccontati al genitore.

In definitiva, il padre, maldestramente sollecitato, utilizza lo strumento della falsa minaccia della propria carcerazione per ottenere dal figlio una rivelazione sui medesimi fatti narrati dal primo bambino.

Né può escludersi che prima delle dichiarazioni rese il minore abbia avuto contatti con l'altro bambino, circostanza ulteriormente idonea a contaminarne il narrato.

Eppure, il Tribunale evidenzia che se una parte della narrazione dei due bambini appare costruita per effetto di suggestioni originarie o indotte, nelle due narrazioni è enucleabile un nucleo comune costituito dalle condotte abusanti e dalla riferibilità delle stesse ai 2 soggetti originariamente indicati dai minori.

Inoltre, i minori, separatamente e prima che venissero posti a confronto, avevano mostrato ai poliziotti il percorso che compivano per raggiungere il luogo dove venivano abusati, percorso sostanzialmente coincidente.

Altro aspetto problematico riguarda l'attività di individuazione degli imputati.

Le individuazioni si svolgono in tarda serata con i bambini, così come segnalato da uno dei due psicologi che assistono alle operazioni, in un evidente stato di prostrazione e stanchezza per le lunghe ore trascorse in Commissariato.

I verbali vengono redatti in copia conforme, nel senso che sono assolutamente identici nel contenuto e non danno atto degli elementi di natura descrittiva che ciascun minore avrebbe potuto indicare.

Per quanto riguarda i riconoscimenti eseguiti da un minore tutti gli imputati decidono di prendere posizione al centro.

L'identificazione viene richiesta attraverso la sola apposizione di un dito sullo schermo.

Alla fine il primo minore riconoscerà tutti e quattro gli imputati, mentre il secondo ne individuerà 3 con esclusione del Nello.

Sulla base di questo materiale probatorio il Tribunale decideva di disporre una perizia avente ad oggetto l'attitudine a testimoniare dei minori e la loro credibilità.

Specificamente, fu chiesto al perito di valutare grado di percezione e valutazione della realtà dei due minori, anche in relazione alla vicenda processuale, tenendo presente il contesto familiare e sociale nel quale vivevano; si chiese inoltre di accertare l'eventuale esistenza di indicatori di abuso.

Per il primo bambino il perito espresse un giudizio positivo sia quanto alla attitudine a testimoniare, sia quanto alla sua credibilità soggettiva, sebbene rilevò che il minore non avesse ricevuto adeguato sostegno né al momento dell'assunzione delle sue dichiarazioni, né in ambito familiare.

Difatti la perizia non era stata portata ad ultimazione per l'opposizione del padre.

La perizia sull'altro bambino, invece, non solo confermò l'attitudine a testimoniare dello stesso e la sua credibilità, ma evidenziò l'esistenza di alcuni indicatori, sebbene aspecifici, di abuso (disturbi del sonno, dell'alimentazione, incubi, paura a stare da solo).

Inoltre, il perito scandagliò anche il rapporto tra i due minori e verificò che il secondo bambino nutriva un sentimento di risentimento nei confronti dell'amichetto che riteneva responsabile di averlo coinvolto in quella vicenda.

All'esito dell'istruttoria dibattimentale, il Tribunale pervenne ad una valutazione di parziale attendibilità delle dichiarazioni dei minori.

*"I due bambini hanno subito, a giudizio del Tribunale, una serie di suggestioni nel corso delle loro rivelazioni che sicuramente hanno pregiudicato notevolmente la spontaneità e veridicità del loro racconto, finendo per determinare "l'innesto" nella loro memoria dei fatti di una serie di falsi ricordi.*

*Il deprecabile metodo di raccolta delle loro prime dichiarazioni, come già si è detto, ha finito poi per inquinare una serie di elementi probatori che avrebbero potuto essere decisivi per una completa ricostruzione dei fatti.*

*La stessa condivisione del medesimo ambiente sociale da parte delle due vittime e di alcuni degli imputati ha finito poi per consentire, di fatto, l'intervento nella vicenda di una pluralità di soggetti non qualificati che, nella ricerca continua di conferme o di smentite alle accuse dei bambini, ha finito per sottoporli ad una vera e propria pressione psicologica della quale i due bambini hanno certamente risentito.*

*A ciò va aggiunto, infine, che la mancanza di ogni intervento terapeutico nella fase delle indagini a sostegno dei due minori ha contribuito a determinare – come rilevato anche dalla dott.ssa S. - la "scadente qualità" della testimonianza.*

In estrema sintesi, preso atto della esistenza di un nucleo comune costituito dalle condotte di abuso delle quali i minori erano stati vittime, si ritenne raggiunta prova della responsabilità per soli 2 degli imputati, quelli indicati sin dal principio dai due bambini con particolari precisi.

Con riferimento al terzo imputato, quello identificato sulla base dell'autovettura, gli elementi di contaminazione del racconto furono ritenuti preponderanti e tali da lasciar ipotizzare un'indicazione erroneamente indotta, in particolare tenendo conto del fatto che il secondo minore non aveva riconosciuto l'imputato.

Infine, riguardo al quarto imputato, ugualmente si pervenne ad una pronuncia assolutoria in quanto si ritenne che il suo coinvolgimento era avvenuto sulla base di circostanze casuali, in particolare la sua vicinanza ad uno degli originari indagati e taluni tratti somatici (un pizzetto) comuni a taluno degli abusanti.

Diversa valutazione è stata fatta dalla 3<sup>a</sup> sezione della Corte di Cassazione, in una vicenda per molti versi analoga alla prima esaminata, con la sentenza n. 37147 del 18.09.07 pronunciata a seguito del ricorso proposto dal P.M. avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale del Riesame di Roma che aveva annullato l'ordinanza custodiale emessa dal GIP del Tribunale di Tivoli nei confronti di 5 persone indagate del delitto di cui all'art. 609 *quater* c.p. commesso in danno di bambini alunni di una scuola dell'infanzia.

Secondo l'ipotesi accusatoria alcuni alunni di una scuola dell'infanzia, in orario scolastico, venivano portati fuori dell'istituto da 2 insegnanti e da una bidella; con l'aiuto di altre due persone venivano condotti nelle case delle maestre ove erano narcotizzati, sottoposti con minacce e violenze, anche crudeli, a pratiche sessuali cruente ed invasive ed erano costretti a partecipare a riti satanici; alcuni atti sessuali, secondo i racconti dei bambini, avvenivano anche all'interno dell'asilo.

Il GIP aveva ritenuto la sussistenza dei gravi indizi di reato sulla base delle *<<dichiarazioni plurime, reiterate e tra loro coincidenti dei genitori dei bambini, che sono state ritenute intrinsecamente credibili ed affidabili perché corroborate da riscontri esterni (tra i quali i più significativi sono le riprese audioregistrate effettuate dai genitori, l'esito della consulenza che aveva concluso come i piccoli avessero una sindrome post-traumatica da abusi sessuali, i certificati medici, la compatibilità dei luoghi ove, secondo i minori, avvenivano le violenze con le abitazioni dei coniugi S. e della P.)>>*.

A seguito di richiesta di riesame degli indagati, il Tribunale della Libertà di Roma rilevava come i bambini, tramite i genitori, descrivessero, con abbondanza di particolari, fatti atroci addebitabili a persone note; tuttavia riteneva che il materiale indiziario agli atti fosse insufficiente ed anche contraddittorio per le seguenti ragioni:

A) Le denunce degli abusi erano avvenute con modalità temporali- espositive sicuramente "particolari", se non "sospette", dal momento che i genitori si erano più volte riuniti scambiandosi informazioni sul crescendo delle accuse;

B) La consulenza psicologica era stata posta in essere senza le cautele che la Carta di Noto consiglia al fine di assicurare la genuinità delle dichiarazioni dei minori: inoltre, l'esperto nominato dal Pubblico Ministero aveva effettuato indagini che non gli competevano, aveva usato un metodo non controllabile, non aveva considerato che i sintomi di disagio dei minori potevano avere altre cause oltre l'abuso.

C) Non era stato accertato (anche perché mancavano indagini sul punto) se fosse possibile che numerosi alunni si allontanassero da scuola con le maestre e la bidella, per un lungo lasso temporale, senza che alcuno si accorgesse della loro assenza e senza che alcuno accudisse ai bambini lasciati in asilo.

D) Non era stata spiegata la circostanza che i genitori, prelevando da scuola i bambini (fino a poco tempo prima sottoposti a sadiche pratiche sessuali che avrebbero dovuto lasciare anche esiti fisici), non si erano accorti di nulla ed anche i pediatri, nelle normali visite di controllo, non avevano riscontrato esiti di violenza; i bambini non presentavano sintomi nel corso dell'anno scolastico (OMISSIS), ma successivamente alla chiusura dello stesso.

E) Le descrizioni, da parte dei minori, delle case nelle quali avvenivano gli abusi erano generiche e non provavano che i piccoli erano stati condotti nelle abitazioni degli indagati; il riconoscimento dei giocattoli, per il metodo con cui era avvenuto, non era decisivo.

Avverso detta ordinanza proponeva ricorso il Pubblico Ministero ma la Corte di Cassazione lo rigettava.

*<<La particolare difficoltà che il caso pone si incentra nella circostanza che l'accusa è rappresentata dalla **voce indiretta** delle giovani vittime, che narrano di fatti dei quali non dovrebbero avere esperienza e che non possono essere il frutto della loro personale confabulazione; le parti lese, per la loro età e conseguente limitata capacità cognitiva, non sono in grado di architettare un falso ed elaborato racconto come quello enucleato nei capi di imputazione.*

*Tuttavia, l'assunto secondo il quale i bambini piccoli non mentono consapevolmente e la loro fantasia attinge pur sempre ad un patrimonio conoscitivo deve essere temperato con la consapevolezza che gli stessi possono essere dichiaranti attendibili se lasciati liberi di raccontare, ma diventano altamente malleabili in presenza di suggestioni eteroindotte; interrogati con domande inducenti, tendono a conformarsi alle aspettative dell'interlocutore. Necessita, quindi, che le dichiarazioni dei bambini siano valutate dai Giudici con la necessaria neutralità ed il dovuto rigore e con l'opportuno aiuto delle scienze che hanno rilievo in materia (pedagogia, psicologia, sessuologia); **l'esame critico deve essere particolarmente pregnante in presenza di dichiarazioni de relato.** Tale cautela non è mancata nel caso concreto ove la questione centrale consiste nello stabilire se lo snodarsi dei fatti (così come gli adulti con molteplici e convergenti dichiarazioni sostengono di avere appreso dalle fonti dirette) corrisponda a quanto i bambini hanno realmente vissuto.*

*I giudici di legittimità non pongono in dubbio la buona fede dei genitori ma ritengono di non poter escludere la tesi difensiva di un **<<contagio dichiarativo>>**.*

***<<Tale contagio si configura come uno scambio di informazioni e dati tra individui che porta a modifiche anche radicali nelle convinzioni relative a quanto accaduto e, nella sua forma estrema, determina il formarsi di convincimenti che non corrispondono alla realtà dei fatti.***

*Il meccanismo potrebbe essere stato innescato dalle domande manipolatorie dei genitori, alle quali i bambini hanno fornito risposte compiacenti, ed essersi incrementato con il passaggio tra gli adulti di conoscenze, aspettative e preoccupazioni>>.*

*Ritiene che <<in altra sede, - evidentemente quella dibattimentale - la tesi difensiva potrà essere confermata, o squalificata, solo dopo una accurata ricostruzione delle modalità con le quali si sono svolti gli interrogatori dei piccoli e sono veicolate le informazioni tra le famiglie>>.*

*Allo stato ritiene corretta la valutazione prudenziale del Tribunale che <<non ha espressamente concluso sulla evidenza di un meccanismo di suggestione a catena dei genitori, ma ha rilevato che le loro denunce erano "se non sospette, sicuramente particolari" perché, prima di avvisare l'autorità, si erano più volte riuniti, confrontandosi a vicenda e scambiandosi informazioni, anche alla presenza dei figli. La possibilità che gli adulti abbiano influito con domande suggestive sulla spontaneità del racconto dei bambini ha avuto conferma almeno in due casi nei quali i Giudici del Tribunale hanno rilevato atteggiamenti prevaricatori (precisamente nelle videoregistrazioni) evidenziando una "forte e tenace pressione dei genitori sui minori" ed "una forte opera di induzione e di suggerimento nelle risposte".>>.*

*I Giudici del Tribunale del Riesame hanno osservato come le emergenze agli atti (in particolare, la consulenza psicologica ed i certificati dei sanitari) non fornissero un valido conforto alle dichiarazioni dei genitori ed, anzi, alcune risultanze fossero incompatibili con il racconto dei bambini.*

*<<Ora, è indiscusso che l'indagine sulla situazione dei minori richiedeva specifiche cognizioni tecniche che esulavano dalla scienza privata dello inquirente e dovevano essere affidate ad un esperto (cui competevano attività strumentali allo espletamento dello incarico, ma non investigative in quanto l'accertamento dei fatti è di esclusiva competenza della autorità giudiziaria). Il Pubblico Ministero ha proceduto ex art. 359 c.p.p. (implicitamente, ma discutibilmente ritenendo che la situazione psicologica dei bambini non fosse passibile di mutazione nel tempo) per cui la consulenza effettuata ha valore solo endoprocessuale, salvo l'eventuale utilizzo nei riti speciali o nel giudizio ordinario previo accordo delle parti.*

*Il Pubblico Ministero non aveva l'obbligo di affidare la consulenza a sensi dell'art. 360 c.p.p. o sollecitando un incidente probatorio. Tuttavia, la scelta di optare per la procedura non garantita, unita a quella dello esperto di non videoregistrare i colloqui (a ragione criticata nella ordinanza), ha privato gli indagati della facoltà di controllare, tramite i difensori ed i propri consulenti tecnici, l'operato dell'esperto.*

*La questione, così come focalizzata nel provvedimento impugnato, non si incentra sulla correttezza dei protocolli e del metodo (che è oggetto dei motivi di*

ricorso), ma sulla verificabilità degli stessi, che non può essere sostituita da una acritica accettazione delle conclusioni del consulente.

In coerenza con questa impostazione, la fondamentale critica, che il Collegio reputa pertinente, formulata dal Tribunale e dai difensori all'elaborato dell'esperto, riguarda la "fruibilità" dei risultati in sede processuale in quanto la metodologia usata non è ostensibile alle altre parti processuali.

Inoltre - dando pure per scontato che il parere dello esperto sia esatto - la questione non è risolta in quanto il vero problema consiste nello stabilire se i sintomi (che attualmente i piccoli manifestano e di allarmante gravità come riferito dai genitori) siano indice di validazione degli abusi sessuali.

La ricerca del rapporto eziologico tra i disturbi emotivi dei bambini ed i reati era necessaria in quanto è noto che non esiste una sindrome da stress specificatamente riferibile allo abuso sessuale. Sul tema, i Giudici non hanno mancato di rilevare come lo stato delle attuali conoscenze in materia non permetta di individuare sicuri nessi di compatibilità tra sintomi di disagio ed eventi traumatici specifici.

Il Tribunale, inoltre, ha ben sottolineato che i sintomi allarmanti dei minori si sono manifestati non durante l'anno scolastico, ma in epoca successiva.

In realtà - e non in armonia con quanto avviene normalmente per il danno post traumatico - gli indicatori, che il Ricorrente collega ad abuso sessuale, sono tardivi e, per alcuni bambini, si sono manifestati dopo le prime denunce. Solo in un secondo momento, i genitori hanno fatto una lettura retroattiva di comportamenti già ritenuti nell'alveo della normalità, mentre all'uscita dalla scuola non hanno, inspiegabilmente, riscontrato nei loro bambini (oggetto fino a poco tempo prima di atrocità di ogni tipo) alcun segnale di sofferenza e di disagio psichico.

In tale situazione, i Giudici hanno concluso come la circostanza che i minori ora presentano sintomi da stress (ed, anzi, che sempre più bambini, oltre alle attuali parti lese, manifestano sintomi) non rappresenti un elemento decisivo da cui dedurre l'abuso sessuale. Con il rilevare lo scollamento temporale tra fatti e sintomi (che diventano più consistenti con il procedere delle indagini), il Tribunale ha aperto alla possibilità che il malessere dei bambini sia derivato, se non totalmente almeno in parte, dagli effetti della c.d. vittimizzazione secondaria (cioè, dallo stress cui i piccoli sono sottoposti a causa delle reiterate e disturbanti interviste e visite mediche e dallo stato di ansia dei loro genitori che si è riverberato sulla serenità della famiglia ed ha inciso sul senso di sicurezza dei bambini).

Sussiste un altro elemento che, per il Pubblico Ministero, costituisce una conferma dell'esistenza dei reati e, precisamente, la circostanza che i minori manifestano conoscenze ed atteggiamenti erotici non consoni alla loro età anagrafica.

*Come già osservato dal Tribunale, alcuni di questi comportamenti rientrano nel novero della comune curiosità o esplorazione dei piccoli nei confronti del loro corpo (e sono manifestazione di una normale sessualità, esistente anche nella loro fase evolutiva);*

*altri comportamenti sono impropri ed atipici e dimostrano una conoscenza in materia incompatibile con l'età infantile. In questo secondo caso, è lecito concludere che qualche bambino (altri potrebbero avere riprodotto gli atteggiamenti dei compagni per mimesi) ha avuto diretta percezione di atti sessuali (ma ciò potrebbe essere avvenuto anche attraverso filmati o scene in Televisione) o ne è stata vittima.*

*Ora il Ricorrente segnala nei bambini una attività autoerotica, giochi a sfondo sessuale e la simulazione di un coito, cioè, atteggiamenti che sono un "campanello di allarme" e che, nel contesto processuale in cui sono inseriti, possono fare ragionevolmente ritenere come possibile che i piccoli abbiano avuto esperienze di abuso sessuale.*

*La lettura fornita dal Pubblico Ministero del comportamento dei bambini potrebbe costituire un suggello del teorema accusatorio solo in presenza della qualificata probabilità che i fatti si siano svolti secondo la ricostruzione storica fissata nel capo di imputazione.*

*Questa evenienza è stata - e correttamente - messa in discussione nella impugnata ordinanza per i seguenti motivi.*

*Per il Ricorrente, a corroborare la tesi degli abusi, si pongono riscontri oggettivi quali i certificati medici relativi ai piccoli. Proprio tali documenti, secondo il parere dei Giudici di merito (congruamente motivato e, pertanto, insindacabile in questa sede), costituiscono un punto debole della accusa.*

*I genitori hanno riferito che i figli hanno subito violenze fisiche invasive (anche con percosse e introduzione di vibratorii o oggetti appuntiti nell'ano e nella vagina con fuoriuscita di sangue); a fronte di tali sevizie, che avrebbero dovuto lasciare evidenti ed immediati esiti fisici da trauma esistono solo due certificati medici, l'uno, attestante un setto all'imene che può essere esistente dalla nascita e, l'altro, una anite rossa che non è necessariamente riferibile ad atti di natura sessuale. Da tali certificati, il Ricorrente trae argomento a sostegno del suo assunto. Il ragionamento del Pubblico Ministero contiene una petizione di principio perché trasforma l'oggetto da provare in criterio di inferenza: non è possibile da un indizio sicuro in fatto, ma equivoco nella interpretazione concludere per la certezza dell'evento che rappresenta il tema probatorio.*

*Più in generale, costituisce un ragionamento circolare e non corretto ritenere che i sintomi siano la prova dell'abuso e che l'abuso sia la spiegazione dei sintomi.*

*È vero che i bambini lamentavano arrossamento ai genitali e due minori presentavano all'esame tricologico residui di un tranquillante, che non veniva*

loro somministrato, ma questi elementi non sono sufficienti - come fatto presente dal Tribunale - a confortare la tesi che i piccoli fossero abusati o narcotizzati. Il disturbo nelle parti intime è frequente in età infantile (tanto è vero che moltissimi allievi dell'asilo, oltre a quelli che si assumono oggetto di abusi, lo presentavano) ed il test tricologico ha una valenza labile perché effettuato a distanza di molti mesi dai fatti.

Sostiene il Ricorrente che i sintomi sono stati dai genitori riscontrati durante l'anno scolastico, ma solo in un secondo momento sono stati ricondotti agli abusi sessuali; la prospettazione potrebbe essere sostenibile, seppure a stento, per i disturbi psicologici, ma non spiega come i parenti non si siano accorti subito dei segni fisici necessariamente residuati sul corpo dei figli dalle sevizie che i bambini - prima alcuni, poi, molti - lamentano.

Pertanto, si deve concludere con il Tribunale che l'esito degli accertamenti medici non è in armonia con le vere e proprie atrocità fisiche patite dai piccoli secondo il racconto dei genitori; allo stato delle investigazioni, è consentito rilevare che, se vi sono state violenze sessuali (ipotesi non scartata dal Tribunale), esse sono state perpetrate con modalità differenti da quelle riferite nelle denunce.

Per quanto concerne il riconoscimento da parte dei minori dei giocattoli esistenti nelle case delle maestre, le considerazioni dei Giudici del Tribunale sulla non decisività dello elemento probatorio sono condivisibili e logiche; trattasi di oggetti di uso comune abitualmente esistenti nelle case e negli asili per cui il loro riconoscimento pone ampi margini di incertezza e solo gli accertamenti in corso potranno chiarire se sono stati a contatto con le attuali parti lese.

La descrizione fatta dai piccoli e relativa alle abitazioni delle insegnanti è, a parere del Tribunale, generica e dalla stessa non si può desumere con certezza che i bambini siano stati effettivamente ivi condotti in orario scolastico>> (Cass., sez. 3, sentenza n. 37147 del 18.09.07 c.c., dep. 09.10.07, rv. 237553).

#### **1.4 LA TESTIMONIANZA DELL'ESPERTO CHE ABBIA PARTECIPATO ALL'ASSUNZIONE DELLE SOMMARIE INFORMAZIONI RESE DAL MINORE PERSONA OFFESA**

Secondo un primo orientamento <<è incompatibile sia con l'ufficio di testimone, sia con quello di consulente tecnico l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia partecipato quale ausiliario all'assunzione delle sommarie informazioni rese al Pubblico Ministero dal minore offeso dal reato, atteso che lo svolgimento di tale compito implica, da parte dell'ausiliario una valutazione sull'attendibilità della persona offesa dalla quale necessariamente deriva l'incapacità a testimoniare su qualsiasi tema che a detta attendibilità inerisca>> (Cass., sez. 3<sup>a</sup>, sentenza n. 4526 del 26.11.01, dep. il 06.02.02, rv. 221052).

Nella fattispecie, relativa ad un'imputazione per violenza sessuale di gruppo in danno di un minore, nel corso del dibattimento era stato sentito come testimone un esperto chiamato a svolgere funzioni di ausiliario nell'ambito delle sommarie informazioni rese dal minore al P.M. e che poi aveva ricevuto da quest'ultimo anche un incarico di consulenza.

Il difensore dell'imputato si era opposto a questa escussione rappresentando la incapacità a testimoniare dell'esperto in quanto ausiliare.

L'eccezione era stata rigettata in quanto il Tribunale aveva ritenuto che l'esperto dovesse essere sentito nella sua veste di consulente.

La Corte ha ritenuto inutilizzabili le dichiarazioni testimoniali rese dall'esperto facendo applicazione dell'art. 197 lettera d) c.p.p., che appunto dispone che non possono essere assunti come testimoni coloro che nel medesimo procedimento hanno svolto la funzione di ausiliario del giudice o del P.M..

Diversamente, proseguono i giudici di legittimità, si avrebbe l'assurda conseguenza di attribuire al P.M. la possibilità di eliminare una causa di incapacità, da lui stesso determinata, mediante la nomina a consulente tecnico del soggetto incapace a testimoniare.

La *ratio* della norma citata è quella di assicurare la genuinità e la spontaneità della fonte testimoniale per preservarla dal pericolo che colui che depone rappresenti i fatti secondo una sua elaborazione soggettiva influenzata dall'opinione che si sia fatta presenziando e contribuendo all'interno direttamente alla formazione di uno o più atti processuali.

Anche volendo aderire alla interpretazione più restrittiva della disposizione citata, secondo cui l'incapacità non opererebbe nel caso di soggetto chiamato a deporre su fatti estranei all'atto processuale a cui abbia passivamente partecipato per un ufficio prestato occasionalmente, ugualmente si sarebbe pervenuti alla conclusione della inutilizzabilità perchè si trattava di un esperto in neuropsichiatria infantile che, in tale veste, aveva contribuito alla formazione di un atto del processo molto rilevante e non certamente in un ruolo passivo o secondario ma in posizione di assoluta centralità, con il compito di sollecitare il minore a raccontare i fatti e raccogliergli la deposizione, valutandone anche l'attendibilità.

Quindi, anche ammesso che non vi fosse una incapacità assoluta e generale dell'esperto a rendere testimonianza su qualsiasi fatto di cui fosse a conoscenza, certamente vi era una sua incapacità a testimoniare su qualsiasi tema direttamente o indirettamente attinente alla attendibilità della persona offesa, con conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni da lei rese nonostante l'esistenza di tale divieto.

Inoltre, prosegue la Corte, l'esperto, avendo svolto la funzione di ausiliario del P.M., non avrebbe potuto essere nominato consulente del P.M. in quanto l'art. 233.3 c.p.p. prevede che alla nomina del consulente si applica l'art. 225.3

c.p.p., norma che dispone che non possa essere nominato consulente chi si trovi nelle condizioni indicate nell'art. 222.1 lett. d), ovvero chi non può essere assunto come testimone.

A conclusione diversa perviene la sentenza n. 42721 emessa sempre dalla 3<sup>a</sup> sezione della Corte di Cassazione il 09.10.08, depositata il 17.11.08.

Il Tribunale di Napoli aveva ritenuto A.P. responsabile del reato di violenza sessuale in danno di una bambina di 4 anni e la sentenza era stata confermata dalla Corte d'Appello che aveva disatteso l'eccezione difensiva relativa alla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da una psicoterapeuta.

Quest'ultima, in servizio presso un consultorio familiare, era stata richiesta di seguire la minore dal momento che la famiglia affidataria aveva manifestato preoccupazioni per il suo comportamento.

All'esito, la dottoressa aveva inviato una relazione psicodiagnostica al Tribunale per i Minori ed alla Procura della Repubblica.

Il P.M. aveva quindi provveduto a sentire la bambina che, nella circostanza, era stata accompagnata dalla psicologa.

Secondo la Corte d'Appello dalla lettura del verbale risultava che la dottoressa non aveva svolto funzioni di ausiliario né di consulente del P.M., essendosi limitata a presenziare all'esame, svolgendo una funzione di sostegno psicologico della bambina, come anche in occasione dell'incidente probatorio quando non era eppure entrata nella stanza in cui si era svolto il colloquio.

Con i motivi di ricorso il difensore dell'imputato rappresenta che, al contrario, la psicologa aveva svolto la funzione di ausiliario stimolando il ricordo della minore, ponendo le domande e traducendo le risposte, con la conseguenza che non avrebbe potuto essere assunta come testimone.

Nell'articolata motivazione i giudici di legittimità osservano che *<<all'art. 196 c.p.p. è codificato il principio che "ogni persona ha la capacità di testimoniare". L'art. 348 del codice del 1930 riservava espressamente al giudice di valutare la credibilità del testimone (comma 2). Tale ovvia riserva non è stata ripetuta nell'art. 196 c.p.p., essendo già dettato dall'art. 192 c.p.p., comma 1 un criterio generale di valutazione della prova ("il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati"). Alla capacità a testimoniare di chiunque si accompagna l'obbligo di rendere testimonianza (sia sotto il profilo della presentazione all'a.g. potendo essere disposto in mancanza l'accompagnamento, sia perché non è consentito tacere ciò di cui si è a conoscenza o di mentire - art. 198 c.p.p., comma 1), tanto che la mancata osservanza di siffatto obbligo è sanzionata penalmente (artt. 371 bis e 372 c.p.).*

*Nel sistema delineato le "deroghe" non possono, allora, che essere tassative e di stretta interpretazione. Tali "deroghe" cioè debbono essere espressamente*

previste e non sono consentite applicazioni analogiche o interpretazioni estensive.

Ed, infatti, il codice ha previsto, da un lato, le ipotesi in cui vengono riconosciuti la facoltà o l'obbligo di astensione (artt. 199, 200, 201, 202 e 203 c.p.p.) e, dall'altro, i casi di incompatibilità a rendere testimonianza (art. 197 c.p.p.). Quest'ultima norma prevede, tra l'altro, che non possano essere assunti come testimoni "coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391 ter" (art. 197 c.p.p., comma 1, lett. d)).

**Per quanto in precedenza ricordato la nozione di "ausiliario" non può che essere intesa in senso stretto o tecnico, senza la possibilità di comprendervi soggetti che tali non sono.** Altrimenti verrebbe a derogarsi, in modo arbitrario, al principio che chiunque può rendere testimonianza (salvo i casi espressamente previsti), "creando" incompatibilità anche per soggetti non rientranti nelle categorie indicate e quindi non ritenuti dal legislatore incompatibili con l'ufficio di testimone.

Il codice di procedura penale del 1930 all'art. 450 c.p.p. stabiliva che non potessero essere assunti come testimoni "i giudici, i magistrati, del P.M., i cancellieri, i segretari, anche se appartenenti a giurisdizioni speciali, i quali hanno avuto parte per ragione del loro ufficio negli atti del procedimento...". La norma era quindi chiarissima nella individuazione dei soggetti ausiliari del giudice o del p.m. (cancellieri e segretari). Nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale si è preferito ricorrere alla nozione unitaria di ausiliario, senza per questo allargare le ipotesi di incompatibilità.

Di un siffatto presunto allargamento non vi è, infatti, traccia nei lavori preparatori; ne' poteva, certamente, passare inosservata una simile innovazione, attenendo essa al delicatissimo problema della incompatibilità a testimoniare.

Nella relazione al progetto preliminare, dopo aver premesso che con l'art. 197 c.p.p. si è inteso porre una normativa precisa dei casi di incompatibilità con l'ufficio di testimone, che non trovano esplicita ed organica disciplina nel codice vigente (pag. 62), viene precisato in relazione alla lett. c (ora lett. d) solamente che "generalizzando espressamente all'intero arco del procedimento la norma oggi posta dall'art. 450 c.p.p., comma 2 in relazione alla fase dibattimentale, è previsto che chi svolge o ha svolto determinate funzioni (giudice, pubblico ministero, segretario), non possa assumere la qualità di testimone, mentre è lasciato alle norme relative alle specifiche funzioni di regolare i casi ed i limiti in cui del loro esercizio non si debba investire chi abbia deposto come testimone nello stesso processo (cfr. quanto alla funzione del giudice, l'art. 35, u.c.)".

Viene quindi generalizzata a tutto il procedimento (l'art. 197 c.p.p. è inserito nel libro 3<sup>o</sup>, sulle PROVE, nel titolo 2<sup>o</sup> sui MEZZI DI PROVA, nel capo 1<sup>o</sup> sulla TESTIMONIANZA) una disposizione che risultava dettata solo per il dibattimento (l'art. 450 del codice del 1930 era inserito nel giudizio di primo grado - Atti del dibattimento), ma non muta minimamente la "portata" della norma.

Risulta evidente quindi che le parole "cancelliere" e "segretario" vengono sostituite da quella, unificante, di "ausiliario". E tale è colui che appartiene al personale di cancelleria e di segreteria, come emerge dall'art. 1 del regolamento (D.M. 30 settembre 1989, n. 334) e dall'art. 126 c.p.p., secondo cui il giudice, in tutti gli atti ai quali procede è assistito dall'ausiliario a ciò designato a norma dell'ordinamento.

La conferma che la nozione di ausiliario venga adoperata in "senso tecnico" nel codice di procedura penale si ricava da numerose altre disposizioni.

L'art. 135 c.p.p. stabilisce che il verbale è redatto dall'ausiliario che assiste il giudice (significativamente il comma 2 prevede che in caso di ricorso alla stenotipia o ad altro strumento meccanico il giudice autorizza l'ausiliario che non possiede le necessarie competenze a farsi assistere da personale tecnico, anche esterno all'amministrazione dello Stato). L'"estraneo" quindi assiste l'ausiliario ma non diventa, a sua volta, "ausiliario".

L'art. 136 c.p.p. prevede che nel verbale venga riportato dall'ausiliario quanto ha fatto o ha constatato o quanto è avvenuto in sua presenza nonché le dichiarazioni ricevute da lui o da altro pubblico ufficiale che egli assiste.

L'art. 480 c.p.p. attribuisce all'ausiliario che assiste il giudice, la redazione del verbale di udienza.

A norma dell'art. 494 c.p.p. l'ausiliario riproduce integralmente le dichiarazioni rese a norma del comma 1, salvo che il giudice disponga che il verbale sia redatto in forma riassuntiva.

L'art. 510 c.p.p. attribuisce all'ausiliario, che assiste il giudice, la documentazione nel verbale delle dichiarazioni dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private.

La conferma definitiva che l'accezione di "ausiliario" venga adoperata dal codice in senso tecnico e non possa estendersi all'estraneo al personale di cancelleria o segreteria che svolga, di fatto, mansioni attribuite istituzionalmente al predetto, si ricava dall'art. 373 c.p.p., comma 6, secondo cui "alla redazione del verbale e delle annotazioni provvede l'ufficiale di polizia giudiziaria o l'ausiliario che assiste il pubblico ministero". Perfino, quindi, all'ufficiale di polizia giudiziaria, che nella fase delle indagini preliminari assiste il P.M. e provvede alla verbalizzarne degli atti indicati dal medesimo art. 373 c.p.p., non viene attribuita la qualifica di ausiliario.

**Può, conclusivamente, affermarsi il principio di diritto che non può essere assunto come teste chi svolge o ha svolto nel procedimento funzioni di ausiliario (in senso tecnico) del giudice o del pubblico ministero.**

**Non sono condivisibili, perché in contrasto con il non equivoco disposto normativo, quelle decisioni che dilatano la nozione di ausiliario fino a ricompredervi anche soggetti estranei all'amministrazione, quali ad esempio l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia partecipato all'assunzione delle sommarie informazioni rese al pubblico ministero dal minorenne offeso dal reato (così Cass. pen. sez. 3 n. 4526 del 26.11.2001, che ritiene incompatibile con l'ufficio di testimone il predetto esperto; conf. Cass. pen. sez. 3 n. 22935 del 27.3.2003).**

Non c'è dubbio alcuno, allora, che la dr.ssa S.A., psicoterapeuta presso il consultorio familiare dell'istituto (OMISSIS), non rivestisse la qualifica, nel senso sopra delineato, di ausiliario del p.m. nella redazione del verbale di assunzione di informazioni della piccola F.M. in data (OMISSIS).

Conseguentemente non sussiste nei suoi confronti la eccepita incompatibilità ad essere assunta come teste a norma dell'art. 197 c.p.p., comma 1, lett. d).

Non può dirsi neppure che la dr.ssa S. abbia assunto la veste di consulente del P.M., sia perché non vi è mai stata alcuna nomina formale in tal senso, sia perché comunque non ha, nell'assunzione delle informazioni della piccola F.M., svolto, di fatto, un ruolo del genere.

Si dà atto in detto verbale della "presenza della psicologa dott.ssa S.A. dell'Istituto (OMISSIS), già nota all'ufficio, che assiste la minore per la redazione del presente atto..". La dr.ssa S. si limita, nella parte iniziale del verbale, ad invitare la bimba a "raccontare tutti i fatti che ha raccontato a lei".

Dopodiché la sua presenza è "passiva"; è il P.M., come risulta dalla verbalizzazione, a formulare le domande senza alcuna intermediazione della psicologa ed è la piccola M. a rispondere senza il benché minimo intervento della esperta. Nè è consentito, in palese contrasto con le chiare risultanze del verbale, ipotizzare che la dr.ssa S. abbia avuto il compito di stimolare il ricordo della minore, di porre le domande e di tradurne le risposte, a fare insomma da tramite tra la bambina ed il P.M..

Correttamente, pertanto, la Corte territoriale ha ritenuto, interpretando e valutando le risultanze del verbale, che la dr.ssa S. si sia limitata a presenziare all'esame; infatti "non compie alcuna operazione, ne' è richiesta la sua specifica competenza tecnica, atteso che non sollecita la minore cui si rivolge sempre il P.M senza alcuna mediazione" (pag. 10 sent.). Peraltro non vi è alcuna norma che impedisca al consulente del P.M. di essere assunto come teste.

Significativamente nella relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale si afferma che: "In sede della disciplina della testimonianza non si è fatto alcuno cenno al perito ed all'interprete: si è ritenuto che rispetto a

queste funzioni debba considerarsi prevalente quella del testimone e che perciò, salvo a risolvere in via interpretativa gli specifici casi che si dovessero presentare, l'unica norma che si deve affermare è nel senso dell'ostacolo a nominare perito od interprete chi debba essere chiamato a deporre come testimone (cfr. art. 222 c.p.p., lett. d) e art. 144 c.p.p., lett. b)". Ancor più nette e categoriche sono le argomentazioni adoperate a proposito del consulente tecnico: "Nessun cenno è stato fatto al consulente tecnico, perché si è ritenuto che a tale qualifica, risalente ad un atto di parte, non possa essere attribuito rilievo alcuno nella materia in esame (cade perciò l'esigenza di riprodurre la norma dell'attuale art. 323 c.p.p., comma 3)".

Ed infatti la giurisprudenza di questa Corte è prevalentemente orientata nel ritenere che non vi sia alcuna incompatibilità con l'ufficio di testimone del consulente tecnico incaricato dal P.M. (cfr. ex multis Cass. pen. sez. 6 n. 33810 del 26.4.2007; conf. Cass. pen. sez. 3 n. 8377 del 17.1.2008).

Il ruolo svolto dalla dr.ssa S. nella assunzione di informazioni dalla piccola F.M. è quello indicato nello stesso verbale di assistenza alla minore ed è riconducibile alla previsione di cui all'art. 609 decies c.p., comma 3, (Nei casi previsti dal comma 1 l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenni è assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minore e ammesse dall'autorità giudiziaria che procede").

In assenza dei genitori (la bambina porta il nome della madre, la quale era coimputata nel medesimo processo e veniva poi assolta per vizio totale di mente), il P.M. riteneva che, nell'assumere informazioni dalla minore - parte lesa, fosse necessario il sostegno psicologico della S. che era già bene a conoscenza dei fatti, avendo seguito la vicenda degli abusi sessuali commessi in danno della bimba fin dal (OMISSIS), quando l'assistente sociale territoriale aveva richiesto il suo intervento, ed aveva avuto modo di incontrare la bimba medesima nel corso di varie sedute, instaurando con lei un rapporto di fiducia ed addirittura di complicità (illuminante in proposito, come sottolineano i giudici di merito, è quanto accaduto subito dopo l'incidente probatorio: M., che era stata accompagnata dalla S., al termine del mezzo istruttorio si avvicinò all'orecchio e come per sancire una sorta di alleanza che lei non aveva rotto le disse "io il fatto del pisello e del sangue non gliel'ho detto" come per dire "queste cose rimangono tra noi" (pag. 6 sent. Tribunale).

La dr.ssa S. era quindi la persona "giusta" per assistere affettivamente e psicologicamente la minore nell'espletamento dell'atto di assunzione di informazioni ed evitarle particolari, ulteriori traumi nel rievocare gli abusi subiti.

Come è stato sottolineato da questa Corte in varie pronunce la disposizione contenuta nell'art. 609 decies c.p., infatti, "intende assicurare alla persona offesa minorenni assistenza effettiva e psicologica in ogni stato e grado del

*procedimento avendo il precetto la finalità di apprestare al minore le condizioni idonee ad evitare ogni trauma ulteriore rispetto a quello cagionato dal reato, non strettamente ed assolutamente indispensabile" (Cass. pen. sez. 3 n. 22066 del 25.3.2003).*

*E non è stato mai minimamente posto in dubbio che i soggetti indicati nell'art. 609 decies c.p., (genitori o altre persone idonee), ammessi a presenziare all'esame del minore, diventino per ciò stesso incompatibili con l'ufficio di testimone. Le dichiarazioni rese in dibattimento dalla dr.ssa S. e la sua relazione psicodiagnostica, acquisita all'esito dell'esame, sono pertanto pienamente utilizzabili>>.*

### **1.5 LA VALUTAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DEL TOSSICODIPENDENTE E DELL'ALCOOLDIPENDENTE.**

In punto di capacità, nelle situazioni di provata o allegata cronica intossicazione il giudice potrà disporre, anche d'ufficio, accertamenti sull'idoneità fisica o mentale a testimoniare.

Diversamente, si farà applicazione di criteri valutativi improntati a particolare prudenza, apprezzando in concreto, motivatamente, l'affidabilità soggettiva, o meno, della fonte dichiarativa e quindi la veridicità del contenuto narrativo.

Quando via sia contrasto tra dichiarazioni predibattimentali e testimoniali, nelle ipotesi in cui il dichiarante giustifichi la difformità oggetto di contestazione con lo stato di scarsa o insussistente lucidità in cui si trovava al momento dell'assunzione delle dichiarazioni rese, particolare importanza assume la qualità della verbalizzazione eseguita.

In situazioni in cui appaia evidente la condizione di eterodipendenza del dichiarante, è opportuno che il verbale dia atto delle condizioni in cui si trova il soggetto, specificandone la lucidità e capacità rappresentativa, soprattutto quando si debba procedere ad attività di ricognizione, personale o fotografica.

### **1.6. LA POSSIBILE SCINDIBILITA' E FRAZIONABILITA' DELLA VALUTAZIONE.**

In tema di prova testimoniale, trova applicazione il principio della "scindibilità" o "frazionabilità" della valutazione, da intendersi nel senso che il giudice può ritenere veritiera una parte della deposizione e, nel contempo, disattendere altre parti di essa.

Ciò, però, sempre che non sussista una interferenza fattuale e logica tra la parte del narrato ritenuta falsa o non credibile e le rimanenti parti che siano intrinsecamente attendibili (il che si verifica quando tra la prima parte e le altre esista un rapporto di causalità necessaria ovvero quando l'una sia imprescindibile antecedente logico dell'altra) e sempre che la inattendibilità non

sia talmente macroscopica, per accertato contrasto con altre sicure risultanze di prova, da compromettere la stessa credibilità del dichiarante.

Tuttavia, in siffatte ipotesi, il giudicante deve dare conto, con adeguata motivazione, delle ragioni che lo hanno indotto a tale diversa valutazione e deve anche chiarire i motivi per i quali tale diversa valutazione non si risolve in un complessivo contrasto logico – giuridico della prova (cfr. Cass., sez. 3<sup>^</sup>, 26.09.06, sent. n. 1454, in un caso in cui è stata ritenuta attendibile la testimonianza della persona offesa in relazione ad un solo episodio di violenza sessuale rispetto a quelli oggetto di denuncia).

## **2. TECNICHE DI ESCUSSIONE IN FASE PREDIBATTIMENTALE E DIBATTIMENTALE.**

Qualsiasi tecnica di escussione, in fase predibattimentale e dibattimentale, deve porsi quale obiettivo la raccolta del maggior numero di informazioni “qualificate” in ordine alle circostanze oggetto della prova, nel rispetto del disposto dell’art. 187 c.p.p., ovvero del <<principio di pertinenza>>, in base al quale la prova è finalizzata ad accertare l’esistenza di determinati fatti considerati rilevanti ai fini della decisione<sup>6</sup>.

La metodologia di ricostruzione dei fatti si collega alla previsione dell’art. 111 Cost. e deve essere letta alla luce del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

La formazione della prova deve scaturire dal confronto dialettico tra le parti svolto, sul tema posto dall’accusa, davanti al giudice.

L’oggetto della prova nel suo significato “pratico” funge da parametro per il giudizio di ammissione delle prove, per la soluzione di problemi specifici in sede di assunzione e per l’espletamento di specifici mezzi probatori.

Ciò in ogni stato e grado del procedimento, anche nella fase delle indagini preliminari e quindi nella raccolta delle dichiarazioni predibattimentali, in quanto ogni aspetto del procedimento penale è sottoposto alle disposizioni generali sulle prove.

Una corretta tecnica di escussione dovrebbe offrire al giudice elementi sufficienti ed adeguati per valutare la credibilità e l’attendibilità del testimone.

In termini generali, è necessaria una descrizione accurata del fatto narrato che sia collocato con esattezza nel tempo e nello spazio, stimolando, con domande mirate, il ricordo dell’intervistato.

I quesiti devono tendere ad una ricostruzione completa della vicenda evitando, sin dalla primissima fase investigativa, domande suggestive, chiuse o, addirittura, comprensive della stessa risposta.

---

<sup>6</sup> CORDERO, 570

A questo riguardo è necessario che sia le domande che le risposte vengano riportate fedelmente, in modo da rendere più agevole la successiva attività valutativa.

Inoltre, come si è visto per l'escussione di bambini e minori, è tendenzialmente da evitare la frammentazione della escussione attraverso ripetute interviste.

A questo scopo è necessario che l'escussione sia preceduta da una breve ma accurata preparazione in modo tale che l'interrogante abbia sin dall'inizio contezza delle informazioni che intende ottenere e predisponga le domande necessarie, chiaramente poi da integrarsi in relazione agli sviluppi spesso non preventivabili dell'intervista.

Sotto il profilo soggettivo, la tecnica di escussione dovrebbe essere opportunamente modulata in relazione alla tipologia di reato ed ai rapporti esistenti tra indagato ed interrogato.

Infatti, se l'escussione di una persona che abbia soltanto assistito ad un fatto o che ne sia soltanto vittima può normalmente incentrarsi sulla descrizione, quanto più possibile articolata e dettagliata, di ciò che sia stato osservato, diversa metodologia dovrebbe richiedersi per la escussione di soggetti che abbiano particolari rapporti con l'indagato al fine di raccogliere elementi sufficienti per valutarne adeguatamente la credibilità soggettiva.

Nella raccolta di dichiarazioni provenienti da soggetti "interessati" è quindi necessario che l'escussione offra elementi adeguati a saggiare l'affidabilità della fonte, scandagliando, in particolare, i rapporti pregressi tra le parti, l'esistenza di eventuali motivi di contrasto ed in generale la genesi delle propalazioni accusatorie.

Sarebbe inoltre utile far indicare alla persona escussa eventuali elementi di verifica esterna per lo svolgimento di attività di riscontro.

Particolare attenzione deve essere riservata alla documentazione delle attività ricognitive sulle quali non di rado insorgono problemi valutativi in fase dibattimentale.

Al riguardo sarebbe utile l'adozione di protocolli operativi richiedendo che il dichiarante riferisca preliminarmente tutte le circostanze di cui ha memoria, specificando con esattezza condizioni di luce e di visibilità, durata dell'azione, distanza esistente tra lui e l'identificando; con specifico riguardo a quest'ultimo, altezza, corporatura, abbigliamento, parti del volto che ha avuto modo di osservare.

Quanto alle individuazioni fotografiche dovrà essere specificato il numero di fotografie che sono state sottoposte a colui che procede alla ricognizione, la loro provenienza, la loro tipologia (cartacea o digitale) ed in ipotesi di ricognizione positiva la data in cui è stata realizzata la fotografia oggetto di individuazione.

Per le individuazioni personali sarebbe utile documentare l'atto oppure disporre delle fotografie degli altri soggetti messi a confronto per consentire di valutare la idoneità dell'atto, soprattutto quando in sede dibattimentale sorgano contestazioni in ordine alla effettiva somiglianza delle persone sottoposte alla ricognizione.

Quanto alla documentazione dell'eventuale riconoscimento è opportuno evitare il ricorso a formule stereotipe del tipo "riconosco senza ombra di dubbio" ma verbalizzare fedelmente quanto riferito dal dichiarante, riproducendo eventuali incertezze e perplessità o, al contrario, l'assoluta sicurezza della indicazione.

Evidentemente, una adeguata escussione nella fase investigativa e l'uso di una valida tecnica documentativa agevolano notevolmente l'escussione nella fase dibattimentale.

Infatti, in presenza di un valido materiale predibattimentale l'interrogante, seguendo la medesima metodologia di escussione, potrà veicolare il patrimonio conoscitivo della fonte dichiarativa, facendo uso, ove ne ravvisi la necessità, dello strumento delle contestazioni.

Quando invece l'escussione predibattimentale presenti uno o più profili di sofferenza, sarà necessario integrare l'escussione, evidenziando gli aspetti che appaiono carenti.

Anche in questa fase è comunque essenziale che l'escussione si incentri su domande specifiche, chiare, precise che stimolino a risposte altrettanto puntuali per evitare deposizioni straripanti.

Quanto alle domande rivolte dal giudice esse dovrebbero limitarsi, ove necessario, al chiarimento di circostanze che non siano state affrontate nel corso dell'esame e del controesame o rispetto alle quali si ravvisi l'indispensabilità di un approfondimento, mentre è senz'altro da evitare la tentazione di procedere ad una nuova integrale escussione, magari per la mera esigenza di un diverso ordine sistematico delle vicende ricostruite o delle questioni affrontate.

### **3. IL RICORSO AL CONTRADDITTORIO ANTICIPATO CON LO STRUMENTO DELL'INCIDENTE PROBATORIO.**

La fisionomia originaria dell'incidente probatorio risulta parzialmente modificata a seguito degli interventi legislativi degli ultimi dieci anni.

Tra i principi cardine del processo tendenzialmente accusatorio scelto dal legislatore vi era quello della separazione funzionale tra la fase preliminare, con il compimento da parte del P.M. di tutte le attività investigative necessarie per la determinazione in ordine all'esercizio dell'azione penale, ed il dibattimento, sede privilegiata di formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

Il rischio della dispersione, durante la fase delle indagini preliminari, di prove deperibili e non rinviabili aveva indotto a prevedere l'istituto dell'incidente

probatorio, strutturato come una parentesi garantita dalla presenza del GIP, attivabile a richiesta di parte.

Peraltro, la preoccupazione che l'istituto potesse riproporre la vecchia istruzione formale, aveva fatto sì che l'incidente probatorio fosse disegnato come uno strumento esperibile soltanto in ipotesi tassative e, specificamente per:

- prove deperibili perché non acquisibili nella fase dibattimentale;
- prove suscettibili di inquinamento;
- prove ad oggetto modificabile;
- prove complesse i cui tempi di acquisizione non fossero compatibili con i tempi del dibattimento.

Per effetto degli interventi riformatori è derivato un ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto che crea problemi di tenuta del sistema in particolare rispetto ai principi costituzionali del giusto processo sanciti dall'art. 111 Cost..

Si sostiene infatti che per assicurare un normale funzionamento dei meccanismi processuali il legislatore sia indotto a far leva su ampie forme di contraddittorio anticipato, specialmente attraverso una estensione senza limiti dell'istituto dell'incidente probatorio. Si osserva, a conforto di questa soluzione, come lo stesso art. 111 Cost., non richiamando anche i principi di immediatezza ed oralità, non vincoli il contraddittorio richiesto nella fase dibattimentale.

Si obietta che una eccessiva estensione dell'incidente probatorio non si concilierebbe con il rispetto del principio della ragionevole durata del processo e come il contraddittorio realizzabile in sede di incidente probatorio sia meno pieno di quello dibattimentale e sbilanciato a favore della pubblica accusa.

Sta di fatto che deve registrarsi una estensione delle possibilità di assunzione anticipata della prova a situazioni nelle quali la ragione giustificatrice non è rappresentata dal pericolo di irripetibilità dell'atto ma da esigenze diverse quali quelle di assicurare la genuinità della prova o di tutelare il soggetto da escutere. In quest'ultima finalità si inserisce la sentenza della Corte Costituzionale n. 63/2005 che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 398, comma 5 bis, c.p.p., nella parte in cui non prevede la possibilità di far ricorso all'incidente probatorio se tra le persone interessate vi sia un soggetto maggiore di età infermo di mente, in quanto la testimonianza su fatti e circostanze legati all'intimità della persona e connessi ad ipotesi di violenze subite è sempre un'esperienza difficile e psicologicamente pesante; quando poi il testimone è un individuo particolarmente vulnerabile e, come tale, più di altri esposto a condizionamenti esterni, la testimonianza può tradursi in un'esperienza fortemente traumatizzante e lesiva della personalità.

In questi casi l'adozione di modalità protette di assunzione della prova non contrasta con altre esigenze proprie del processo ma, al contrario, concorre ad assicurare la genuinità della prova che potrebbe essere pregiudicata proprio da un'assunzione in forma ordinaria.

La Corte Costituzionale conclude evidenziando che l'apprezzamento in concreto delle condizioni e delle circostanze che impongano o consiglino il ricorso, anche nel caso di infermo di mente, a tali speciali modalità di assunzione della testimonianza deve essere rimessa al giudice.

La Corte di Giustizia della Comunità Europee (Grande Sezione) con la sentenza del 16.06.05 nel procedimento C-105/03 a carico di Pu.Ma. segue un analogo iter argomentativo.

Pu.Ma., insegnante della scuola dell'infanzia, era indagata del reato di abuso di mezzi di correzione nei confronti di alcuni dei suoi alunni, di età inferiore ai 5 anni, per averli percossi, per aver minacciato di somministrare loro dei tranquillanti e di mettere loro cerotti sulla bocca e per aver loro impedito di recarsi in bagno, oltre che di lesioni nei confronti di un'alunna.

Il P.M. aveva chiesto al GIP del Tribunale di Firenze di raccogliere le deposizioni di 8 bambini attraverso incidente probatorio, in particolare nelle forme dell'audizione protetta, in quanto riteneva che l'assunzione della prova non avrebbe potuto essere differita sino all'udienza dibattimentale a causa della minore età dei dichiaranti e della inevitabile modificazione della situazione psicologica di questi ultimi, nonché di un eventuale processo di rimozione psicologica.

Il difensore dell'indagata si era opposto a questa richiesta rappresentando che non si rientrava in alcuno dei casi previsti dall'art. 392, nn. 1 e 1 bis, c.p.p..

Secondo il GIP la richiesta del P.M. doveva essere disattesa alla luce delle disposizioni nazionali perché queste ultime non prevedono il ricorso all'incidente probatorio in ordine a fatti come quelli oggetto delle contestazioni, anche se non vi sarebbero motivi ostativi ad una estensione di tali disposizioni anche a casi diversi da quelli previsti dall'art. 392, n. 1, c.p.p. nei quali la vittima è un minore, questo perché molti reati esclusi dall'ambito di applicazione del 392, n. 1, c.p.p. potrebbero rivelarsi per la vittima più gravi rispetto a quelli considerati dalla norma in oggetto.

Il particolare il giudice rilevava che, quando persona offesa è un minore o addirittura un bambino di pochi anni, esiste in primo luogo una difficoltà di approccio con il teste che richiede quasi sempre l'ausilio di un esperto in psicologia infantile: spesso i bambini sono intimoriti e non sono in grado di comprendere il motivo per cui sono stati convocati dal giudice, non usano il linguaggio degli adulti, a volte riescono ad esprimersi solo a gesti o con l'ausilio di oggetti e giocattoli, con la conseguente necessità di documentare l'atto istruttorio con la videoregistrazione per apprezzare l'atteggiamento complessivo del bambino.

Inoltre, prosegue il GIP, il minore p.o. è soggetto particolarmente vulnerabile che è indotto a rimuovere psicologicamente l'accaduto più di quanto non

farebbe un adulto, con la conseguenza che sussiste anche un'esigenza di preservazione della personalità del soggetto e della genuinità della prova.

La possibilità di acquisire la prova nell'immediatezza del fatto tendenzialmente dovrebbe evitare il pericolo di rimozione ed in più evita la ripetizione dell'atto istruttorio che costringe la vittima a rivivere il fatto.

Il GIP di Firenze dubitava quindi della compatibilità degli artt. 392, n. 1 bis, e 398, n. 5 bis, c.p.p. con gli artt. 2, 3 ed 8 della decisione quadro in quanto le disposizioni del c.p.p. limitano ai soli reati sessuali o a sfondo sessuale la facoltà del GIP di ricorrere all'assunzione anticipata della prova ed alle modalità particolari di assunzione e di accertamento della prova.

Decideva quindi di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla portata degli artt. 2, 3 ed 8 della decisione quadro.

La Corte di Giustizia richiama in primo luogo l'art. 35, n. 1, del Trattato UE secondo cui ogni giurisdizione di uno Stato membro ha la facoltà di chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su una questione sollevata in una causa pendente dinanzi ad essa e concernente la validità o l'interpretazione di tali atti se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza.

Evidenzia poi che l'art. 34, n. 2, lettera b), UE attribuisce un carattere vincolante alle decisioni quadro nel senso che queste ultime sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma ed ai mezzi.

Conseguentemente i giudici nazionali hanno un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale con il limite costituito dal divieto di interpretazioni *contra legem* del diritto nazionale.

Nel merito la Corte di Giustizia osserva che l'art. 3 della decisione quadro prevede che ciascuno Stato membro garantisce la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento ed adotta le misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale.

Gli artt. 2 ed 8 n. 4 obbligano ciascuno Stato membro ad agire per garantire alle vittime un trattamento rispettoso della loro dignità personale durante il procedimento, ad assicurare che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda alla loro situazione ed a garantire, ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, la facoltà da parte loro, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento.

La Corte ritiene che sebbene la decisione quadro non definisca la nozione di vulnerabilità, è indubbio che un minore che, come nell'ipotesi d'accusa, subisca

maltrattamenti da parte di un'insegnante sia un soggetto vulnerabile, sia per l'età, sia per le conseguenze delle condotte.

Rileva altresì che le disposizioni della decisione quadro richiamate dal GIP di Firenze non prevedono modalità concrete di attuazione degli obiettivi da esse enunciati.

La realizzazione degli obiettivi perseguiti da queste disposizioni impone che un giudice nazionale abbia la possibilità per le vittime particolarmente vulnerabili di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio, nonché le modalità particolari di deposizione previste (ad esempio l'audizione protetta), se tale procedura risponde alla situazione di tali vittime e si impone al fine di impedire la perdita degli elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire conseguenze pregiudizievoli di una deposizione in pubblica udienza.

Nel contempo, le condizioni in cui rendere testimonianza devono essere compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato membro interessato e devono essere rispettati i diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

Spetta al giudice del rinvio accertarsi che l'applicazione dell'incidente probatorio e dell'audizione protetta non sia tale da rendere il procedimento iniquo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

Sulla scorta di questa sentenza, il GIP del Tribunale di Firenze ha ammesso l'incidente probatorio osservando che detto procedimento non violava alcun principio generale del diritto, trattandosi di una norma procedurale che non determina né aggrava la responsabilità penale dell'indagata, non incidendo sulla fattispecie sostanziale contestatale, né viola il diritto ad un equo processo come previsto dall'art. 6 della Convenzione, né l'art. 111 Cost. non venendo pregiudicato il principio del contraddittorio nell'acquisizione della prova.

Neppure l'art. 8 n. 4 della decisione quadro che impone il rispetto dei principi fondamentali dello Stato membro interessato risulta violato dalla interpretazione proposta in quanto l'anticipazione dell'acquisizione della prova nella fase dell'incidente probatorio deroga esclusivamente al principio di immediatezza secondo il quale normalmente la prova deve essere acquisita davanti al Giudice che poi provvede alla decisione.

Tale principio che attiene al modello processuale penale accusatorio non solo non può essere ritenuto principio fondamentale dello Stato, ma non va neppure considerato inderogabile, dal momento che lo stesso legislatore consente di procedere con l'incidente probatorio dinanzi al GIP per assumere testimonianze dei minori degli anni 16 in ordine all'accertamento dei reati sessuali proprio con la previsione di cui all'art. 392, comma 1, bis..

#### **4. LA VALUTAZIONE DELLE DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI UTILIZZATE PER LE CONTESTAZIONI.**

La contestazione è il meccanismo logico dialettico che mira a contrastare la deposizione di un soggetto esaminato in dibattimento come testimone, parte, perito o consulente tecnico opponendogli di aver fornito una versione diversa in una precedente dichiarazione contenuta nel fascicolo del P.M. e che viene letta dopo che questi ha deposto.

Il dichiarante è in tal modo sollecitato a chiarire quanto affermato in dibattimento dando conto del <<precedente difforme>>.

*<<Non sono consentiti, ne' sono previsti altri meccanismi o momenti (diversi dalla sede propria del dibattimento) per contestare le deposizioni del teste; nè in sede di appello è consentita l'acquisizione, mediante parziale rinnovazione del dibattimento, dei verbali delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari>> (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 39319/2009).*

In merito alla determinazione degli atti utilizzabili per le contestazioni si ritiene preferibile assestarsi su un'interpretazione letterale, orientata in funzione della *ratio* dell'istituto, includendovi:

- quanto al contenuto, tutto ciò che rientri nella nozione di dichiarazione (manifestazioni di conoscenza o di volontà),
- quanto alla forma, gli atti verbalizzati o redatti direttamente dal dichiarante,
- quanto alla conoscibilità, gli atti contenuti nel fascicolo del P.M. o delle indagini difensive.

Sulla base di questi criteri orientativi devono ritenersi possibile oggetto di contestazioni:

- le denunce e le querele;
- le dichiarazioni acquisite durante l'attività integrativa di indagine;
- le dichiarazioni assunte dopo l'apertura del dibattimento ex art. 430 c.p.p.;
- i verbali di prova di procedimenti penali e civili;
- le dichiarazioni rese nel corso di procedimenti amministrativi;
- gli atti di un procedimento penale straniero.

Per quanto riguarda gli atti di individuazione, premessa la loro struttura complessa in quanto implicanti un'attività dichiarativa ed un'attività ricognitiva, a rigore dovrebbero formare oggetto di contestazione le sole dichiarazioni a contenuto narrativo o descrittivo, ma deve anche convenirsi con chi rileva la sostanziale inscindibilità di tali atti e conclude quindi per la utilizzabilità degli stessi ai fini delle contestazioni.

In ordine alle modalità di effettuazione della contestazione essa consiste nel dare lettura della dichiarazione predibattimentale e nel chiedere conto all'esaminando dei motivi della difformità.

Secondo una diversa opinione, la lettura non sarebbe una modalità necessaria della contestazione perché potrebbe essere sufficiente ricordare al deponente il senso delle precedenti dichiarazioni.

In realtà, la lettera della norma sembra richiedere la necessità della lettura.

D'altro canto, è evidente che la lettura fornisce garanzie maggiori di genuinità della contestazione.

In ogni caso il giudice, ai sensi dell'art. 499.6 c.p.p., può verificare la correttezza della contestazione ordinando l'esibizione del verbale.

*<<Le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero, utilizzate per le contestazioni, possono essere acquisite al fascicolo del dibattimento nella loro interezza, ma possono essere utilizzate ai fini della decisione limitatamente alle parti del verbale che sono state effettivamente contestate ed a quelle che possono servire per meglio comprenderne il contenuto. (Fattispecie relativa ad annullamento della sentenza che aveva utilizzato un verbale di dichiarazioni, usate per la contestazione in relazione ad un fatto criminoso, anche per altro fatto criminoso non oggetto di contestazione)>>. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14483 del 20/02/2006 Ud. (dep. 26/04/2006 ) Rv. 234083).*

L'ultima parte dell'art. 500.1 prevede che la facoltà di procedere alla contestazione può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto.

Quanto al testimone che rifiuti di rispondere all'esame, il comma 2 bis dell'art. 500 consentiva le contestazioni.

La L. 63/01 ha eliminato tale disposizione e secondo l'opinione prevalente, anche per tale argomento storico, dovrebbe essere esclusa la possibilità di effettuare contestazioni.

Tuttavia, a chi sostiene che non si può contestare ciò che non viene detto, si obietta che la mancata risposta e le ragioni del diniego costituiscono dati processualmente apprezzabili (<<argomenti utili>> secondo CORDERO) e che la contestazione del rifiuto di rispondere, in contrasto con un precedente comportamento dichiarativo, può stimolare il contraddittorio e far emergere le ragioni del silenzio fornendo elementi idonei a saggiare la credibilità del testimone.

D'altro canto, se di norma per un testimone determinato a non rendere dichiarazioni, pur a fronte delle conseguenze derivanti da questo illegittimo comportamento ai sensi dell'art. 372 c.p., la contestazione è improduttiva di

effetti, non può escludersi che la sollecitazione del testimone silente possa avere l'effetto di indurre quest'ultimo a rendere dichiarazioni.

Quanto al teste che dichiara di non ricordare, deve ritenersi consentita la possibilità di procedere alla contestazione in quanto la dichiarazione con la quale il teste rappresenta il suo non ricordo costituisce pur sempre deposizione, sebbene di contenuto negativo.

Passando ai possibili esiti della contestazione:

- se il teste sollecitato rettifica la deposizione resa in dibattimento in modo tale che non vi sia più contrasto con le dichiarazioni rese precedentemente, evidentemente la deposizione rettificata assume piena valenza di prova resa nel contraddittorio delle parti.

- se invece il teste, a fronte della contestazione, ribadisce le dichiarazioni dibattimentali difformi opera, in via ordinaria, un criterio normativo di base che prevede l'efficacia probatoria indiretta delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, con <<funzione screditante>>.

La regola è dunque quella della irrilevanza probatoria delle contestazioni secondo la quale il precedente difforme non può costituire la prova dei fatti oggetto delle dichiarazioni predibattimentali e non confermati nel giudizio, ma serve unicamente a vagliare e saggiare la credibilità del dichiarante.

In punto di valutazione dell'attendibilità o meno delle dichiarazioni dibattimentali difformi, oltre alla comune verifica di coerenza e verosimiglianza, è rilevante la disamina della plausibilità o meno delle giustificazioni eventualmente addotte dal teste a spiegazione del rilevato contrasto.

In merito alle contestazioni a sollecitazione della memoria, si ritiene che abbia valore probatorio la conferma del testimone, nel corso della deposizione dibattimentale, delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari, con la precisazione, in seguito a contestazione, che le dichiarazioni allora rese erano frutto di un più vivido ricordo della vicenda (Cass. sez. 1, sentenza n. 23012 del 14.05.09, rv. 24451).

*<<Ai fini dell'applicazione del disposto di cui all'art. 499, comma quinto, cod. proc. pen., secondo cui "il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto della memoria, documenti da lui redatti", non può operarsi alcuna differenziazione tra il concetto di "aiuto totale" e quello di "aiuto parziale" nel ricordo di un fatto, atteso che la specificità della previsione rispetto a quella della "contestazione" di cui all'art. 500 cod. proc. pen. non è nella "parzialità dell'aiuto", ma nelle modalità del medesimo, nel senso che l'aiuto, a norma del cit. art. 499, viene dato al teste mostrandogli un documento da lui redatto, mentre la "contestazione" avviene mediante il ricordo al teste di dichiarazioni da lui precedentemente rese e sulle quali egli abbia già depresso. (Fattispecie in*

*tema di consultazione da parte del teste della querela da lui redatta*)>>. (Cass. Sez. 4, Sentenza n. 26387 del 07/05/2009 Ud. (dep. 25/06/2009 ) Rv. 244401). Sul versante valutativo, l'attenzione si incentrerà sul materiale predibattimentale, veicolato nel giudizio attraverso la deposizione a contenuto essenzialmente o esclusivamente confermativo del teste, con la conseguenza che risulteranno determinanti modalità di raccolta e tecniche di formazione di detto contributo.

Problemi sono stati talora riscontrati con riferimento a contestazioni che si potrebbero definire "in negativo".

L'interrogante contesta al testimone di non aver riferito nella fase preliminare una o più dichiarazioni rese, invece, per la prima volta in dibattimento.

Ritengo che questa tipologia di contestazioni non dovrebbe trovare spazio nel sistema delineato dall'art. 500 c.p.p. perché quest'ultimo impone il confronto, susseguente a lettura, tra dichiarazioni rese.

Peraltro, il medesimo risultato di valutazione della credibilità del dichiarante e della genuinità della deposizione potrebbe essere ottenuto, senza attivare il meccanismo della contestazione, chiedendo contezza al testimone del motivo per cui non aveva riferito quella circostanza in precedenza.

Ove insorgesse contrasto sul punto tra le parti, le stesse potrebbero sottoporre all'esame del Tribunale, a questo limitato scopo, il verbale delle dichiarazioni predibattimentali.

Devono ritenersi ammissibili le contestazioni cosiddette non probatorie: prove precedentemente acquisite, dibattimentali o predibattimentali, possono essere contestate al testimone per saggiarne la credibilità e per stimolarne il ricordo.

In particolare, potranno formare oggetto di contestazione le dichiarazioni rese da un testimone sulla medesima circostanza oggetto di esame in modo da evidenziare al deponente il contrasto tra la propria versione e quella di altri.

Inoltre, potranno essere utilizzati documenti che rappresentino circostanze difformi rispetto a quelle riportate dal testimone.

Gli atti utilizzati per le contestazioni non probatorie possono essere contenuti nel fascicolo del P.M., in quello del dibattimento oppure potranno essere utilizzati per la prima volta nella fase della contestazione non probatoria quando il giudice ne apprezzi in quel momento la rilevanza, in considerazione del contrasto rispetto alla deposizione del testimone.

##### **5. PROBLEMI DI GESTIONE DEL MECCANISMO DI "RECUPERO" DELLE DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI PREVISTO DALL'ART. 500.4 C.P.P.**

Il quarto comma dell'art. 500 c.p.p. introduce una fondamentale deroga al criterio di base della efficacia indiretta a fini screditanti delle contestazioni, prevedendo l'acquisizione con efficacia diretta ed a fini probatori delle dichiarazioni predibattimentali del testimone in ipotesi di provato inquinamento della fonte.

*<<La norma trova la sua origine nell'art. 111 comma 5 della Costituzione che consente una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio "per effetto di provata condotta illecita". In attuazione di questa norma costituzionale l'art. 16 della l. 1 marzo 2001 n. 63 ha modificato l'art. 500 c.p.p. il cui comma 4 prevede che "quando vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso" le dichiarazioni precedentemente rese sono acquisite al fascicolo per il dibattimento e possono quindi essere utilizzate per la decisione. La deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio tra le parti, prevista dalla norma costituzionale e dalla norma di attuazione, è ovviamente diretta a salvaguardare la genuinità della prova nei casi in cui l'attendibilità del testimone è posta in discussione da una condotta di intimidazione o di corruzione che non necessariamente devono provenire dall'imputato (lo si ricava anche dai lavoratori parlamentari nel corso dei quali fu eliminata una disposizione che consentiva alle parti di provare la loro estraneità ai fatti illeciti).*

*In questi casi, escluso che si debba fare ricorso ad un separato procedimento (il che porrebbe nel nulla il principio della ragionevole durata del processo), v'è generale consenso sull'affermazione che sia lo stesso giudice del processo principale a dover procedere all'accertamento dell'esistenza delle condotte descritte che possono emergere sia nel dibattimento del processo principale che al di fuori di esso (ciò è confermato dall'uso, nel quarto comma dell'art. 500, della parola "anche") compresi i procedimenti diversi e separati.*

*Più complesso è il tema delle regole processuali applicabili per l'accertamento in questione perché, se è senz'altro da escludere l'uso di prove inutilizzabili perché illegittimamente acquisite, la circostanza che il sub procedimento in questione non abbia come scopo l'accertamento della responsabilità dell'imputato consente l'utilizzazione di elementi di prova che nel procedimento ordinario non potrebbero essere utilizzati (per es. le dichiarazioni rese da persone informate alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero o nel caso di verbali di altri procedimenti, le prove acquisite al di fuori dei limiti previsti dall'art. 238 c.p.p.).*

*Questa maggior libertà del giudice e la minore formalità di procedura sembrano confermate dal testo letterale del comma 5 dell'art. 500 c.p.p. che prevede che il giudice decida "senza ritardo, svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari" con una terminologia che sembra svincolarlo dalle forme previste dal codice di*

*rito per l'acquisizione di ogni singola prova riguardante la responsabilità dell'imputato.*

*Il problema di maggior rilievo posto dalla norma in questione è però quello di verificare quale sia il livello di prova delle condotte intimidatrici o corruttive richiesto per poter ritenere esistenti i presupposti per l'acquisizione delle ricordate dichiarazioni. Nella soluzione di questo problema si contrappongono due esigenze contrapposte e difficilmente conciliabili: una diretta a garantire il contraddittorio nella formazione della prova; l'altra a garantire la genuinità della prova.*

*Un punto di equilibrio tra le due esigenze può essere raggiunto, anche in considerazione della già riferita circostanza che il procedimento incidentale non è diretto ad accertare la responsabilità dell'imputato (ma tenendo conto del fatto che l'art. 111 della Costituzione fa riferimento alla "provata" condotta illecita), richiedendosi, per un verso, che il giudizio sull'inquinamento della prova non possa fondarsi su semplici congetture o su sospetti privi di conferma (per es. l'astratto potere di intimidazione dell'imputato) ma ritenendo, per altro verso, che non sia neppure richiesto il livello probatorio necessario per giungere all'affermazione di responsabilità dell'imputato. Si è affermato in dottrina che "sarebbe insensato pretendere che lo standard debba essere rappresentato dalla prova al di là di ogni ragionevole dubbio, necessaria per la pronuncia di una sentenza di condanna".*

*Sembra dunque ragionevole far dipendere l'acquisizione e la possibilità di utilizzazione delle dichiarazioni in esame dalla "accertata degenerazione del contesto di acquisizione dibattimentale della prova" e, in questa ottica, va valorizzato il riferimento che il comma 4 in esame fa agli "elementi concreti" dai quali deve risultare l'avvenuta alterazione della genuinità della prova. Elementi "concreti" è un concetto che sembra far riferimento non a certezze ma neppure a congetture o supposizioni: insomma, lo si ripete, uno standard probatorio di livello elevato ma non equivalente a quello che può portare alla condanna di un imputato>> (Cass. sez. 4<sup>a</sup> sentenza 7653 del 16-12-2004, rv. 230881).*

I principi fondamentali che sono stati gradualmente delineati sono i seguenti:

- in tema di testimonianza, nel caso di provata condotta illecita riguardante il testimone, non è necessario, ai fini della acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni di segno accusatorio precedentemente rese dall'interessato, che gli atti di intimidazione siano riferibili all'imputato (sez. 5<sup>a</sup>, n. 40455 del 22-9-2004, rv. 230215);
- il procedimento incidentale (diretto ad accertare gli elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza o minaccia al fine di non deporre o di deporre il falso) deve fondarsi su parametri di ragionevolezza e di persuasività, nel cui ambito può assumere rilievo qualunque elemento sintomatico della intimidazione subita dal teste, purché sia connotato da

precisione, obiettività e significatività, secondo uno standard probatorio che non può essere rappresentato dalla prova "al di là di ogni ragionevole dubbio", richiesta soltanto per il giudizio di condanna, ma neanche dal semplice sospetto (sez. 6<sup>^</sup>, n. 26904 del 23-3-2005, rv. 231860; sez. 4<sup>^</sup>, n. 7653 del 16-12-2004, rv. 230881);

- ai fini della acquisizione al fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 500 c.p.p., comma 4, delle dichiarazioni predibattimentali del testimone, gli "elementi concreti" sulla base dei quali può ritenersi che egli sia stato sottoposto a violenza o minaccia affinché non deponga ovvero deponga il falso, da un lato non possono coincidere con gli elementi di prova necessari per una pronuncia di condanna, dall'altro non possono risolversi in vaghe ragioni o in meri sospetti, disancorati da qualunque dato reale, ma devono consistere, secondo parametri correnti di ragionevolezza e di persuasività, in fatti sintomatici della violenza o della intimidazione subita dal teste, purché connotati da precisione, obiettività e significatività (sez. 1<sup>^</sup>, n. 29421 del 9-5-2006, rv. 235103); debbono cioè raggiungere un "quantum" di natura indiziaria, caratterizzato da plausibilità logica, che, pur senza realizzare la condizione della certezza "al di là di ogni ragionevole dubbio", possa far presumere la esistenza di una intimidazione che abbia compromesso la genuinità della deposizione dibattimentale (sez. 6<sup>^</sup>, n. 33951 dell'8-7-2005, rv. 232050);

- in tema di contestazioni nell'esame testimoniale, al fine di valutare gli elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza o minaccia, l'avverbio "anche" contenuto nell'art. 500 c.p.p., comma 4 deve intendersi nel senso che le circostanze emerse in dibattimento possono essere di per sé sufficienti ad integrare la prova richiesta dalla norma, senza che siano necessari ulteriori elementi di prova (sez. 6<sup>^</sup>, n. 37112 del 7/6/2004, rv. 230115; n. 31461 del 7-6-2004, rv. 230018). In definitiva, in caso di accertato inquinamento probatorio il principio di formazione della prova in contraddittorio resta superato, in quanto la prova testimoniale ha perso le caratteristiche della genuinità e della veridicità che devono contraddistinguerla. L'inquinamento probatorio può desumersi da circostanze emerse nel dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice attraverso un sub-procedimento incidentale, ma, in ogni caso, deve poggiare su "elementi concreti", in quanto la semplice mancanza di genuinità della deposizione non può da sola automaticamente denotare illecite pressioni o intimidazioni, perché ciò significherebbe dare rilievo a semplici "sospetti" o a "congetture" del giudicante (fattispecie nella quale gli elementi concreti dell'intimidazione sono stati rinvenuti nella incongruità di una ritrattazione operata dalla teste in dibattimento e in una serie di fattori esterni denotanti indebite pressioni sul testimone, tra cui il rifiuto immotivato ed improvviso del teste di essere sottoposto al regime di protezione e l'omicidio del genero dello stesso teste).

Per esaminare alcune delle questioni inerenti i presupposti di attivazione del suddetto meccanismo di recupero può essere utile riferirsi ad alcuni provvedimenti di merito.

Ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata 29.05.01.

Nell'ambito di un processo a carico di numerosi imputati per reati associativi e conseguenti reati scopo, uno degli imputati, C.G., il quale nella fase delle indagini preliminari aveva reso ampie dichiarazioni auto ed etero accusatorie, sottoposto ad esame, dichiara di avvalersi della facoltà di non rispondere.

Il Pubblico Ministero, al fine di rendere utilizzabili le dichiarazioni in questione anche nei confronti degli altri imputati, chiede al Tribunale che le stesse vengano acquisite ai sensi dell'art. 500.4 c.p.p..

Al fine di dimostrare la coartazione dell'esaminando, il P.M. produceva una sentenza, non irrevocabile, a carico di D.G., moglie di uno dei coimputati e capo di una delle organizzazioni camorristiche oggetto del processo, con la quale la stessa era stata ritenuta responsabile, tra l'altro, del delitto di violenza privata per avere indotto C.G., in accordo con la moglie di quest'ultimo, a recedere dalla sua collaborazione, minacciando ritorsioni violente sui figli e la perdita degli affetti familiari. In subordine chiedeva l'acquisizione dei verbali dibattimentali del processo in questione.

C.G. aveva iniziato a collaborare con la giustizia ed analoga scelta era stata fatta da altri associati.

Tale situazione aveva creato enorme allarme all'interno dell'associazione, soprattutto in considerazione dei ruoli apicali dei collaboranti e dunque del peso delle loro prodezze.

D.G., moglie del capo clan G.V., aveva dunque attivato una serie di pressioni nei confronti della moglie di C.G. e di un altro collaboratore, minacciando gravissime ritorsioni nei loro confronti e dei loro nuclei familiari, fino a spingersi a richiedere alle stesse la separazione dai rispettivi coniugi.

La credibilità delle minacce era resa ancor più verosimile dal fatto che D.G. aveva organizzato spedizioni vandaliche presso le abitazioni dei collaboranti che in origine risiedevano all'interno di un medesimo stabile.

D.G. aveva infine accompagnato le mogli dei due collaboratori presso lo studio di un avvocato matrimonialista al quale queste ultime avevano dato mandato di redigere ricorso di separazione dai rispettivi coniugi.

C.G. aveva poi receduto dalla collaborazione, mentre la moglie del secondo collaboratore aveva deciso di intraprendere anch'ella la medesima strada nella convinzione che neppure la separazione sarebbe stata sufficiente a porla al sicuro dalle ritorsioni del clan.

I procedimenti per separazione si erano quindi estinti per rinuncia agli atti.

C.G. aveva anche inviato una lettera ad uno dei collaboratori D.Ga. con la quale manifestava la sua invidia nei confronti di quest'ultimo che aveva potuto

intraprendere senza difficoltà la sua collaborazione, cosa per lui impossibile per le pressioni ricevute.

La difesa si opponeva a detta richiesta osservando:

- a) che la sentenza non era irrevocabile e che dunque la stessa non poteva entrare nel patrimonio di conoscenze del giudice, anche solo per fondare la valutazione incidentale richiesta;
- b) che l'art. 500.4 non si applicherebbe all'imputato, titolare di un diritto al silenzio;
- c) che quand'anche si volesse ritenere applicabile l'art. 500.4 all'imputato in virtù dell'ultimo inciso dell'art. 513.1 c.p.p., la disposizione in oggetto potrebbe applicarsi esclusivamente nei confronti di chi abbia dato causa alla minaccia ai fini della ritrattazione e non anche nei confronti degli imputati che ad essa siano estranei.

Il Tribunale, dopo aver operato un inquadramento sistematico della norma, in particolare alla luce dell'art. 111 Cost., e dopo aver evidenziato la diversità di situazioni prese in considerazione dagli artt. 500, 503 e 513, passa ad esaminare la portata dell'art. 500.4 ed il contenuto del giudizio incidentale affidato al giudice dal 5° comma della stessa disposizione.

In primo luogo si afferma l'infondatezza dell'assunto difensivo secondo cui le dichiarazioni acquisite sarebbero applicabili soltanto nei confronti dell'imputato o degli imputati autori della condotta subornante.

Tale tesi infatti non ha alcun aggancio normativo perché l'art. 513.1 per l'utilizzazione contra alios delle dichiarazioni predibattimentali pone solo una condizione di ordine oggettivo (la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 500.4) e non anche un limite di carattere soggettivo (parlando genericamente di utilizzazione nei confronti di altri).

Analogamente, nessun limite è posto dall'art. 500.

Infine, nessuna indicazione in tal senso è enucleabile dall'art. 111 Cost. la cui funzione non è solo quella di assicurare il rispetto della regola del contraddittorio, ma anche di individuarne un equo temperamento con il fine paritario di accertamento della verità e di non dispersione della prova.

Peraltro, nel testo del disegno di legge approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati è stato espunto l'emendamento che aveva introdotto il comma 4 bis che riconosceva all'imputato il diritto alla prova della propria estraneità alla subornazione.

Evidentemente, il riconoscimento del diritto ad una prova contraria non avrebbe avuto ragion d'essere se non si fosse considerata pacifica l'utilizzazione nei confronti di tutti gli altri imputati delle dichiarazioni predibattimentali del teste sottoposto a minaccia.

Quanto ai presupposti di attivazione del meccanismo di recupero, si premette che l'inciso "anche per le circostanze emerse nel dibattimento" consente di

ritenere che l'accertamento incidentale del 5° comma può essere sollecitato anche quando nel corso del dibattimento non emergono segnali di inquinamento o di inibizione di una prova.

Con riguardo all'espressione "elementi concreti" si evidenzia la sufficienza che la parte interessata offra in valutazione circostanze dotate del carattere della concretezza che, a sua volta, si esprime nelle qualità della precisione, della obiettività e della significatività.

Peraltro la parte interessata non ha neppure l'onere di proporre detti elementi al giudice perché il 5° comma prevede che quest'ultimo, su richiesta di parte, svolge gli accertamenti che ritiene necessari ai fini della verifica della situazione di subornazione. Dunque, la parte può limitarsi a richiedere al giudice di compiere gli accertamenti necessari a verificare la concretezza e la qualità delle circostanze dedotte.

Che oggetto dell'accertamento incidentale non sia una prova rigorosa della minaccia è confermato dall'uso delle espressioni "senza ritardo" ed "accertamenti".

La norma infine è chiara nel senso che gli accertamenti demandati al giudice sono soltanto eventuali con la conseguenza che quando questi non li ritenga necessari potrà provvedere a prescindere da essi.

Sulla base di tali premesse il Tribunale ritiene utilizzabili i verbali dibattimentali del processo a carico di D.G. rilevando la non necessità che la prova della subornazione si formi in contraddittorio e da essi desume l'esistenza di più elementi tutti connotati dai requisiti della precisione, della obiettività e della significatività.

La gravità e la natura delle minacce consentivano di affermare che la situazione di intimidazione fosse perdurante e tale da giustificare il rifiuto dell'imputato di sottoporsi ad esame.

#### Ordinanza Tribunale di Palmi del 19.07.01.

Nel corso di un processo a carico di più soggetti imputati di plurime condotte estorsive, 29 dei 40 testimoni ritrattano le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari utilizzate dal P.M. per le contestazioni.

Il Collegio, premesso che detta circostanza non può essere considerata casuale, ritiene che non vi sia bisogno di particolari sforzi dimostrativi per concludere che si tratta di una percentuale di devianza notevolmente superiore a quella solitamente osservabile nelle istruttorie dibattimentali, che il fatto non sia spiegabile né in base al tempo trascorso in quanto le dichiarazioni predibattimentali sono state raccolte pochissimi anni prima, né in considerazione della natura delle vicende che ne sono oggetto, tutte di particolare gravità ed offensività per le persone offese.

Peraltro, tutte le differenze andavano nel senso di diminuire la portata accusatoria delle prime dichiarazioni.

Escluso il caso, il Tribunale si prospetta due alternative.

La prima è che fossero false le prime dichiarazioni, in qualche modo capziosamente raccolte dalla p.g., ma questa alternativa è smentita dal fatto che non risulta alcun elemento che possa far pensare a pressioni della p.g., mai denunciate dai testimoni, e comunque dal fatto che i verbali riproducono circostanze note soltanto ai dichiaranti.

Residua la seconda alternativa, ovvero che le ritrattazioni siano il frutto di un condizionamento inquadrabile nel contesto dell'art. 500.4, una soluzione corrispondente al senso comune ed alla logica.

Questa analisi, prosegue il Tribunale, già di per sé assai concreta per la mancanza di ipotesi alternative, è ulteriormente rafforzata dai continui accenni di molti testi, in dibattimento o nelle indagini, alla necessità di badare all'interesse dei propri familiari e di dover continuare a vivere in ambienti ostili e frequentati da persone poco raccomandabili.

Dunque, i giudici ritengono che la prova della minaccia possa essere desunta esclusivamente dalle circostanze emerse nel dibattimento.

Inoltre, ritengono che gli elementi concreti da cui desumere l'esistenza della minaccia possano essere individuati nelle numerose ritrattazioni, in questo modo recependo quegli orientamenti che, con riguardo alla previgente formulazione dell'art. 500 c.p.p., avevano ritenuto corretta l'acquisizione di dichiarazioni predibattimentali nel caso di ritrattazioni immotivate, contraddittorie e rese con evidente imbarazzo.

In sostanza, il ragionamento avrebbe natura logica ma si fonderebbe su un elemento concreto ed anomalo, la ritrattazione della maggior parte dei testimoni.

Ulteriori elementi concreti sarebbero costituiti dalle dichiarazioni di alcuni testimoni da cui era emersa la paura per sé ed i propri familiari a vivere in un ambiente ostile.

La 6<sup>a</sup> sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 938 del 07.06.04, dep. il 2209.04, nel rigettare i ricorsi degli imputati, ha confermato che all'accertamento indicato dall'art. 500.4 c.p.p. non debbano necessariamente applicarsi le norme che disciplinano la formazione della prova nel dibattimento.

Essa, infatti, non specifica in alcun modo le forme con le quali debbano essere assunti gli elementi dimostrativi utilizzabili per la verifica in argomento.

D'altra parte, prosegue, il codice di rito è contrassegnato dalla massima semplificazione delle forme, di guisa che, in mancanza di una previsione espressa, non è richiesta l'osservanza delle disposizioni che regolano la prova dibattimentale, dovendosi il giudice limitare a verificare che gli atti e la documentazione raccolti siano stati legittimamente acquisiti.

Quanto al rilievo dei ricorrenti secondo il quale il recupero delle dichiarazioni predibattimentali ha il suo presupposto normativo nella richiesta di parte, la Corte ritiene che il giudice possa attivarsi anche d'ufficio e a norma dell'art. 507 c.p.p..

In merito al *quantum* di prova per ritenere accertata la sussistenza dei presupposti di cui al 4° comma, la Corte afferma che <<l'avverbio "anche" sia da intendere "esclusivo", vale a dire che le circostanze emerse in dibattimento possono essere di per sé sufficienti per integrare la prova richiesta dal comma 4°, e non aggiuntivo nel senso che occorrono ulteriori elementi di prova, in quanto non sembra che a tal fine possa assumere rilevanza il contegno assunto dal testimone nel corso dell'esame.

Nell'accertamento della intimidazione o della subornazione del teste al giudice è riconosciuto un certo margine di elasticità che in ogni caso deve essere ancorato ad elementi concreti e non solo di natura logica>>.

Nel merito, ritiene la Corte che <<ne è conseguito sul piano valutativo un corretto ed adeguato convincimento in ordine alla compromissione della genuinità e di un'anomala determinazione volitiva di tutti i testi escussi ascrivibile ad un condizionamento inquadrabile nel contesto dell'art. 500.4 c.p.p. essendosi evidenziate vistose manifestazioni di omertà che hanno inteso sommergere tutte le dichiarazioni accusatorie liberamente rese, lette e sottoscritte>>.

In merito al procedimento incidentale di cui all'art. 500.5, secondo alcuni esso dovrebbe svolgersi nelle forme dell'art. 127 c.p.p. in separata udienza camerale.

In senso opposto si rileva però che, in assenza di indicazioni normative, non si richiedono forme particolari per l'espletamento della parentesi incidentale che dunque potrebbe svolgersi in modo informale, incidenter tantum, alla stregua delle questioni preliminari.

La decisione "senza ritardo" indicata dal 500.5 probabilmente depone per una procedura non formale, di volta in volta adattabile alla singolarità degli accertamenti da svolgere ma comunque improntata alla rapidità dei tempi.

Come si è visto con riferimento all'ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata, non necessariamente a detto subprocedimento è applicabile la disciplina delle prove: il riferimento a "circostanze" ed "elementi" allude a dati conoscitivi non necessariamente formati nel contraddittorio e l'accertamento in questione non va confuso con un giudizio incidentale sui reati di minaccia, violenza o subornazione nei confronti di specifici responsabili.

L'uso del termine "concreti" dovrebbe escludere valutazioni probabilistiche o prognostiche.

La questione più delicata è tracciare un limite verificabile tra acquisizione motivata sulla base di soli argomenti logici ed acquisizione ancorata ad elementi concreti.

In altri termini, se è innegabile che ogni ragionamento logico debba basarsi su elementi concreti, sembra tuttavia doversi ritenere che l'eccezionale metodo acquisitivo dell'art. 500.4 sia attivabile soltanto in presenza di circostanze concrete dimostrative di una effettiva coartazione o subornazione, non essendo, invece, sufficiente il dato storico, non diversamente spiegato, della ritrattazione. I criteri talora utilizzati per stabilire se un teste sia stato coartato o subornato quali l'incongruenza delle giustificazioni addotte a fondamento della ritrattazione, il contesto sociale di vita del testimone, le concrete modalità dell'esame collegate all'assenza di alcuna plausibile spiegazione per il mutato atteggiamento del teste rispetto alle precedenti dichiarazioni, lasciano dunque perplessi.

La Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 453/2002 afferma che il criterio cui collegare l'effetto acquisitivo non deve risiedere nella <<concretezza di un pericolo>>, ma nella concretezza di un precedente fatto storico di intimidazione o di subornazione già attuato sul dichiarante mentre restano escluse le condotte illecite poste in essere dallo stesso dichiarante.

Infatti la Consulta, scrutinando la norma in oggetto, nella parte in cui consente di utilizzare in modo pieno le dichiarazioni predibattimentali soltanto nei casi di subornazione ovvero di violenza o minaccia esercitate sul teste, e non anche quando la sua deposizione dibattimentale appaia (al giudice che procede) integrativa del reato di falsa testimonianza, dopo aver premesso che la norma denunciata rappresenta diretta attuazione dell'art. 111, quinto comma, Cost., il quale prefigura una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio per effetto di provata condotta illecita, afferma che *“è senz'altro da escludere che la formula <<condotta illecita>>, che compare nel precetto costituzionale, si presti ad una lettura lata, tale da abbracciare - oltre alle condotte illecite poste in essere <<sul>> dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione) - anche quelle realizzate <<dal>> dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio (quale, in primis, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza).*

*La ratio della deroga in parola - come si desume anche dalla circostanza che essa è affiancata, nel precetto costituzionale, a quelle legate al <<consenso dell'imputato>> e all'<<accertata impossibilità di natura oggettiva>> - sta, difatti, essenzialmente nell'impedimento che la <<condotta illecita>> reca all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova: la Carta Costituzionale consente, cioè, eccezionalmente che la prova si formi fuori del contraddittorio (oltre che nel caso di rinuncia dell'imputato ad*

esso) quando il contraddittorio risulti oggettivamente impossibile, ovvero appaia compromesso da illecite interferenze esterne.

Per contro, l'autonoma scelta del soggetto esaminato di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sè, sulla lineare esplicazione del contraddittorio sulla prova.

Tale conclusione trova conferma - oltre che nei lavori preparatori alla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, dai quali emerge come il Costituente, con la formula <<provata condotta illecita>>, intendesse riferirsi essenzialmente ai casi di intimidazione e subornazione del dichiarante - anche nel necessario coordinamento fra la previsione del quinto comma dell'art. 111 Cost. e la regola, sancita appena prima dal quarto comma dello stesso articolo, per cui <<la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore>>.

Dunque, mentre le condotte illecite poste in essere da altri <<sul>> dichiarante incidono sulla sua <<libertà di scelta>>, quelle realizzate <<dal>> dichiarante sua sponte presuppongono quest'ultima: l'autonoma decisione del teste di non rispondere in dibattimento (commettendo così il reato di falsa testimonianza per reticenza) è una scelta illecita, ma comunque libera; con la conseguenza che solo nel primo caso, e non nel secondo, è ipotizzabile - non operando la preclusione dianzi ricordata - l'acquisizione al materiale probatorio di dichiarazioni unilateralmente raccolte nel corso delle indagini preliminari.

La condotta illecita che compromette la libertà di autodeterminazione della fonte dichiarativa finisce, dunque, per rappresentare - sul piano soggettivo - l'ipotesi complementare rispetto alla <<accertata impossibilità di natura oggettiva>>, parimenti evocata dal Costituente fra le eccezionali - e tipizzate - deroghe al contraddittorio.

Accedendo alla contraria tesi del giudice rimettente, d'altro canto, il principio generale della formazione della prova in contraddittorio resterebbe, riguardo alla prova testimoniale, in larga misura svuotato: giacché in ogni caso di divergenza tra dichiarazioni dibattimentali e dichiarazioni pregresse - ma anche di reticenza, non essendovi ragione, nella prospettiva contrastata, per un diverso trattamento di tale ipotesi - si aprirebbe automaticamente la via, tramite la prospettazione dell'ipotesi della falsa testimonianza, al possibile <<recupero>> come prova piena di atti assunti fuori del contraddittorio".

Dubbi, comunque, permangono in relazione a condotte silenziose o reticenti che possano ritenersi dipendenti da situazioni di condizionamento ambientale di varia natura ma, in ogni caso, di intensità tale da far escludere una determinazione libera.

Se infatti il precetto costituzionale formula il divieto di prova fondata sulla libera scelta di chi si sottrae al contraddittorio, l'art. 500.4 subordina l'effetto

acquisitivo ad elementi concreti indicativi di coartazione o subornazione, di tal che a rigore il solo condizionamento ambientale dovrebbe reputarsi insufficiente ad innescare il meccanismo di recupero delle dichiarazioni predibattimentali.

Deve di contro rilevarsi come alcune delle decisioni adottate, come ad esempio quella del tribunale di Palmi, si muovano in una direzione diversa e pervengono in fatto ad un ampliamento apprezzabile dell'area di operatività della norma.

Nel processo (di cui si è parlato con riguardo alla valutazione della testimonianza del minore) per gli abusi in danno di alcuni alunni di una scuola elementare di Torre Annunziata, si verificò una situazione particolare.

Durante lo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale, mentre si stava procedendo alla escussione dei minori pp.oo. in forma protetta, si verificò l'omicidio di una delle madri dei minori abusati.

Ebbene, in una delle udienze successive a tale evento, l'ultimo dei minori che doveva essere escusso rese dichiarazioni assolutamente reticenti.

Su richiesta del P.M. il Tribunale acquisì le dichiarazioni rese dal minore in fase preliminare ai sensi dell'art. 500.4 c.p.p. in quanto ritenne che tale episodio, valutato unitamente a condotte intimidatorie denunciate dalla madre dello sesso minore, consentisse di ritenere integrati gli elementi concreti significativi della condotta di coartazione richiesti dalla norma.

Una valutazione rigorosa è quella della 1<sup>a</sup> sezione penale della Corte di Cassazione nella sentenza del 02.03.07, n. 327, dep. il 15.03.07.

La vicenda giudiziaria riguardava un'aggressione subita da un cittadino marocchino all'interno di un alloggio da lui occupato abusivamente ed al cui interno avevano fatto irruzione alcuni uomini i quali, dopo averlo violentemente percosso, lo avevano abbandonato privo di sensi nella vasca da bagno riempita d'acqua; un vicino lo aveva trovato esanime ed aveva chiamato il 118.

Il marocchino, sentito dalla polizia, indicava due dei suoi aggressori riferendo di aver avuto un diverbio presso uno stabilimento balneare con il titolare dello stesso e con un bagnino all'esito del quale aveva colpito il primo con un sasso.

Successivamente si presentava in Commissariato e, alla presenza di un avvocato che nel giudizio di primo grado difendeva uno degli imputati, ritrattava le accuse.

Uscita dal Commissariato l'avvocato veniva sentita da un assistente di polizia mentre faceva delle strane confidenze al suo assistito sì da convincere l'assistente che il legale avesse svolto un ruolo di controllo sulla fedele esecuzione di un precedente accordo del teste con i beneficiari delle sue false dichiarazioni.

L'esistenza di questo accordo veniva confermata dal cittadino marocchino il quale riferiva ad un agente di polizia che persone vicine ad uno degli imputati gli avevano promesso dei soldi ed una casa nel caso avesse ritrattato tutto.

Nel corso di un incidente probatorio richiesto dai due indagati lo straniero ribadiva le sue dichiarazioni liberatorie.

Il marocchino veniva anche processato per il reato di falsa testimonianza, in relazione alle dichiarazioni rese nel corso dell'incidente probatorio, e patteggiava la pena.

Il Tribunale di Roma instaurava un procedimento incidentale ex art. 500.4 c.p.p. ed ascoltava gli agenti di polizia che avevano raccolto le dichiarazioni dello straniero in merito alla presunta subornazione.

In primo grado le due persone originariamente indicate dallo straniero venivano ritenute responsabili dei delitti di tentato omicidio pluriaggravato e di violazione di domicilio.

La Corte d'Appello di Roma riformava la sentenza quanto alle pene riducendole.

Riteneva che il primo racconto della persona offesa dovesse ritenersi pienamente credibile essendo la ritrattazione successiva frutto di evidenti pressioni.

Gli imputati ricorrevano per cassazione deducendo, tra l'altro, che l'accertamento incidentale avrebbe dovuto svolgersi in sede di incidente probatorio e non in sede di dibattimento, subito dopo l'esame del marocchino.

La Corte di Cassazione premette che di quanto riferito dall'avvocato al suo assistito e dell'accordo percepito dall'assistente di polizia presente al colloquio non c'era traccia negli atti, a parte le dichiarazioni orali del teste in sede di procedimento incidentale. Così come non verbalizzate erano le confidenze che il cittadino extracomunitario aveva fatto all'agente di polizia.

Conseguenza di ciò è che agenti ed ufficiali di p.g. avevano deposto sul contenuto di dichiarazioni spontanee rese da un testimone in violazione dell'art. 195 comma 4 c.p.p. e dell'art. 357 c.p.p.

Di qui l'inutilizzabilità delle loro dichiarazioni.

Inoltre, secondo la Corte di Cassazione era quanto meno singolare che si fosse atteso il dibattimento per disporre accertamenti finalizzati a verificare eventuali condotte di coartazione o di subornazione in danno del testimone e non si fosse provveduto all'esito dell'incidente probatorio.

Così come la Corte ritiene singolare che a far scattare il procedimento incidentale fosse stato l'esame dibattimentale della p.o. dopo una sentenza di patteggiamento per falsa testimonianza <<*anche perché è fortemente dubbio che il quantum di prova necessario per ritenere accertata la sussistenza dei presupposti di cui al comma 4 dell'art. 500 c.p.p. possa essere, da sola, la circostanza della deposizione di un teste*>>.

La norma, prosegue la Corte, autorizza la lettura-acquisizione delle dichiarazioni contenute nel fascicolo del P.M. “anche per le circostanze emerse nel dibattimento”, il che lascia intendere, di fronte alla mancata riproduzione della “modalità della deposizione”, contemplata nella precedente formulazione del comma 5, che una semplice deposizione testimoniale non può, da sola, assumere un rilievo decisivo per affermare che sia inquinata. Esclusa la necessità di una prova che abbia la stessa consistenza di quella richiesta per un giudizio di condanna, al giudice è lasciato un certo margine di elasticità che, in ogni caso deve essere ancorato ad elementi concreti e non di natura meramente logica. L'accertamento deve avere ad oggetto elementi di prova normativamente configurati e qualificati dal requisito della concretezza e della rilevanza.

Sulla base di queste considerazioni, la sentenza veniva annullata attesa la non utilizzabilità delle dichiarazioni rese dagli agenti ed ufficiali di p.g. che avevano deposto sul contenuto delle dichiarazioni rese dalla persona offesa.

#### **6. L'ACQUISIZIONE CONCORDATA DELLE DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI CONTENUTE NEL FASCICOLO DEL P.M.**

*“Non possono essere legittimamente utilizzati ai fini della decisione, neanche a seguito di accordo delle parti per la loro acquisizione al fascicolo del dibattimento, atti contenuti nel fascicolo del P.M. affetti da inutilizzabilità cd. “patologica”, per essere stati assunti in violazione del principio di garanzia espresso dall'art. 63 cod. proc. pen.”. (Fattispecie relativa a dichiarazioni autoaccusatorie rese al P.M. da indagato di reato connesso, cui non era stato rivolto l'avviso previsto dall'art. 64, comma terzo, cod. proc. pen.). <Cass. Sez. 6, Sentenza n. 25456 del 04/03/2009 Ud. (dep. 17/06/2009 ) Rv. 244589>.*

#### **7. LA TESTIMONIANZA DE RELATO: DICHIARAZIONE SUL FATTO E DICHIARAZIONE SUL “DICHIARATO”; LA REGOLA DI GIUDIZIO IN CASO DI CONTRASTO TRA DICHIARAZIONE DIRETTA E TESTIMONIANZA DE RELATO.**

La nozione di testimonianza indiretta può compendiarsi nella seguente formula utilizzata da CORDERO: <<N narra x affermando d'averlo saputo da P>>.

Dunque, un soggetto offre al giudizio una conoscenza “non originaria” ma “derivata” in quanto ottenuta attraverso la mediazione di un'altra persona che di quei fatti ha avuto esperienza.

Peraltro, può anche accadere che la conoscenza sia frutto di ulteriori mediazioni nella fase di trasmissione.

Una tradizione risalente dubita che si tratti di testimonianza in senso proprio, in quanto la sua essenza consiste nella scissione tra oralità e immediatezza, ricorrendo la prima ma non la seconda<sup>7</sup>.

Secondo un diverso approccio dottrinale (CARNELUTTI), si tratta di “testimonianza sulla testimonianza” e si traduce in un meccanismo conoscitivo-acquisitivo caratterizzato da un oggetto immediato, la percezione di un racconto altrui, e da un oggetto mediato, costituito dal fatto oggetto del racconto. Tendenzialmente, la fonte primaria dovrebbe essere condotta all'immediata cognizione del giudice, atteso che uno degli assiomi del processo penale risiede nella necessità di evitare ogni filtro tra prova e giudice con una limitazione delle mediazioni probatorie.

L'inquadramento sistematico dell'istituto tra i mezzi di prova tipici risolve il problema della natura giuridica della testimonianza *de relato*.

Residua, invece, la questione della sua struttura, per la rilevata scissione tra oralità e immediatezza.

Sotto tale profilo la figura si presenta complessa in quanto caratterizzata dalla tipicità laddove il teste (secondario) riferisce delle altrui dichiarazioni e dalla atipicità, nella parte contenutistica delle dichiarazioni medesime.

In ordine al primo aspetto, la verifica della credibilità del teste non può andare al di là del limite della sua diretta esperienza.

Quanto al secondo aspetto, la valutazione attiene all'acquisizione diretta del contenuto dichiarativo ed alla verifica di attendibilità del teste di riferimento.

La scelta di introdurre nel vigente codice di rito una disciplina specifica della t.i. si spiega con la impostazione tendenzialmente accusatoria della procedura atteso che la t.i. delimita l'area dell'oralità: lasciando in ombra la genesi delle conoscenze introdotte nel processo riduce la sfera del possibile controesame e circoscrive notevolmente gli spazi delle possibili contestazioni.

La scelta normativa è quella di porre un meccanismo di controllo della fonte primaria, il cui esito positivo è condizione di utilizzabilità della prova *de relato*.

In mancanza di indicazione della fonte primaria la testimonianza *de relato* non è utilizzabile.

L'utilizzabilità della testimonianza indiretta è subordinata, inoltre, a una seconda condizione, che risiede nell'obbligo per il giudice di disporre la citazione del teste diretto, fatta salva, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, la possibilità di considerare sempre utilizzabile la testimonianza indiretta quando essa abbia per contenuto dichiarazioni favorevoli all'imputato: ciò sull'assunto secondo cui i limiti di utilizzabilità delle prove sarebbero posti solo a tutela delle posizioni difensive.

Quando manchi una richiesta di citazione della persona indicata dal testimone indiretto il giudice potrà disporre d'ufficio la citazione.

---

<sup>7</sup> MANZINI, Diritto processuale penale, vol. III, Torino 1932, 189 s..

Taluno, peraltro, sostiene che il mancato esercizio discrezionale da parte del giudice deve essere oggetto di specifica motivazione.

L'utilizzabilità della testimonianza indiretta non è esclusa dal fatto che il testimone primario, debitamente indicato e citato, si avvalga della facoltà di non rispondere, con un temperamento in punto di valutazione che dovrà essere condotta dal giudice mediante comparazione con le altre emergenze probatorie.

Quanto al termine di formulazione della richiesta di parte, un primo orientamento individua il limite temporale al momento stesso in cui il teste indiretto riferisce, ciò essenzialmente per evitare richieste tardive e pretestuose.

L'orientamento preferibile e maggioritario ammette invece la richiesta fino all'inizio della discussione in ossequio alla generale disposizione dell'art. 493, comma 2 c.p.p..

Quindi, tale istanza istruttoria non soggiace ai limiti del 468.1 (tempestiva indicazione della lista testimoniale) e 493.2 (dimostrazione della concreta impossibilità della tempestiva indicazione delle prove) ed è sottratta al limite connesso al potere del giudice di escludere le prove manifestamente superflue o irrilevanti (190.1 c.p.p.).

Si afferma peraltro che, in mancanza di richiesta in primo grado, non potrà essere richiesta l'escussione del teste *de relato* con richiesta di rinnovazione, anche parziale, del dibattimento in appello.

Si è anche sostenuto che la chiamata del teste *de relato* presuppone che quest'ultimo non sia compreso tra i testi citati ovvero, in caso diverso, che non sia stato ascoltato su ciò che forma oggetto della testimonianza indiretta perché in tal caso il giudice sarebbe già in possesso degli elementi necessari a valutare il grado di attendibilità dell'uno o dell'altro a meno che non decida di disporre un confronto.

Il potere del giudice di attivare, nell'inerzia delle parti, la verifica sulla dichiarazione indiretta non è sottoposto ai limiti previsti dall'art. 507 c.p.p. e quindi l'iniziativa ufficiosa potrà esplicarsi anche prima della conclusione dell'attività probatoria delle parti ed a prescindere dal presupposto dell'assoluta necessità.

La regola di inutilizzabilità posta dal comma 3 dell'art. 195 è derogata nei casi di impossibilità dell'esame del teste primario a causa di morte, infermità o irreperibilità.

Si discute se la deroga operi quando tali eventi erano prevedibili *ex ante*: nonostante qualche opinione di segno negativo si ritiene che la deroga operi anche quando le situazioni di indisponibilità fossero note o prevedibili *ex ante*.

Nelle ipotesi di testimonianza indiretta caratterizzate da più intermediari nella trasmissione della notizia, l'impossibilità rilevante è quella che riguarda la prima fonte dell'informazione e non uno degli eventuali testi intermedi perché la *ratio* della disciplina è di consentire il controllo sulla fonte originaria.

Con riferimento alla nozione di INFERMITA' è rilevante quella che rende impossibile l'esame, quindi permanente o presumibilmente tale (ad es. stato comatoso che appaia non reversibile).

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20/95 ha indicato anche la deposizione inutile, anche se il teste è in grado di partecipare coscientemente e psichicamente al dibattimento, come nel caso di amnesia dovuta ad un'alterazione patologica cagionata da un incidente.

Secondo una prima impostazione detta disposizione si presterebbe ad una interpretazione estensiva.

Così Cass. 13 marzo 1997, Mandalà, in Cass. pen., 1998, 2424, per la quale andrebbe assimilata all'oggettiva impossibilità contemplata dal legislatore qualsiasi analoga situazione, come, nella fattispecie, la tenera età del teste di riferimento, fatta salva una cautela di valutazione della prova indiretta così assunta, che va apprezzata alla stregua di un indizio da verificare (fattispecie nella quale si è ritenuto impossibile l'esame di una bambina di 3 anni che aveva fornito ad alcune persone esaminate in dibattimento indicazioni utili alla identificazione dell'autore dell'omicidio del padre cui aveva assistito).

In realtà, soprattutto con riguardo a minori vittime di abusi sessuali o comunque testimoni di vicende criminali c'è una tendenza ad interpretare la nozione di impossibilità in senso ampio, eventualmente facendo leva sul concetto di infermità.

Così Cass. 24 giugno 1998, Scardaccione, in Guida dir., 1998, fasc. 37, 88, a proposito di violenza a una minore, il cui ricordo sia stato rimosso dalla memoria.

Opposta è l'interpretazione di chi reputa dette ipotesi tassative e di stretta interpretazione, trattandosi di deroga al diritto delle parti ad ottenere la verifica in contraddittorio della dichiarazione *de relato*.

In questo senso è Cass. 7 giugno 2002, Dalfino, in CED 223247, in cui la fonte primaria era rappresentata dalle accuse (di abusi sessuali) di una minore.

Si sostiene però che il concreto pericolo che l'esame dibattimentale del minore p.o. possa determinare con danni irreversibili una malattia, come conseguenza del carico emotivo della deposizione, rileva quale causa di impossibilità della medesima (Cass. 25.09.00, Galliera).

Quanto alla IRREPERIBILITA' secondo l'interpretazione estensiva vi rientra non soltanto l'impossibilità di rintracciare il teste diretto, ma anche il caso in cui sia impossibile individuarlo ed identificarlo (Cass. 27 settembre 1997, Cannavò, in CED 209355; Cass. 15 maggio 1996, Borello, in Riv. pen., 1997, 107; Cass. 25 gennaio 1993, Mei, in Giur. it., 1994, II, 81).

Si è anche sostenuto che sebbene l'art. 195.7 c.p.p. non esiga da parte del teste indiretto una identificazione nominativa della fonte, il dichiarante è tenuto comunque a fornire elementi idonei ed obiettivamente utili al suo reperimento.

In senso opposto, coordinando la disposizione dell'art. 195 comma 3 c.p.p. con quella dell'art. 507 c.p.p., si sostiene l'obbligo per il giudice di compiere tutti i necessari accertamenti diretti all'identificazione (e quindi al rintraccio) del testimone diretto (Cass. 26 giugno 2001, Busatta, in CED 219702).

Si è ritenuto che il testimone sia da qualificarsi irreperibile solo quando non sia possibile notificargli la citazione.

Altri ritiene invece la sufficienza di accertamenti anagrafici con esito negativo.

Passando al problema della VALUTAZIONE, nulla è previsto specificamente per la testimonianza *de relato*, dunque, tendenzialmente, la determinazione della sua forza persuasiva è affidata alla valutazione in concreto del giudice.

Il dato di fondo che sembra ispirare molte pronunce è che la testimonianza indiretta soffre, per la sua stessa peculiare natura, di una sorta di presunzione di inaffidabilità, donde la necessità di valutarla come INDIZIO, ai sensi dell'art. 192, comma 2 c.p.p..

*“Il teste de relato non è informato dei fatti – quelli da provare – e non riferisce di questi – cfr. SS.UU. n. 1653 del 21.10.92, Marino -, bensì di quanto qualcun altro gli ha raccontato di tali fatti. **Oggetto della sua testimonianza è, in altri termini, non direttamente la circostanza o la vicenda da provare, ma il fatto che altra persona ne abbia parlato o l'abbia ricostruita in un certo modo. La qual cosa spiega perché dette dichiarazioni vanno considerate alla stregua di un indizio (nel senso di prova indiretta sul fatto) e perché è necessario che le dichiarazioni testimoniali de relato siano oggetto di particolare verifica, la quale impone il controllo dell'attendibilità non solo del soggetto dichiarante, ma anche di quello di riferimento, sia quando quest'ultimo confermi sia (a maggior ragione) quando smentisca le affermazioni a lui attribuite.** La verifica va estesa sia alla versione resa – in ambito processuale – dal teste di riferimento, sia, soprattutto, a quella, eventualmente diversa, attribuitagli dal teste de relato allorché raccontava ciò che questo ha riportato, giacché quando si verte in tema di fatti raccontati ad altri senza impegnare la propria responsabilità, la verità del narrato può ragionevolmente essere affermata solamente se vi è tranquillante certezza che il narrato non sia frutto di millanterie, interessi contrastanti, intenti calunniatori, o anche solo convinzioni o supposizioni soggettive esternate come certezze”* (Sez. 1, Sentenza n. 35016 del 15/07/2009 Ud. (dep. 09/09/2009 ) Rv. 245187 in una fattispecie di omicidio volontario, con richiami a Cass. sez. 5, n. 44106 del 09.11.07).

In posizione diversa si colloca invece la sentenza n. 2010 della 3<sup>a</sup> sezione della Corte di Cassazione del 30/11/2007 dep. il 15/01/2008, Rv. 238626, in una fattispecie di dichiarazioni accusatorie rese da una minore alla madre ma non confermate dalla p.o. in sede dibattimentale.

La bambina aveva riferito alla madre di aver subito molestie sessuali da parte del convivente della nonna alla quale la minore era stata affidata durante un periodo di carcerazione della donna.

Successivamente, la minore aveva confermato le medesime dichiarazioni ad uno zio ed anche agli ufficiali di p.g. che erano stati incaricati dal P.M. di procedere alla sua audizione.

Peraltro, tra la seconda e la terza audizione della minore la madre si era presentata in Questura ed aveva riferito che la figlia le aveva detto che si era inventata tutto.

In dibattimento, la minore non aveva confermato le accuse ed aveva detto che l'imputato non c'entrava nulla.

I giudici di primo grado pervenivano all'affermazione della responsabilità dell'imputato ponendo a fondamento della decisione le testimonianze della madre e dello zio e la sentenza veniva confermata dalla Corte d'Appello.

La Suprema Corte nel rigettare il ricorso dell'imputato, così motiva:

*"la deposizione della parte offesa, nella sua intierezza, ha trovato adeguata valutazione da parte dei primi Giudici i quali, con motivazione corretta ed adeguata, ma soprattutto con argomentazioni fondate su quanto riferito sia dagli psichiatri incaricati dal Tribunale di Milano, sia dagli esperti che avevano valutato la bambina su delega dei Giudici minorili, hanno dato conto delle ragioni per le quali il mutato atteggiamento processuale dalla stessa assunto in dibattimento non era idoneo a scalfire il portato accusatorio delle dichiarazioni iniziali. In particolare, la sentenza di primo grado, che quella di appello richiama in più parti, si diffonde, con irreprensibile logica argomentativa, in una lettura accurata dell'atteggiamento della minore e del suo pervenire, una volta preso atto di aver provocato, con le sue rivelazioni, angoscia e turbamento nel suo nucleo familiare, persino a negare "rabbie e sofferenze che le pesano dentro al fine di ottenere l'obiettivo di una ricomposizione familiare", al fine di "rimettere le cose a posto", lei che "aveva creato tensione all'interno della famiglia, alterando i già precari equilibri esistenti" (cfr. pagg. 6-7 sent. Tribunale).*

*Attenta e puntuale si rivela l'indagine di merito che "scava" su questo "atteggiamento volutamente distanziato su fatti che avevano avuto un rilievo emotivamente significativo" per la bambina ed - esclusa ogni ipotesi di auto e/o etero suggestione, anche per i diretti ed attendibili riscontri rappresentati dalle dichiarazioni rese dalla mamma, dal fratello e dallo zio, ai quali la minore, in momenti e circostanze diverse, aveva del tutto spontaneamente confessato le molestie subite dal Vitiello, nonché dagli agenti di Polizia Giudiziaria, che avevano sentito la parte offesa nel corso delle indagini preliminari e su delega del Tribunale per i Minorenni - giunge ad affermare che "la ritrattazione della minore in ordine ai fatti dalla stessa riferiti, prima alla madre, poi alla Polizia, trova ampia giustificazione nel contesto ambientale in cui la minore è venuta a*

trovarsi dopo l'inizio del procedimento penale e non risulta capace di inficiare l'originaria ricostruzione accusatoria, costituendone, anzi, una imprevista conferma" (cfr. pag. 10 sent. cit.).

Destituita di fondamento è anche la censura di cui al punto 2.2, concernente la pretesa violazione dell'art. 195 c.p.p.. Costituisce indirizzo assolutamente costante di questa Corte quello secondo cui la testimonianza "de relato" è inutilizzabile solo quando sulla richiesta di parte il Giudice non chiami a deporre il teste "diretto", **ma quando il teste "diretto" sia stato citato ed abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze indirette, che devono essere ritenute, al pari di ogni altra prova storica, come rappresentazione dello stesso fatto che si assume di volere provare, sia pure soggettivamente mediata attraverso il testimone indiretto, e non come prova logica o indizio dal quale desumere un fatto diverso** (cfr. Cass. Sez. 3<sup>^</sup>, 29/11/2006 n. 9801, Baldi; Sez. 6<sup>^</sup>, 5/3/2004 n. 26027, Pulcini).

**In buona sostanza, l'art. 195 c.p.p., nel prevedere che il Giudice, a richiesta di parte, è tenuto a chiamare a deporre la persona alla quale ha fatto riferimento il testimone, non esclude certamente che, una volta chiamata a deporre detta persona e questa abbia escluso la veridicità di quanto riferito dal teste "de relato", il Giudice possa valutare le due deposizioni, dando attendibilità a quella "indiretta" piuttosto che alla "fonte" cui il teste abbia fatto riferimento.**

**L'art. 195 c.p.p., infatti, non stabilisce alcuna "gerarchia" tra i detti mezzi di prova, privilegiandone uno a scapito dell'altro, "gerarchia" che - laddove esistente - contrasterebbe radicalmente con il principio generale del libero convincimento del Giudice, al quale solo compete la scelta, ovviamente critica e motivata, della versione dei fatti da privilegiare.**

In termini, v. Cass. sez. 3<sup>^</sup>, sentenza n. 9801 del 29.11.06, dep. il 08.03.07, rv. 236005.

In alcune pronunce si è sostenuto che <<attesa la identità di "ratio" con le regole imposte per la valutazione del chiamante in correità, sono applicabili alla testimonianza indiretta i principi stabiliti dall'art. 192 comma terzo cod. proc. pen.>> (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 26027 del 05/03/2004 Ud. (dep. 09/06/2004) Rv. 229967).

In realtà, tali orientamenti attengono a situazione peculiari, ovvero quando risultino coinvolti come dichiaranti *de relato* o come fonti dirette soggetti che, pur non tecnicamente inquadrabili nelle categorie di cui all'art. 192 commi 3 e 4, non appaiono, per l'interesse che possono avere nella vicenda, immuni da ogni sospetto.

Si applica invece la regola di cui all'art. 192, commi 3 e 4, nel caso della chiamata in correità *de relato*, quando cioè la dichiarazione indiretta veicoli una chiamata in correità in senso tecnico.

## **8. LE DICHIARAZIONI DELL'UFFICIALE O AGENTE DI P.G.: AMBITO DELLA REGOLA DI ESCLUSIONE.**

L'art. 195.4 c.p.p. prevede che gli ufficiali e gli agenti di p.g. non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b).

Il divieto ha il suo fondamento nel principio di separazione funzionale delle fasi del procedimento ed ha il fine di presidiare la tendenziale impermeabilità del dibattimento alle risultanze istruttorie, nonché di sanzionare l'obbligo di documentazione delle informazioni testimoniali.

Si è parlato, in dottrina, di una incompatibilità a carattere funzionale in quanto la norma, in ragione della funzione inquirente svolta da determinati soggetti nel procedimento e nel cui esercizio hanno essi acquisito atti dichiarativi, preclude agli stessi di deporre *de relato* sulle informazioni a contenuto testimoniale raccolte nelle indagini preliminari.

Peraltro è stato chiarito che il divieto non ha carattere puramente soggettivo, limitato cioè all'agente o all'ufficiale di p.g. che ha raccolto a verbale le sommarie informazioni testimoniali: *<<il divieto per gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni, sancito dal comma quarto dell'art. 195 cod. proc. pen. vale anche nell'ipotesi in cui l'agente di P.G. non abbia materialmente raccolto a verbale le dichiarazioni medesime ma sia stato presente nel momento in cui esse venivano rese>>* (Sez. 3, Sentenza n. 15934 del 27/01/2006 Ud. (dep. 10/05/2006 ) Rv. 234189).

In merito alla nozione di TESTIMONI un'opinione minoritaria la intende in senso tecnico giuridico, limitandola a chi effettivamente assumerà questa veste formale e quindi escludendo il divieto quando l'esame non abbia luogo.

È invece prevalente e conforme a ragioni di sistema l'interpretazione secondo cui il riferimento è atecnico, alle persone informate sui fatti, come tali testimoni potenziali, indipendentemente dal fatto che assumano successivamente tale qualifica.

Il richiamo all'art. 351 c.p.p. comprende:

- le sommarie informazioni assunte dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini per le quali l'art. 357.2 lett. c) prescrive la redazione di apposito verbale;

- le informazioni assunte dagli imputati in procedimento connesso o di reato collegato che possano rivestire l'ufficio di testimone cessate le incompatibilità ex artt. 197 e 197 bis per le dichiarazioni rese *erga alios*;
- le informazioni assunte dagli imputati in procedimento connesso o di reato collegato che non possano rivestire l'ufficio di testimone.

Il rinvio all'art. 357, comma 2, lettera a) c.p.p., riguarda il contenuto narrativo dei verbali di denunce, querele ed istanze presentate oralmente e soggette a verbalizzazione.

La seconda parte dell'art. 195.4 c.p.p. prevede poi che <<negli altri casi>> trovano applicazione le regole generali sulla testimonianza *de relato*.

Secondo Cass. Sez. 1, Sentenza n. 16215 del 30/01/2008 Ud. (dep. 17/04/2008 ) Rv. 239498, <<*in tema di testimonianza indiretta e con riguardo al divieto stabilito dall'art. 195, comma quarto, cod. proc. pen., per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, deve ritenersi che gli "altri casi" (diversi, cioè, da quelli di cui agli artt. 351 e 357 c.p.p.) nei quali, in deroga al suddetto divieto, la testimonianza indiretta è ammissibile, non possono che essere quelli nei quali la polizia giudiziaria, attesa l'eccezionalità della situazione operativa o la straordinaria urgenza dell'intervento, abbia acquisito dichiarazioni dalla fonte primaria omettendo di documentarle nella forma del verbale. (Principio affermato, nella specie, con riguardo alla deposizione, ritenuta ammissibile, di un agente di polizia giudiziaria il quale, nell'ambito di un procedimento penale a carico di un soggetto accusato di inosservanza delle prescrizioni attinenti alla sorveglianza speciale, aveva riferito di aver appreso, in occasione del controllo che aveva dato luogo alla denuncia del sorvegliato, dalla di lui convivente, che il medesimo era assente dall'abitazione)*>>.

Sono esclusi dal divieto:

- i cosiddetti enunciati in funzione performativa (ordini, promesse, consigli, avvertimenti, congratulazioni, minacce, etc.) in quanto costituenti azioni verbali;
- le dichiarazioni che rilevino per il loro accadimento storico;
- le cosiddette *res gestae* (dichiarazioni contestuali ad un fatto: frasi pronunciate dall'imputato, dalla vittima o dai presenti nel contesto di un fatto criminoso e le frasi che accompagnano un comportamento rilevante spiegandolo).

A rigore le ipotesi indicate rientrano nella nozione di TESTIMONIANZA DIRETTA in quanto riguardano FATTI piuttosto che DICHIARAZIONI.

In generale, gli <<altri casi>> riguardano dichiarazioni percepite dall'agente o ufficiale di p.g. al di fuori del suo compito istituzionale di soggetto deputato a

raccoglierte, quindi non nell'esercizio di un potere funzionalmente rivolto all'accertamento del fatto ed al di fuori di un dialogo tra teste ed ufficiale di p.g.:

- conversazioni ascoltate occasionalmente al di fuori del procedimento: <<il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini, ha riguardo soltanto alle dichiarazioni rese, nel corso del procedimento, all'autorità giudiziaria, alla polizia giudiziaria e al difensore nell'ambito dell'attività investigativa. (Nella fattispecie, relativa a dichiarazioni autoindizianti rese dall'imputato ai Carabinieri, la Corte ha ritenuto utilizzabile la testimonianza dell'ufficiale di PG che tali dichiarazioni aveva ascoltato in quanto le stesse erano state fatte in un contesto del tutto estraneo e diverso rispetto al procedimento che ne era seguito, posto che l'imputato, in occasione della contestazione di una contravvenzione ricevuta per eccesso di velocità, si era vantato di poter utilizzare delle armi detenute in casa)>> (Cass., sez. 2, sent. n. 4439 del 02.12.08, dep. 02.02.09, rv. 243274);
- informazioni acquisite nell'ambito di attività sotto copertura;
- dichiarazioni raccolte nel corso di una diversa attività di indagine tipica o atipica: è stato così ritenuto che <<la localizzazione mediante il sistema di rilevamento satellitare (cosiddetta GPS) degli spostamenti di una persona nei cui confronti siano in corso indagini, costituisce un'attività investigativa atipica, assimilabile al pedinamento, i cui risultati possono entrare nella valutazione probatoria del giudice attraverso la testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria. (In motivazione, la S.C. ha precisato che le relazioni della P.G. concernenti tale attività di indagine non hanno il carattere degli "atti non ripetibili", come accade per gli esiti delle intercettazioni, e non vanno inseriti nel fascicolo del dibattimento). (Sez. 6, Sentenza n. 15396 del 11/12/2007 Ud. (dep. 11/04/2008 ) Rv. 239638).
- dichiarazioni ricevute nel procedimento ma non nella veste formale di operatore di p.g. preposto alla loro acquisizione: <<il divieto di testimonianza indiretta per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria non opera relativamente alle dichiarazioni rese da terzi e percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza caratterizzata dall'assenza di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità. (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto utilizzabili, in sede cautelare, le dichiarazioni sulla identità degli autori di un omicidio, rese nell'immediatezza del ferimento mortale, poco prima del decesso, dalla vittima, e raccolte dalla polizia giudiziaria in informative non sottoscritte dal dichiarante) <<Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5965 del 11/12/2008 Cc. (dep. 11/02/2009 ) Rv. 243347>>;

- dichiarazioni rivolte ad altri e percepite dall'operatore di p.g., ad esempio di un terzo sopraggiunto nel corso di svolgimento di una perquisizione (cfr. Cass, sez. 1<sup>^</sup>, 04.06.02, rv. 221892);
- circostanze di fatto concomitanti ad una dichiarazione, come il contegno del dichiarante;
- dichiarazioni ricevute nell'ambito di attività ispettive e di vigilanza prima dell'emergere di indizi di reità (v. Cass., sez. 3, sent. n. 3050 del 14.11.07, dep. 21.01.08, rv. 238562).

Diversa è l'ipotesi in cui l'ufficiale di p.g. non abbia proceduto a verbalizzazione pur sussistendone l'obbligo.

*<<Il riferimento alle "modalità di cui agli art. 351 e 357" contenuto nell'art. 195/4° c.p.p. non può essere interpretato nel senso di rendere legittima la testimonianza di secondo grado del funzionario di polizia in caso di mancata verbalizzazione (pur sussistendone l'obbligo) dell'atto di acquisizione delle informazioni ricevute. Così interpretata, la norma finirebbe per tradire il suo scopo fondamentale, che è quello di evitare l'introduzione nel dibattimento, a fini probatori, di dichiarazioni acquisite in un contesto procedimentale non correttamente formalizzato, di salvaguardare il principio di formazione della prova nel contraddittorio del dibattimento e di sanzionare, quindi, l'obbligo di documentazione dell'attività investigativa tipica della p.g., osservando le particolari modalità prescritte dal codice di rito, che non consente di surrogare la redazione del verbale (che costituisce una formalizzazione in funzione documentativa comunque irrinunciabile) con la registrazione.*

*L'interpretazione rigorosa e coerente del quarto comma dell'art. 195 c.p.p., strutturato in termini di complementarità con le modalità di documentazione del contenuto delle dichiarazioni acquisite in sede di indagini e con il meccanismo di lettura dibattimentale dell'atto divenuto irripetibile, non può che essere nel senso che esso vieti non soltanto la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni regolarmente acquisite in sede di sommarie informazioni, **ma anche quella sulle dichiarazioni che "si sarebbero dovute acquisire con le modalità di cui all'art. 351 c.p.p."**.*

*L'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la mancata verbalizzazione di determinati atti tipici non sarebbe di ostacolo alla testimonianza di secondo grado ( Cass. 30/6/99, Santoro; 29/11/99, Lanzillotta; 4/3/98, Bodilli), non è più in linea col nuovo sistema, il quale ha voluto evitare elusioni in forma surrettizia del principio del contraddittorio.*

*Gli "altri casi" per i quali l'art. 195/4° legittima la testimonianza de auditu del funzionario di polizia si riducono alle sole ipotesi in cui dichiarazioni di contenuto narrativo siano state rese da terzi e percepite dal funzionario "al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione delle*

*medesime", in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un "dialogo tra teste e ufficiale o agente di p.g., ciascuno nella propria qualità".*

*Esemplificativamente, si pensi alle frasi pronunciate dalla persona offesa o da altri soggetti presenti al fatto, nell'immediatezza dell'episodio criminoso; alle dichiarazioni percepite nel corso di attività investigative tipiche - quali perquisizioni, accertamenti su luoghi - o atipiche - quali appostamenti, pedinamenti, ecc. -; in tali casi, è acquisibile ed utilizzabile, come documento, anche l'eventuale registrazione su nastro magnetico delle comunicazioni percepite.*

*Tale interpretazione, che appare l'unica ragionevole e costituzionalmente corretta, trova indiretto conforto nei recenti interventi della Consulta (cfr. sent. n. 32/02 e ord. n. 36/02), che ha rimarcato il senso del principio del contraddittorio nella formazione della prova, previsto dall'art. 111 Cost.: "...da questo principio con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto di giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi" (sentenza n. 32/02); "l'art. 111 Cost. [ha] espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti; ... alla stregua di tale opzione appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento...da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari" (ordinanza n. 36/02)>> (Cass., SS.UU., sent. 36747/2003, ric. Torcasio).*

*Si è inoltre ritenuto che <<il contenuto di dichiarazioni rese dalle persone offese dal reato, non formalmente verbalizzate da parte degli ufficiali di P.G., può costituire oggetto di testimonianza indiretta da parte di questi ultimi ai fini dell'integrazione del quadro indiziario necessario ai fini dell'applicazione di una misura coercitiva, in difetto di un obbligo legale di verbalizzazione, e non operando comunque il divieto di testimonianza previsto dall'art. 195, comma quarto, cod. proc. pen. ai fini cautelari; a ciò non osta il divieto sancito dall'art. 203 cod. proc. pen., nella specie inapplicabile per la non equiparabilità dei suddetti dichiaranti agli "informatori della polizia giudiziaria", da individuarsi nei "confidenti" che, agendo di regola dietro compenso in denaro od in vista di altri vantaggi, forniscono alla polizia giudiziaria, occasionalmente ma con sistematicità, notizie da loro apprese>>.*

Altra questione è quella relativa alle dichiarazioni raccolte dalla p.g. non di iniziativa ma su delega del P.M.

Una prima opinione, minoritaria, ritiene che il divieto di testimonianza non trovi applicazione per le dichiarazioni assunte dalla polizia giudiziaria su delega del P.M..

Tuttavia, assolutamente prevalente è la tesi opposta che argomenta dalla *ratio* del divieto, ovvero evitare una elusione del principio del contraddittorio.