

Acquisizione e valutazione della prova per esperti nei processi per reati di violenza sessuale nei confronti di minori

- L'utilizzo della consulenza in fase di indagine
- La perizia in sede di incidente probatorio e di dibattimento
- Utilizzo del dato tecnico al fine della valutazione della responsabilità penale
- La valutazione dell'attendibilità

Roberta Palmisano
giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare
Tribunale di Roma

1. Centralità della testimonianza del minore nei processi per reati di violenza sessuale commessi nei suoi confronti e previsioni normative

Nei procedimenti aventi ad oggetto i reati sessuali in danno di un minore le dichiarazioni di quest'ultimo nella maggior parte dei casi sono l'unico elemento probatorio su cui è basata l'ipotesi accusatoria.

La Cassazione ha ritenuto che anche in questi casi la deposizione della parte lesa costituisce, anche da sola, prova idonea a confortare il giudizio di responsabilità¹.

Fino agli anni '80 del secolo scorso si affermava che il minore prova turbamento nell'essere interrogato in sede giudiziaria, che l'esame lo carica di una responsabilità troppo grande, che il suo ascolto non sarebbe utile perché il bambino è un testimone inattendibile e il suo racconto può essere inquinato da fantasie o influenzato dagli adulti.

In questo iniziale approccio della scienza psicologica si attribuiva un ruolo centrale al trauma del bambino, giungendo alla conclusione che le finalità cliniche di supporto terapeutico fossero incompatibili con la finalità giudiziaria dell'accertamento.

Al contrario psicologia, psicanalisi e scienza dell'educazione avvertono oggi che il bambino ha bisogno di essere ascoltato e pongono anzi l'ascolto tra i suoi bisogni primari.

Il procedimento giudiziario è ora indicato come uno dei campi dell'ascolto e l'attenzione deve essere spostata dall'interrogativo "se" ascoltare al "come" ascoltare, e ciò per minimizzare i danni che derivano al minore dall'impatto con l'apparato giudiziario, che può causare sul minore un trauma eguale o superiore a quello determinato dal reato stesso.

Convenzioni internazionali fondamentali come la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27.5.1991 n.176) e la Convenzione europea sottoscritta a Strasburgo il 25.1.1996 (ratificata con l. 20.3.2003 n.77) che l'ha ripresa, sviluppata e rafforzata, hanno chiesto che nelle legislazioni dei singoli Stati la comunicazione e l'ascolto siano introdotti come diritti del bambino.

Al minore capace di discernimento deve essere riconosciuto il diritto di ricevere ogni informazione, di essere consultato e di esprimere la propria opinione, di essere informato sulle eventuali conseguenze di ogni decisione presa.

Quindi sia il pubblico ministero sia il giudice, nei casi in cui è richiesto, devono consultare il minore con una forma adeguata alla sua maturità, e tenere in conto le sue dichiarazioni.

Mentre sotto la disciplina del vecchio codice del 1930 l'acquisizione della testimonianza dei minori avveniva in un ambiente abbastanza protetto e senza la presenza di estranei, con l'introduzione del modello accusatorio e la formazione della prova nel dibattimento egli è esposto alla esperienza traumatica del raccontare e rivivere la propria esperienza dolorosa in udienza e alla presenza dell'imputato.

Soltanto dopo un decennio dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale il legislatore ha tenuto presente l'esigenza di un trattamento giudiziario specificatamente diretto a

¹ "In tema di valutazione della prova, la deposizione della parte lesa, anche se rappresenta l'unica prova del fatto da accertare e manchino riscontri esterni, può essere posta a base del convincimento del giudice, atteso che a tali dichiarazioni non si applicano le regole di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p., che presuppongono l'esistenza di altri elementi di prova unitamente ai quali le dichiarazioni devono essere valutate per verificarne l'attendibilità, dovendo peraltro il controllo sulle dichiarazioni della persona offesa, considerato l'interesse del quale può essere portatrice, essere più rigoroso in specie se trattasi di minore e l'esame concerna fatti che possono interagire con i delicati aspetti della personalità come in materia di reati contro la libertà sessuale" (Cass., sez. III, sent. n. 43303 del 18.1.2001, Panaro).

tutelare il minore nell'ambito del procedimento penale ed ha previsto strumenti che consentono di sottrarlo all'esame diretto delle parti e di anticiparne l'esame il più possibile, compatibilmente con le indagini del pubblico ministero.

Le leggi n. 66/96 e 269/98², oltre a ridisegnare la disciplina dei reati a carattere sessuale e le forme dell'ascolto del minore nel processo³, hanno introdotto all'art. 609 decies c.p. la obbligatorietà dell'assistenza psicologica dei minori attraverso la presenza dei genitori o di altre persone idonee e in ogni caso dei Servizi minorili, nonché l'obbligo del collegamento fra la Procura e il Tribunale per i Minori finalizzato a garantire i minori stessi dalla reiterazione degli atti giudiziari. In proposito a Roma è stato redatto un documento d'intesa fra la Procura della Repubblica e il Tribunale per i Minori⁴.

Le predette leggi hanno previsto che l'incidente probatorio può espletarsi al di là dei presupposti indicati dal codice, nei casi in cui esso riguarda l'esame testimoniale di un minore vittima di violenza sessuale, pedopornografia e prostituzione minorile⁵.

La deroga all'ordinaria normativa è dettata dall'esigenza di tutelare la genuinità della prova, posto che il minore è un soggetto debole, sottoposto alle pressioni esterne, nonché dalla necessità di assicurare una maggiore attendibilità alla deposizione resa quando il ricordo dei fatti non ha ancora subito quelle deformazioni che si possono verificare a causa della minore età del testimone. Questa disciplina è stata estesa dal decreto legge n. 11 del 23.2.2009 a tutti i minori (non più solo infrasedicenni) e ai casi in cui essi siano vittime di maltrattamenti in famiglia e del reato di cui al nuovo art. 612 bis c.p.

² Dai lavori preparatori della legge n. 66/96 emerge che l'intenzione del legislatore è stata quella di allontanare il minore dalla scena dibattimentale nel tentativo di evitargli reiterati interrogatori

³ L'art. 398 comma 5 bis, c.p.p., introdotto con la legge n. 66 del 15 febbraio 1996, prescrive per l'audizione modalità protette (le più opportune in relazione alle esigenze del minore con documentazione integrale dell'atto, fonografica e audiovisiva), estese con la legge 3 agosto 1998 n. 269 alla fase del dibattimento, ma soltanto se esse sono richieste da una delle parti ovvero se il presidente lo ritiene necessario, come prevede l'art. 498 comma 4 bis c.p.p. In tutti gli altri casi l'art. 498 comma 4 c.p.p. prevede che il presidente conduca personalmente l'esame ma, sentite le parti e se ciò non nuoce alla serenità del teste (anche qui una estrema discrezionalità del giudice), può disporre l'esame diretto. In questo ultimo caso la Cassazione nella sentenza sez. III n. 1048 del 15.11.2002, Marasco ha evidenziato che il presidente deve operare un controllo particolarmente pregnante per evitare le domande che possono nuocere alla genuinità delle risposte o suggestive. Troveranno comunque applicazione sia il divieto di porre al teste domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte (art. 499, comma 2, cod. proc. pen.) che quello - valido solo per l'esame, ma non anche per il controesame - di formulare domande suggestive (art. 499, comma 3, cod. proc. pen.). Il presidente può altresì avvalersi di un ausiliario (art. 498 comma 4 c.p.p. "familiare o esperto in psicologia infantile") per evitare al minore la difficoltà di un interrogatorio condotto dalle parti in vista dei rispettivi interessi, anche con intenti e modalità aggressive, ma anche in questo caso si tratta di una mera facoltà. L'art. 498 comma 4 ter prevede infine che in ogni caso, per i reati di abuso sessuale, l'esame del minore, su richiesta della vittima o del suo difensore, è effettuato mediante l'uso di vetro a specchio e di un impianto citofonico. Secondo l'art. 497 comma 2 c.p.p. al minore andrà rivolto soltanto il primo avvertimento che attiene, in generale, all'obbligo di dire la verità; infatti il minore di 14 anni non subisce le conseguenze penali derivanti dalla violazione dell'obbligo di dire la verità e pertanto non viene ammonito sulle conseguenze penali connesse alla violazione dell'obbligo. Questa norma si applica anche all'audizione delle persone informate sui fatti compiuta dal Pubblico Ministero di cui all'art. 362 c.p.p., in forza dell'esplicito rinvio dell'ultimo periodo. L'art. 472 comma 3 bis c.p.p. prescrive che si procede a porte chiuse. Infine l'art. 114 comma 6 c.p.p. prevede il divieto di pubblicazione delle generalità e delle immagini persone offese o danneggiate da reato fino a quando non siano divenuti maggiorenni. La legge n. 112 del 2004 ha esteso il divieto di pubblicazione di elementi che anche indirettamente possano comunque portare alla loro identificazione, a meno che non vi sia il consenso del Tribunale per i Minorenni o del minore ultrasedicenne.

⁴ È particolarmente chiaro e dettagliato anche il Protocollo redatto tra la Procura e il Tribunale di Palermo

⁵ La Corte Costituzionale, con sentenza 262/1998, ha esteso la disciplina al delitto di corruzione di minorenni di cui all'art. 609 quinquies cp.

2. L'ausilio degli esperti.

Accertamenti sulla capacità a testimoniare e attendibilità in senso psicologico

Dare ingresso nel processo penale alla deposizione del minore, in particolare quando egli è vittima dei gravi delitti di violenza sessuale, pone il problema del delicato bilanciamento fra l'esigenza di accertamento della verità e la tutela dell'integrità psicofisica del minore stesso, tra l'esigenza di tutela della vittima e il rispetto di un pieno ed efficace diritto di difesa.

Queste due esigenze non sono confliggenti perché l'assunzione corretta della prova testimoniale e l'adozione delle relative cautele tutelano non solo il minore ma anche l'imputato.

Infatti un esame del minore tempestivo e condotto correttamente, in ordine al quale un esperto ha espresso un giudizio tecnico di attendibilità (psicologica), consente di mettere in luce in modo genuino tutti gli elementi probatori, anche a favore dell'imputato, che saranno valutati in sede di merito.

Il rispetto di questi principi, sin dalla fase delle indagini preliminari, mira a garantire l'assunzione della prova e a consentirne una verifica a posteriori in ogni tempo, riverberando i suoi effetti sulle valutazioni demandate al giudice.

Queste considerazioni devono essere tenute presenti non solo dal giudice ma anche dal pubblico ministero e dagli organi di polizia.

Per tutelare l'integrità psicofisica del minore e garantire l'acquisizione della prova, il pm e il giudice devono avvalersi dell'apporto di neuropsichiatri infantili, psichiatri e psicologi.

A differenza di quelle che sono considerate vere e proprie scienze, la psichiatria e la psicologia rientrano nelle cosiddette scienze sociali. Esse hanno ad oggetto la mente e l'animo umano e sono caratterizzate da un diverso grado di affidabilità e falsificazione. Infatti difettano della verifica empirica o della ripetibilità degli esperimenti.

L'incarico agli esperti consiste nell'accertamento dell'attitudine del minore ad esporre le vicende in modo esatto e nell'approfondimento della sua posizione psicologica rispetto al contesto della vicenda di cui è vittima.

Oggetto dell'accertamento

Il minore possiede, come gli adulti, la piena capacità a deporre ai sensi dell'art. 196 comma 1 c.p.p. e può essere sentito in qualità di testimone in ordine a tutti i fatti del procedimento penale⁶. Secondo l'art. 497 comma 2 c.p.p.⁷ il minore non subisce le conseguenze penali derivanti dalla violazione dell'obbligo di dire la verità e pertanto non viene ammonito sulle conseguenze penali connesse alla violazione dell'obbligo. Al minore andrà rivolto soltanto il primo avvertimento che attiene, in generale, all'obbligo di dire la verità: infatti l'adempimento del dovere civico di dire la verità grava indistintamente su tutti i cittadini e sotto questo aspetto la testimonianza di un maggiore di 14 anni e quella di un minore sono equiparabili.

⁶ l'art. 120 c.p.p., che disciplina la cosiddetta testimonianza endoprocedurale, esclude che egli possa intervenire come testimone ad atti del procedimento come ispezioni e perquisizioni (Cass. sez VI n. 23979 dell'11.3.2008, Dottore Stagna)

⁷ Questa norma si applica anche all'audizione delle persone informate sui fatti compiuta dal Pubblico Ministero di cui all'art. 362 c.p.p., in forza dell'esplicito rinvio dell'ultimo periodo.

La minore età non incide dunque sulla capacità di testimoniare⁸ ma può incidere sulla attendibilità della testimonianza.

A tal fine quindi devono essere individuate le eventuali discrepanze nella narrazione dei fatti, tenendosi conto anche del contesto in cui essi si sono verificati.

Da qui l'esigenza che il giudice si avvalga dell'ausilio degli esperti, quale mezzo di ricerca della prova, funzionale ad una giusta decisione sull'attendibilità del minore senza cedere alla falsa idea che sia sufficiente la generica capacità "di saper fare con i bambini".

Solo l'esperto dispone delle conoscenze e delle competenze necessarie per l'approccio con un bambino che sia stato vittima di un reato.

La specificità delle competenze degli esperti consente loro di esprimere giudizi di ordine clinico in ordine a due aspetti fondamentali:

1. l'attitudine intellettuale del minore a testimoniare. A tal fine l'esperto deve verificare la sua capacità di recepire le informazioni, di ricordarle e di esprimerle, nonché il possesso di funzioni psichiche che consentano di rendere testimonianza (competenze linguistiche, capacità di percezione, memoria, coerenza del pensiero, capacità di distinguere la realtà dall'immaginazione)

2. l'attendibilità psicologica del minore. Essa riguarda i meccanismi psichici che dal punto di vista clinico possono influenzare il processo di rivelazione del fatto e la propensione alla sincerità. L'esperto esaminerà il modo in cui la giovane vittima ha vissuto e ha rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità e menzogna⁹. Quindi la possibilità che il teste dica la verità, che sia in grado di farlo: ciò non vuol dire ovviamente che dirà la verità. L'inattendibilità psicologica in definitiva deriva dall'accertamento di alterazioni patologiche, disturbi strutturali o immaturità che inficiano la capacità del minore di dire il vero.

All'esperto è affidato il compito di ricostruire i vissuti, le istanze, le ansie, la dinamica interna delle ragioni che ispirano i comportamenti del minore. A tal fine non è necessario che l'esperto faccia domande al minore sui fatti di reato, potendo utilizzare strumenti alternativi.

L'esperto non può esprimersi in alcun modo sui fatti oggetto dell'accertamento né sulla cosiddetta "compatibilità" della condizione psicologica del minore con il presunto abuso (anche se a volte ancora la formulazione dei quesiti posti dal giudice lo ricomprende).

La credibilità del bambino lumeggiata dall'esperto è da tenere ben distinta dalla attendibilità della sua deposizione: infatti l'accertamento della verità processuale rientra nel compito esclusivo del giudice¹⁰.

È il giudice che accerta se le dichiarazioni accusatorie formulate dal minore siano veritiere ovvero siano il risultato di un processo di suggestione, di esaltazione o di fantasia, ma una preliminare valutazione clinica dell'esperto costituisce un indispensabile strumento per le sue decisioni.

Nessun accertamento è consentito all'esperto in ordine alla attendibilità della prova, che rientra nei compiti esclusivi del giudice, il quale soltanto deve esaminare il modo in cui i minori, vittime di abusi sessuali, hanno vissuto e rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna¹¹.

Nell'espletamento del suo incarico lo specialista raccoglierà un ampio materiale di informazioni e procederà ad interrogare il minore e le altre persone che riterrà.

⁸ Il punto 8 del Decalogo sull'abuso all'infanzia dell'OMS prevede che: "il bambino è in grado di percepire la realtà fornendo informazioni dettagliate e dunque di descrivere un evento traumatico con sufficiente precisione"

⁹ Cass. 3.10.97, Ruggeri e 26.5.2003, Chiapperini

¹⁰ All'art. 2 della Carta di Noto è previsto che lo psicologo non può mai sostituirsi al giudice nel valutare, ma deve invece fornirgli strumenti concettuali e criteri inferenziali per decidere.

¹¹ Cassazione sez. III n. 35397 del 20.6.2007, Tranchida

Non conviene limitare gli accertamenti soltanto al bambino ma è sempre opportuno estenderli all'intero nucleo familiare¹². Il perito o il consulente dovrebbero intervistare i componenti della famiglia, anche nel caso in cui uno di essi sia la persona sottoposta ad indagini (o imputato).

In materia di abusi sessuali su minori la ricostruzione dei fatti è affidata quindi anche al contributo di psicologi e di psichiatri, attraverso la consulenza tecnica e la perizia sulla attendibilità psicologica del minore-testimone.

Indicazioni all'accertamento

In generale la giurisprudenza ritiene che di per sé la specialità della materia non rende doveroso il ricorso alla prova mediante un esperto ed è rimesso al giudice l'accertamento dell'effettiva esigenza dell'apporto del perito in relazione all'insufficienza delle prove già acquisite (tra le quali eventuali consulenti di parte).

Sotto questo profilo la Cassazione¹³ ha affermato che il giudice può ritenere superflua la perizia quando pensa di poter giungere alle medesime conclusioni di certezza sulla base di altre e diverse prove ma non quando intenda avvalersi di proprie, personali, specifiche competenze scientifiche: in questo modo infatti l'apporto scientifico sarebbe sottratto al contraddittorio delle parti che non potrebbero intervenire sia in fase di acquisizione della prova sia in fase di valutazione, a mezzo dei propri consulenti tecnici.

Compete quindi al giudice, in base al vaglio critico sugli elementi acquisiti, valutare la necessità dell'accertamento peritale¹⁴ e l'indicazione della necessità di un accertamento psicodiagnostico dovrà emergere caso per caso, in relazione all'età del minore e alle altre ragioni per le quali si ravvisi la necessità che la testimonianza debba essere preceduta da una valutazione clinico-psicologica sulla capacità del minore a testimoniare.

La Cassazione ha precisato che l'indagine psicologica non è necessaria quando si può escludere la presenza di elementi (quali una particolare predisposizione all'elaborazione fantasiosa o alla suggestione) che possono rendere dubbia la deposizione del minore¹⁵.

In altro caso la Cassazione ha censurato l'apodittica affermazione di un giudice di appello secondo cui "i bambini di questa età tendono ad adeguarsi alle aspettative degli interroganti, si lasciano trasportare dalla fantasia scambiando quest'ultima per la realtà e sostituendo nei loro ricordi personaggi fantastici con soggetti reali" (erano state raccolte le dichiarazioni di alcuni alunni di una scuola materna)¹⁶.

Ha ribadito la Corte che le riserve in ordine alla credibilità e attendibilità della testimonianza del minore devono essere sciolte con indagini psicologiche approfondite per non rischiare di affermare in via aprioristica che i minori a causa della loro giovane età sono incapaci a testimoniare¹⁷.

¹² Punto 3 della Carta di Noto : In caso di abuso intrafamiliare gli accertamenti devono essere estesi ai membri della famiglia, compresa la persona cui è attribuito il fatto, e ove necessario, al contesto sociale del minore. E' metodologicamente scorretto esprimere un parere senza avere esaminato il minore e gli adulti cui si fa riferimento, sempre che se ne sia avuta la rituale e materiale possibilità. Qualora l'indagine non possa essere svolta con tale ampiezza, va dato conto delle ragioni dell'incompletezza.

¹³ Cass. sez. V n. 9047 del 15.5.1999

¹⁴ Cass. sez. III n. 37402 del 4.10.2006, Balliu

¹⁵ sez. III n. 44971 del 6.11.07, Saveri

¹⁶ Cass, sez,III n. 35224 del 21.9.2007, Guerini e altri

¹⁷ Cass. sez. III n. 27742 del 6.5.2008, Zordan

Metodologia dell'accertamento

L'accertamento specialistico deve essere affidato ad un tecnico in possesso di una preparazione scientifica specifica che utilizzi metodologie appropriate e soprattutto che disponga di "un sapere che è insieme un cuore intelligente ed una mente affettiva"¹⁸.

Deve esserci una particolare cura nella scelta dell'esperto, che va nominato in funzione non solo della sua specializzazione, ma anche delle specifiche competenze e capacità (valutate sulla base delle esperienze pregresse di natura professionale, didattica, giudiziaria, delle sue pubblicazioni su riviste autorevoli, delle citazioni dei suoi scritti in studi qualificati), con particolare riferimento ad una specifica competenza clinica.

La capacità dell'esperto è presupposto indispensabile per poter ritenere attendibile il risultato del suo lavoro.

L'esperto nominato non potrà essere persona che è già venuta in contatto con il minore ad altro titolo (es. come terapeuta, come personale facente parte di Servizi privati o pubblici...) perché la valutazione sul minore è cosa assai diversa dalla funzione terapeutica o di sostegno psicologico e deve essere assolta da persona diversa per non rischiare contaminazioni o influenze sull'attendibilità del teste¹⁹.

La scienza sempre più in questo campo sente l'esigenza di aggiornare ed orientare i professionisti verso prassi riconosciute e condivise. In proposito si può citare:

- la Carta di Noto, documento fondamentale nato dalla collaborazione interdisciplinare di magistrati, avvocati, psicologi, psichiatri, criminologi, medici legali, nel corso del Convegno su "Abuso sessuale di minore: ruoli e responsabilità" tenutosi a Noto nel giugno 1996, e alla sua nuova stesura del 4 luglio 2002, avente ad oggetto l'indicazione di metodologie scientificamente affidabili.
- il documento con il quale il 15 febbraio 2007 la Società Italiana di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza (SINPIA) nell'approvare le Linee guida in tema di abuso sui minori, ha dettato una serie di raccomandazioni che sono il risultato di un lavoro di integrazione e raccordo di documenti che si riferiscono alle competenze specifiche del neuropsichiatra infantile, relativi al tema e rispondenti ai criteri di validità, attendibilità, applicabilità clinica e multidisciplinarietà;
- il Protocollo di Venezia, documento redatto da un gruppo di avvocati, psicologi, psichiatri, neuropsichiatri infantili, criminologi e responsabili di Servizi in tema di diagnosi forense di abusi sessuali collettivi, a conclusione dell'incontro tenutosi dal 21 al 23 settembre 2007 vicino Venezia;
- il documento dell'Ordine degli Psicologi del Lazio con il quale nel maggio 2008 sono state approvate le "Linee guida per la diagnosi clinico-forense in relazione all'ascolto dei minori in ipotesi di abuso nell'audizione protetta ed in caso di perizia o consulenza";
- le "Linee guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale" approvate il 15 giugno 2008 nel corso di un seminario promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) in cui si è auspicato da un lato il costante aggiornamento da parte di coloro che operano nel campo delle neuroscienze cognitive ove studi recenti hanno introdotto nuove conoscenze e nuovi criteri per la diagnosi e la valutazione di questioni che attengono ai processi mnestici, dall'altro l'elaborazione, come negli USA di un documento che detti le regole a cui attenersi (il prof. Ubertis che incontrerete venerdì era nel gruppo di esperti interdisciplinare che ha redatto il documento);

La sentenza della sez. III n. 6464 del 14.12.2007, Granillo, emessa in un caso in cui il ricorrente lamentava che l'esame del minore, parte lesa, non era stato espletato con le cautele prescritte nella Carta di Noto, ha affermato che i criteri suggeriti dalla Carta di Noto, definita "di autorevole rilevanza nell'interpretazione delle norme che disciplinano l'audizione dei minori-parti

¹⁸ Jutta M. Birkhoff Riv. It. Med. Leg. 1/2008

¹⁹ in questo senso cfr. le raccomandazioni della Carta di Noto, al punto 9; le Linee guida dell'Ordine degli Psicologi del Lazio, al punto 5; il Protocollo di Venezia al punto 2

offese nei reati di natura sessuale”, hanno carattere non tassativo e la loro inosservanza non comporta la nullità dell’esame

Nella sentenza della sez. III n. 20568 del 10.4.2008, Gruden, la Cassazione ha ribadito che ai principi posti dalla Carta di Noto non può riconoscersi alcun valore normativo, trattandosi di semplici “suggerimenti diretti a garantire l’attendibilità dei risultati degli accertamenti tecnici e la genuinità delle dichiarazioni assicurando nel contempo al minore la protezione psicologica”²⁰.

²⁰ Come si legge nella Premessa della stessa Carta

3. Forma degli accertamenti in ordine alla competenza a testimoniare e relativa utilizzabilità

Ai sensi dell'art. 392, comma 2, c.p.p., il pubblico ministero o l'indagato possono chiedere al gip di disporre nelle forme dell'incidente probatorio gli accertamenti peritali in ordine alla sua capacità di rendere testimonianza del minore.

Per questo accertamento si seguono varie prassi: da alcuni uffici la perizia viene conferita prima dell'udienza riservata all'audizione del minore e proprio al fine di verificare se l'esame sia possibile e utile; da altri uffici la perizia è disposta successivamente; a volte l'incarico è disposto in concomitanza con l'audizione e affidato allo stesso perito che assiste il giudice durante lo svolgimento dell'esame ovvero ad un perito diverso, ovvero ancora ad un esperto diverso che però assiste all'audizione (senza quindi esaminare a sua volta il minore).

Rimane problematica la possibilità di procedere nelle forme dell'incidente probatorio anche in udienza preliminare o nella fase immediatamente antecedente, considerato che la Corte Costituzionale²¹ ha previsto tale possibilità nei limitati casi in cui vi sia il pericolo di perdita irrimediabile della prova e non negli altri casi di perizia che comportino una sospensione del dibattimento superiore a 60 giorni.

Ma va segnalato che spesso soltanto in questa fase il difensore, dopo il 415 bis, è in grado di chiederlo.

La perizia sulla capacità a testimoniare può essere disposta, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., anche di ufficio dal giudice nell'udienza preliminare ai fini della decisione di non luogo a procedere. Il richiamo alla citazione dei periti contenuto al comma 2 infatti non deve intendersi come mera audizione del perito che ha già espletato il suo incarico nell'incidente probatorio, ma come assunzione della prova peritale.

Per quanto riguarda l'utilizzabilità di tale perizia, la Cassazione ha precisato che se essa è stata eseguita nel rispetto del contraddittorio, con la possibilità delle parti di interloquire e di contrapporre le rispettive tesi, e con la facoltà di nomina di consulenti di parte, essa è utilizzabile in dibattimento sebbene raccolta in udienza preliminare²².

L'espletamento della perizia nelle forme dell'incidente probatorio obbliga il pubblico ministero ad una discovery che in alcuni casi potrebbe essere inopportuna e troppo anticipata.

Del resto il preventivo accertamento psicologico sul minore nella fase di indagine da un lato garantisce l'indagato dal pericolo di subire un processo basato su un'accusa infondata e dall'altro consente al pubblico ministero di acquisire gravi indizi di colpevolezza nei suoi confronti sulla base dei quali richiedere una misura cautelare in tutti i casi di urgente necessità di una cautela al fine di evitare il ripetersi dell'abuso²³.

Nella fase delle indagini preliminari quindi il pubblico ministero, anziché richiedere l'incidente probatorio, può egli stesso nominare un consulente ai sensi dell'art. 359 c.p.p., senza darne comunicazione alle parti interessate ovvero procedere ai sensi dell'art. 360 c.p.p. nel caso che i suddetti accertamenti non siano ripetibili.

²¹ Sentenza n. 77 del 1994 della Corte Costituzionale che con le successive pronunce n. 118 del 2001 e n. 368 del 2002 ha esteso tale possibilità anche al momento tra la conclusione delle indagini preliminari e l'inizio dell'udienza preliminare

²² Cass. sez. VI n. 9033 del 19.12.2006, Saletti ed altri

²³ L'assunzione troppo anticipata in incidente probatorio della testimonianza del minore comporta un problema di utilizzabilità della prova assunta. Infatti l'art. 403 c.p.p. stabilisce che nel dibattimento le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili nei confronti degli imputati i cui difensori vi abbiano partecipato. E ciò anche tenuto conto del comma 1 bis, introdotto dalla legge 267/97, secondo cui saranno comunque utilizzabili gli indizi venuti in rilievo dopo che la prova è divenuta irripetibile.

In questo caso l'indagato, ai sensi del comma 4 dell'art. 360 può fare riserva di promuovere incidente probatorio.

È superfluo ricordare che gli artt. 359 e 360 si riferiscono entrambi ad accertamenti tecnici per i quali siano necessarie specifiche competenze e che, a differenza dei rilievi che indicano un'attività di mera osservazione, individuazione ed acquisizione di dati materiali, comportano lo studio e la elaborazione critica di quegli stessi dati²⁴.

Il codice non definisce il concetto di atto irripetibile ai sensi dell'art. 360 c.p.p. né indica i criteri necessari per qualificare tale un atto del procedimento, trattandosi di valutazione strettamente rapportata alla realtà fattuale concreta.

Gli atti irripetibili sono caratterizzati dall'esistenza di un risultato ulteriore rispetto alla mera attività investigativa e deve trattarsi di un risultato non riproducibile in dibattimento senza la perdita dell'informazione probatoria nella sua genuinità²⁵. Quindi si deve trattare di un risultato estrinseco rispetto alla mera attività d'indagine²⁶.

Per quanto riguarda l'accertamento sullo stato psichico di una persona e la possibilità di ricomprenderlo tra gli atti irripetibili la Cassazione²⁷ ha ritenuto che ciò sia possibile solo in quei casi in cui la relativa indagine ha ad oggetto una condizione contingente del soggetto. In particolare la Corte ha escluso che potesse considerarsi atto irripetibile la consulenza psicologica disposta dal pm su un minorenne vittima di un delitto di violenza sessuale di gruppo, in quanto non era prevedibile che la maturità psicologica della persona offesa, non affetta da particolari patologie, fosse esposta in breve tempo a rilevanti modificazioni. La Corte ribadendo che il carattere irripetibile dell'accertamento non va giudicato in astratto secondo la tipologia dell'accertamento stesso, ma va valutato in concreto secondo le caratteristiche particolari della situazione da accertare e della sua prevedibile modificabilità, ha rilevato che nel caso concreto, nulla faceva prevedere che la maturità psicologica della persona offesa, non affetta da particolari patologie, fosse esposta nel tempo breve del processo a rilevanti modificazioni. La sentenza in questione richiama una pronuncia del 2001²⁸ che sembrerebbe andare in senso contrario precisando che in quel caso la situazione psicologica contingente era particolare in quanto il teste era affetto da deficit intellettuale.

Sul punto deve essere richiamata la sentenza della sez. III n. 37147 del 18.9.2007, Scancarello ed altri che ha affermato che "la valutazione giudiziale delle dichiarazioni accusatorie rese dalle vittime degli abusi, che richiede specifiche cognizioni tecniche mediante il ricorso al sapere scientifico esterno, non impone nella fase delle indagini preliminari alcun obbligo al pubblico ministero di affidare la cosiddetta consulenza personologica nelle forme dell'art. 360 c.p.p. ovvero di richiedere al G.i.p. l'incidente probatorio, essendo ammissibile il ricorso alla procedura non garantita prevista dall'art. 359 c.p.p.. Nella parte motiva la Cassazione però precisa che il pm ha scelto di procedere ex art. 359 "discutibilmente ritenendo che la situazione psicologica dei bambini non fosse passibile di mutazione nel tempo". La Cassazione quindi implicitamente attribuisce a questo tipo di accertamento il carattere di irripetibilità e soprattutto stigmatizza che la scelta di conferire l'incarico di consulenza nella forma dell'art. 359 c.p.p. priva l'indagato della facoltà di controllare l'operato dell'esperto.

²⁴ in tal senso, tra le tante, Cass., sez. V, 20 novembre 2000, D'Anna

²⁵ Sezioni Unite n. 41281 del 17.10.2006, Greco

²⁶ "Ciò appare evidente nel caso delle intercettazioni telefoniche (le cui trascrizioni sono peraltro inserite nel fascicolo per il dibattimento per espressa previsione normativa: art. 268 c. 7 c.p.p.). Chi le ha materialmente eseguite potrebbe, in astratto, descrivere in dibattimento le attività svolte ed anche riferire il contenuto delle conversazioni intercettate, ma non potrebbe certo riprodurre le conversazioni captate: quello che in ipotesi potrebbe riferire sarebbe comunque diverso da quanto è stato captato e andrebbe dunque perduta un'informazione probatoria potenzialmente rilevante nel processo."

²⁷ Cassazione sez. III n. 19397 dell'8.3.2006, Spinelli

²⁸ Cassazione sez. III n. 4526 del 26.11.2001, Er Regraui

I difensori dell'indagato e della persona offesa possono svolgere ai sensi dell'art.391 bis ss. c.p.p.²⁹ gli stessi accertamenti del pm. Tutte le parti processuali hanno infatti il diritto di ricercare le fonti e gli elementi di prova scientifica, di nominare i propri consulenti tecnici, di presentare i relativi risultati al giudice, di interrogare i propri consulenti e di controinterrogare quelli della controparte. L'art 391 decies comma 3 c.p.p. prevede che nel caso in cui gli accertamenti tecnici debbano essere compiuti su persone, cose, luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, secondo lo schema previsto dall'art 360 c.p.p., il difensore dovrà avvisare il pubblico ministero il quale potrà formulare riserva di incidente probatorio.

Quindi il difensore, oltre a predisporre una consulenza di parte sul materiale raccolto dal consulente del pm, può raccogliere egli stesso elementi di prova.

Va sottolineato che il difensore non ha vincoli nell'individuazione del consulente che può non essere iscritto all'albo e che non ha un obbligo di obiettività e verità.

La differente regolamentazione dell'attività di acquisizione delle prove da parte del difensore si fonda sul fatto che, al contrario del pm che è tenuto ai sensi dell'art. 358 c.p.p. a svolgere anche accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, la difesa (art. 327 bis c.p.p.) ricerca ed individua soltanto elementi di prova a favore del proprio assistito cosicché le sue investigazioni sono un'attività rimessa alla sua discrezionalità.

Quando l'iniziativa per il compimento di un accertamento tecnico non ripetibile viene dal difensore della persona offesa, essendo previsto l'obbligo dell'avviso solo al pubblico ministero, il difensore dell'indagato potrebbe vedersi preclusa del tutto la possibilità di partecipare all'espletamento dell'attività non più ripetibile³⁰.

Allo stato la lacuna normativa è, almeno in parte, colmata solo a livello deontologico dalla previsione, contenuta all'art. 15 del codice approvato dall'Unione delle camere penali, dell'obbligo di ciascun difensore che intenda effettuare un accertamento tecnico irripetibile di dare avviso non solo al pubblico ministero, come stabilisce il codice di procedura penale, ma al difensore di tutte le parti interessate³¹.

Utilizzabilità

Gli accertamenti scientifici effettuati dalle parti nel corso delle indagini preliminari, se si procede nelle forme ordinarie, sono utilizzabili, limitatamente agli accertamenti irripetibili, con l'inserimento nel fascicolo del dibattimento ai sensi degli artt. 431 e 391 decies c.p.p..

Le dichiarazioni rese sia dal minore che dagli altri intervistati al consulente tecnico del pm sono utilizzabili solo per verificare la credibilità del teste in vista dell'esame protetto ma non possono essere utilizzate dal giudice ai fini della ricostruzione del fatto, stante il divieto ex art. 228 comma 3 c.p.p. e 392 comma 1 bis e 398 comma 5 bis c.p.p.³².

Nel caso invece che si instauri un rito speciale possono essere utilizzati tutti gli elementi di indagine esclusi quelli inficiati da inutilizzabilità assoluta o nullità.

Così la Cassazione ha affermato che sono utilizzabili nel rito abbreviato gli elaborati tecnici, compresi quelli effettuati da una psicologa su incarico del tribunale per i minorenni, legittimamente acquisite nel fascicolo del pubblico ministero come documenti formati fuori del procedimento .

²⁹ Introdotti con legge 397/2000

³⁰ Gualtieri P., *Le investigazioni del difensore*, Cedam, 2002, p. 189

³¹ Le Regole Etiche delle Camere Penali. Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001 dal Consiglio delle Camere Penali e modificato il 19 gennaio 2007

³² Cass. Sez. III 1.12.2006, Albano

Con la richiesta di giudizio abbreviato infatti l'imputato non soltanto rinuncia a difendersi provando, ma accetta che rientrino nel novero delle risultanze probatorie tutte le emergenze acquisite salve le eccezioni di nullità o di inutilizzabilità assoluta³³.

Ai fini della decisione con il rito abbreviato quindi il giudice potrà utilizzare tutti i documenti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ex art. 234 c.p.p. senza le garanzie del contraddittorio nell'assunzione della prova.

La sentenza n.37147 del 18.9.2007, Scancarello ha confermato da ultimo il valore endoprocessuale dell'indagine psicologica sui minori conferita dal pm nelle forme dell'art. 359 c.p.p. ai fini della delibazione funzionale all'esercizio del potere cautelare.

La sentenza ha chiarito che nel contesto cautelare il termine indizio deve intendersi in senso atecnico come qualsiasi elemento probatorio sulla scorta del quale sia possibile esprimere un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza, in quanto il quadro di gravità indiziaria ai fini cautelari è concetto differente da quello enunciato nell'art. 192, comma 2, c.p.p., che allude alla c.d. prova logica o critica.

Gli accertamenti psicodiagnostici sono quindi utilizzabile ai fini del giudizio prognostico di alta probabilità dell'esistenza del reato e della attribuibilità dello stesso all'indagato³⁴.

Dagli accertamenti psico-diagnostici può emergere l'indicazione che un eventuale esame, anche se condotto con le cautele dell'audizione protetta, metterebbe a grave repentaglio l'equilibrio psichico del minore o rischierebbe di compromettere il suo percorso terapeutico e di recupero.

In questi casi per l'impossibilità dell'esame in dibattimento la giurisprudenza si è posta il problema dell'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal minore in fase di indagini al di fuori dell'incidente probatorio ai sensi dell'art. 512 c.p.p.³⁵, così come si è posta il problema dell'utilizzazione della testimonianza de relato ai sensi dell'art. 195 c.p.p.³⁶.

³³ Cass. Sez. Un. n. 16 del 21.6.2000, Tammaro. Questa sentenza ha affermato che nel giudizio abbreviato "non rilevano ne' l'inutilizzabilità cosiddetta fisiologica della prova, cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 cod. proc. pen., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), ne' le ipotesi di inutilizzabilità relativa stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta patologica, inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito".

³⁴ Sez. Un., 21 aprile 1995, Costantino

³⁵ Cass. sez III n. 40195 del 10.10.2007, Pallotta ed altro che nel caso in cui una ragazza di sedici anni al dibattimento aveva avuto un black-out emotivo e non era stata in grado di essere esaminata ha equiparato questa situazione psicologica ad una patologia acuta, sopravvenuta ed imprevedibile al momento delle indagini ai sensi dell'art. 512 c.p.p.;

³⁶ Cass. sez. III n. 32144 del 7.6.2002, Dalfino che considera tassativa l'elencazione dei casi in cui l'art. 195 comma 3 c.p.p.;

sez. III n. 3252, 28 novembre 2001, Muscas secondo cui "è viziata da inutilizzabilità ai sensi dell'art. 195 cod. proc. pen. la testimonianza indiretta allorché il giudice abbia ommesso di procedere, nonostante la richiesta della difesa, all'assunzione del testimone diretto, anche nel caso in cui quest'ultimo sia persona minore di età;

sez. III n. 35728 del 14.6.2007, Battisti secondo cui sono utilizzabili le dichiarazioni rese dal minore al perito e registrate senza che si proceda alla sua audizione diretta, qualora quest'ultima sia idonea a turbare il suo equilibrio psichico; sez. III n. 9801 del 29.11.2006, Baldi secondo cui il meccanismo della richiesta di parte rende la testimonianza *de relato* utilizzabile tutte le volte in cui il teste, chiamato, non abbia risposto;

sez. III n. 1821 del 27.11.2007, Baldelli ha affermato che sono utilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza dal minore persona offesa di reati sessuali non esaminato in giudizio allorché l'equilibrio psichico di quest'ultimo sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità, a norma dell'art. 195 comma 3 c.p.p.;

4. L'audizione del minore

Degli esperti ci si deve avvalere anche per assistere il minore nel corso della sua audizione. Con l'uso di specifiche tecniche di conduzione dell'intervista essi dovranno mirare a massimizzare il ricordo del minore e a minimizzare le contaminazioni esterne.

Il patrimonio espressivo dei bambini è assai complesso ed è essenziale che il loro esame non sia svolto con le prassi empiriche dei diversi organi giudiziari, ma sia orientato e programmato con professionalità.

in incidente probatorio

Come è detto nella menzionata carta di Noto (al punto 7) l'incidente probatorio è la sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore, che in tal modo sono limitate ad una sola volta e a breve distanza di tempo dal fatto.

Viene così evitato il trauma dell'esame dibattimentale, quando il minore potrebbe avere iniziato o addirittura concluso il naturale processo di rimozione del fatto traumatico, ed è assicurata altresì la concentrazione delle dichiarazioni in un unico momento con l'esclusione del pericolo di testimonianze posticce e indotte. In questo senso dispone l'art. 398, comma 5 bis c.p.p.

Ai sensi degli artt. 393 comma 2 bis e 398 comma 3 bis è previsto che il pubblico ministero depositi presso l'ufficio del gip insieme alla richiesta, l'intero fascicolo processuale. Il pm quindi non ha alcuna discrezionalità in ordine alla selezione degli atti e l'onere della discovery completa che consente il contraddittorio pieno e ampio, compensa la disciplina derogatoria. Il fine è senza dubbio quello di rendere accessibile il maggior numero di dati possibile, perché il giudice che ha studiato tutti gli aspetti della vicenda, possa condurre l'audizione nel modo più completo possibile.

La deroga all'ordinaria disciplina risponde altresì all'esigenza di tutelare la genuinità della prova, posto che il soggetto più debole è maggiormente sottoposto alle pressioni esterne¹ nonchè alla necessità di consentire un controllo sulla credibilità della deposizione nel momento in cui la memoria non ha ancora subito quelle deformazioni che si possono verificare più facilmente a causa della minore età del testimone.

In accordo con la *ratio* della norma di recente il decreto legge n. 11 del 23.2.2009 ha esteso la disciplina dell'art. 392 comma 1 bis c.p.p., a tutti i minori (non più solo infrasedicenni) e ai casi in cui essi siano vittime di maltrattamenti in famiglia e del nuovo art. 612 bis c.p., recependo parzialmente le indicazioni della Grande Sezione della Corte di Giustizia per i Diritti dell'Uomo del 16 giugno 2005³⁷.

da ultimo la sentenza Sez. 3, n. 13982 del 13.2.2008, Uccellatore ed altro in cui si è fatto il punto sull'utilizzabilità ex art. 195 della testimonianza indiretta nel caso di impossibilità dell'esame del teste di riferimento per infermità, affermando che deve considerarsi rilevante l'infermità (sia fisica che mentale) che rende impossibile l'esame

³⁷ Questo era stato l'iter che aveva condotto alla pronuncia della Corte di Giustizia: il gip di Firenze ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 c.p.p.; la Corte Costituzionale con sentenza n. 529/02 ha dichiarato la questione in parte infondata ed in parte inammissibile escludendo la possibilità di fare ricorso all'incidente probatorio e alle forme protette per assumere la testimonianza di un minore di sedici anni parte offesa di reato diverso da quelli di violenza sessuale (nel caso si trattava di abuso dei mezzi di correzione e lesioni aggravate a carico di un'insegnante di scuola materna) sottolineando la necessità di un intervento legislativo. A seguito di questa pronuncia lo stesso gip ha investito la Corte di Giustizia di Lussemburgo di un rinvio pregiudiziale ex art. 35 del Trattato sull'Unione Europea. Il 16 giugno 2005 la Grande Sezione della Corte di Giustizia, evidenziando che gli Stati Membri si sono impegnati a garantire alle vittime un trattamento rispettoso della loro dignità personale, ha concluso che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le norme interne in maniera conforme alla lettera ed alle finalità della decisione quadro autorizzando i bambini in età infantile vittime di maltrattamenti, a rendere testimonianza "secondo modalità che consentano di garantire loro un livello di tutela adeguato, ad esempio fuori dell'udienza pubblica e prima della tenuta di quest'ultima". La sentenza, affermando che il giudice nazionale deve adottare un'interpretazione delle norme di diritto

L'esperto siederà accanto al minore (e non di fronte) e condurrà l'intervista, anche se non vi è un'espressa disciplina legislativa³⁸.

La Corte di Cassazione³⁹, nell'affermare che non ricorre alcuna nullità se il giudice conduce direttamente l'assunzione della prova testimoniale, ha precisato che l'esperto ha soltanto la funzione di assisterlo fornendo sostegno psicologico al minore e indicando allo stesso giudice le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande.

Per assicurare la riuscita dell'audizione il giudice deve scegliere un perito⁴⁰ con competenze cliniche e padrone delle tecniche di intervista, in grado di fare al minore tutte le domande che possono essere utili per valutare l'attendibilità e la completezza della ricostruzione dei fatti.

L'efficacia probatoria dell'esame dipende in gran parte dalla capacità dell'esperto di contemperare l'esigenza di alleggerire la situazione di stress del minore con quella di ottenere una testimonianza chiara ed esauriente. Sotto questo profilo un eccesso di tutela del minore potrebbe determinare l'insufficienza delle sue informazioni, e quindi la necessità di ripetere l'audizione, ma una carenza di tutela esporrebbe il minore a traumi psicologici i cui danni potrebbero perdurare in età adulta.

Nel corso dell'audizione l'esperto deve tranquillizzare il bambino ma senza dare spazio a tentativi di protezione a tutti i costi. D'altro canto il giudice non deve invadere il campo dell'esperto e deve essere consapevole che, affinché la deposizione abbia un corso naturale, fluido e sereno (per quanto possa esserlo un evento comunque traumatico), è necessaria l'applicazione di tecniche valide e collaudate, che consentano di tutelare il minore nel tempo stesso in cui si raccolgono le sue informazioni.

In definitiva l'esperto è come un interprete che mette in comunicazione due mondi lontani fra loro (quello infantile e quello giudiziario), e non va sottaciuto che tra il giudice, il bambino e l'esperto si sviluppano dinamiche molto complesse (compresa la necessità di contenere l'impatto emotivo che la violenza sessuale sul bambino può aver avuto sul magistrato), che bisogna gestire bene per non compromettere il buon esito della prova.

Nell'esame del minore devono applicarsi le regole previste dall'art. 499 comma 1 c.p.p. (domande su fatti specifici) ma ci sarà una fase introduttiva e preparatoria in cui trattare argomenti neutri per consentire al piccolo teste di avere un rapporto con l'intervistatore e a quest'ultimo di rendersi conto delle sue capacità cognitive, verbali e mnemoniche. In questa fase si deve far capire al minore che deve dire la verità.

Successivamente egli deve essere lasciato libero di raccontare i fatti. Il minore non deve avere la sensazione e la preoccupazione di essere interrogato, da persone che neppure può vedere perché non presenti nella stanza in cui si trova, così avrà meno ansie e potrà concentrarsi meglio nel suo racconto al perito, che è l'unica persona a rivolgersi a lui.

Il passaggio a questa fase non deve essere brusco, ma deve avvenire in un clima incoraggiante e rassicurante senza mutamenti di tono. Poi si potrà passare alla fase di rievocazione dei fatti (che sarà dolorosa), e qui dovranno essere contemperate le esigenze investigative, della difesa dell'indagato e di tutela del minore. Questa fase di approfondimento impone la necessità di evitare

penale nazionale in modo conforme alla decisione quadro ha implicitamente riconosciuto a quest'ultima efficacia immediata nell'ordinamento, ponendo un problema di rapporti tra diritto Comunitario e diritto processuale penale e di individuazione degli strumenti dei quali dispone il giudice nazionale per assicurare tale operatività.

³⁸ Nel corso dei lavori parlamentari del Senato della legge 66/96 era stato proposto di prevedere che all'assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, nell'incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p., si procedesse sempre con l'assistenza di uno psicologo ed era stato messo in evidenza come il metodo d'esame proposto fosse già attuato con successo negli uffici di Milano e Roma.

³⁹ sez. III n. 11130 del 15.2.2008, Giudice

⁴⁰ In merito alla scelta dell'esperto si richiama l'esigenza che sia persona diversa da quella che abbia già prestato assistenza psicologica al minore, vuoi al di fuori del processo, vuoi ai sensi dell'art. 609 decies c.p., considerata la diversità dello scopo dell'intervento.

domande nocive e suggestive secondo quanto previsto dall'art. 499 commi 2 e 3 c.p.p. tenendo presente che la potenzialità suggestiva è molto alta.

Al termine della deposizione se ne potrà fare una breve sintesi per creare un'ultima occasione di controllo, di precisazione, di integrazione e correzione delle dichiarazioni, ma soprattutto dovrà essere espresso apprezzamento nei confronti del minore per gli sforzi che ha fatto nel rievocare eventi dolorosi, e così comunicargli sensazioni positive, che possano compensare, almeno in parte, la drammaticità delle sue rivelazioni.

Nell'ambito delle indicazioni metodologiche da applicare durante l'audizione va sottolineata l'importanza della videoregistrazione, prescritta ai sensi dell'art. 398 comma 5 bis, che in tutte le successive fasi processuali potrà consentire al giudice di valutare compiutamente l'attendibilità della prova.

Spesso i movimenti dell'intervistatore (quali i cenni di assenso con la testa) possono tradursi in pretese di conformità e comunque la possibilità di osservare il bambino nella sua mimica, nei suoi silenzi, nelle sue smorfie, nel suo modo di fare, consentirà poi una valutazione più corretta.

La Cassazione⁴¹, ha precisato che l'inosservanza dell'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva, anche se non è causa di nullità o inutilizzabilità, tuttavia rappresenta un ostacolo al controllo dell'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese.

nel dibattimento di primo e secondo grado

Una volta esperito l'incidente probatorio, il codice (art. 190 bis comma 1 bis c.p.p., modificato dalla l. 269/1998) prevede come del tutto residuale la successiva audizione del minore infrasedicenne⁴² in sede dibattimentale, alla quale si procederà solo con riguardo a "fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni" ovvero quando "il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze." La generica previsione a esigenze specifiche ritenute dal presidente purtroppo però spesso consente un'applicazione eccessivamente estensiva della norma con la ripetizione dell'esame anche in casi in cui ciò non è necessario ed al contrario sicuramente dannoso.

In proposito la Corte di Cassazione⁴³ ha ritenuto che il rigetto della richiesta di nuova audizione dei minori esaminati in incidente probatorio trova solido fondamento nella ratio legis dell'art. 398, co. 5 bis c.p.p. che prevede tali forme per ovvie esigenze sia di tempestività e connessa genuinità della prova, sia di salvaguardia dell'integrità psicologica dei testimoni, onde evitare ai medesimi la rivisitazione, a distanza di tempo, di traumatiche esperienze subite. La Corte ha richiamato gli artt. 403 e 431 c.p.p. che prevedono l'utilizzabilità in giudizio delle prove assunte in incidente probatorio sottolineando che le garanzie del contraddittorio sono assicurate e comportano l'impossibilità per chi vi ha preso parte di esigerne la ripetizione.

Anche in Appello le possibilità di ripetere l'esame già acquisito in incidente probatorio o in dibattimento sono assai limitate e la Cassazione⁴⁴ ha sottolineato che, ai sensi dell'art. 190 bis cod. proc. pen., devono comunque essere indicate specificamente le circostanze su cui dovrebbe vertere l'esame non essendo sufficiente evidenziare genericamente l'utilità di assumere la testimonianza.

⁴¹ sentenza sez. III n. 32580, Valentino

⁴² va sottolineato che il decreto n. 11/2009 non ha modificato questa norma che continua a riguardare soltanto il minore infrasedicenne

⁴³ Cass. sez. III n. 514 del 6.11.2002, Panaccione

⁴⁴ Cass. sez. III n. 19728 del 3.4.2008, Ranzini

da parte del pubblico ministero, della polizia giudiziaria e del difensore

Il legislatore ha lasciato priva di parametri normativi l'audizione del minore nella fase delle indagini preliminari in cui parte pubblica e parte privata sono in grado di agire liberamente⁴⁵.

Il più delle volte le indagini prendono l'avvio da segnalazioni di maestre, bidelli, baby sitter, assistenti sociali. La raccolta delle prime rivelazioni è il momento più delicato ed è importante che il pubblico ministero impedisca che ripetute domande al minore da parte di persone prive di professionalità possa provocare la non-segnalazione di reali abusi sessuali o la sovra-segnalazione di episodi non veri, con conseguenze negative nel primo caso per il minore e nel secondo caso per l'indagato.

Le modalità previste per l'incidente probatorio possono essere utilizzate anche nel caso in cui, come si è detto, le esigenze di indagine possono indurre il pubblico ministero a interrogare il minore (in via diretta o delegata). Anche il pm infatti deve avere ben presente la necessità di tutelare la vittima da ulteriori traumi psicologici e quella di assicurare una corretta raccolta delle sue dichiarazioni mediante assistenza di psicologo e videoregistrazione.

⁴⁵ G. Giostra op. cit., 1023

5. Intervento del giudice nel procedimento probatorio e valutazione della attendibilità

Secondo lo schema del codice introdotto nel 1989 e alla luce dei principi costituzionali la prova si forma al dibattimento nel contraddittorio delle parti.

Già nei primi anni di applicazione del nuovo codice però proprio la fase dibattimentale ha rappresentato il momento di crisi del sistema processuale penale, cosicché interventi normativi e della Corte Costituzionale hanno prodotto radicali innovazioni e profonde trasformazioni, a volte con ricadute sulla coerenza del sistema. Questi interventi, che hanno contribuito a dissolvere la centralità del dibattimento, si sono mossi nel senso di un'istruttoria il più possibile completa da sottoporre già alla decisione del gup, ampliando da un lato il potere di acquisizione probatorio nell'udienza preliminare e nel rito abbreviato, dall'altro introducendo nuovi casi di acquisizione della prova in incidente probatorio.

Nella fase delle indagini preliminari il giudice valuta il materiale probatorio e investigativo del pm e dei difensori nell'ambito del procedimento cautelare e a scopo anticipatorio del dibattimento (incidente probatorio), nell'udienza preliminare al fine di una decisione di merito (sentenza di proscioglimento o in abbreviato).

Nella struttura dialettica del processo la formazione della prova spetta alle parti che nel contraddittorio, contribuiscono a raggiungere la migliore ricostruzione del fatto.

Il giudice sovrintende allo svolgimento del procedimento probatorio nelle fasi della ammissione, formazione e valutazione della prova, e al rispetto delle regole. Oltre a ciò ha poteri acquisitivi di ufficio perché sia assicurata la completezza della prova stessa.

Nell'esame del minore l'apporto degli esperti in psicologia infantile e i moduli operativi della tecnica psicodiagnostica si integreranno quindi con le regole dell'assunzione e valutazione della prova testimoniale.

Quando il procedimento probatorio, come in questo caso, è caratterizzato dallo strumento di prova scientifica, sotto il profilo dell'ammissione della prova, il giudice dovrà da un lato accertare l'idoneità della prova a fornire un'informazione necessaria o utile nel processo, dall'altro accertare la validità del metodo utilizzato, l'autorità scientifica dell'esperto e la coerenza logica delle sue argomentazioni, in particolar modo quando vi sono teorie contrastanti⁴⁶.

⁴⁶ In proposito vanno richiamati i principi della sentenza 28 giugno 1993 della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti, relativa al caso Daubert, che, pur pronunciata in un giudizio civile e in un sistema di common law, può fornire indicazioni generali valide anche all'interno del nostro sistema giuridico. Al giudice è affidato il ruolo di filtro e controllo di validità del metodo che sottende alla singola prova scientifica che le parti intendono dedurre secondo i seguenti criteri: la controllabilità, falsificabilità e verificabilità della teoria o tecnica posta a fondamento della prova; la percentuale di errore conosciuto o conoscibile; la possibilità che la teoria o tecnica abbia formato oggetto di controllo da parte di altri esperti perché divulgata in pubblicazioni scientifiche o con altri mezzi; la presenza di standard costanti di verifica; il consenso generale da parte della comunità scientifica.

Prima della sentenza Daubert, la giurisprudenza si richiamava ad un lontano caso del 1923 (caso Frye) in cui la Corte del Distretto della Columbia in un processo per omicidio aveva dichiarato inammissibile la testimonianza di un consulente della difesa in ordine ai risultati sperimentali dell'uso di una primordiale macchina della verità, stabilendo il principio per cui "i dati su cui si basa la deduzione devono avere raggiunto un tale giudizio di consenso da essere generalmente accettati nello specifico campo scientifico", prendendo cioè in considerazione soltanto il parametro del consenso della comunità scientifica di riferimento.

Il giudice in tanto può utilizzare la prova scientifica in quanto essa non si risolva in congetture o criteri meramente intuitivi e non sia addirittura contrastante con conoscenze e metodi riconosciuti e non controversi⁴⁷.

La validità e affidabilità della prova per esperti è la premessa del ragionamento probatorio che si riflette sulle valutazioni da compiere all'esito dell'acquisizione della prova da utilizzare per la decisione.

Il metodo critico esercitato nel contraddittorio delle parti è il metodo più idoneo ad assicurare da un lato il controllo delle parti nel momento della ammissione, assunzione, utilizzazione della prova, dall'altro il diritto ad una valutazione legale e completa della stessa. Esso va attuato in ognuna delle singole fasi del procedimento probatorio e costituisce applicazione del principio forte della formazione della prova nel contraddittorio delle parti introdotto dal nuovo codice di rito e successivamente inserito nella Costituzione al comma V dell'art. 111.

Deve essere quindi garantito a ciascuna parte il diritto di criticare l'ipotesi formulata sia dal consulente della controparte sia dal perito nominato dal giudice nonché di dedurre leggi scientifiche che diano una spiegazione alternativa.

All'esito del confronto tra le varie tesi possibili, applicando gli schemi della logica, il giudice ricostruirà la migliore delle ipotesi.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova non sta solo a garantire la parità delle parti ma costituisce il miglior metodo per la ricerca della verità processuale tanto più quando vengono utilizzati nel processo principi scientifici controversi.

Il giudice non ha cognizioni tecnico scientifiche, né gli è richiesto di averne, e questo è stato definito il "paradosso" della prova scientifica⁴⁸.

Quello che si chiede al giudice è che sia in grado di valutare la validità dei metodi scientifici utilizzati, di esaminare teorie diverse e contrapposte e scegliere quella fondata su argomentazioni che non abbiano trovato obiezioni insuperabili, di dare conto logicamente della scelta, dopo aver dato il più ampio spazio al contraddittorio⁴⁹.

Stante la peculiarità di queste testimonianze, particolarmente pregnante sarà l'intervento del giudice il quale, operando un controllo rigoroso sull'operato dell'esperto, deve verificare il rispetto delle regole di assunzione della prova e valutare la prova stessa. In particolare il giudice:

- farà riferimento per l'ammissione della perizia ai criteri generali stabiliti dall'art.190, comma 1, c.p.p. che individuano i parametri per il diritto alla prova richiesta dalle parti: legalità, rilevanza e non superfluità; a questo parametro va aggiunto quello previsto dall'art. 220 comma 1 c.p.p. e tutte le volte in cui vi è la necessità di accertamenti che richiedano

⁴⁷ Giovanni Canzio: Prova scientifica, ricerca della verità e decisione giudiziaria nel processo penale. Pubblicato in AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderno n. 8 della *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 2005, pp. 55-79.

⁴⁸ M. TARUFFO, La prova scientifica nel processo civile

⁴⁹ cfr: Sez. I dell'11 novembre 1993, dep. 22 dicembre 1993 secondo cui "sarebbe contraddittorio pretendere dal giudice la autonoma dimostrazione della esattezza delle conclusioni raggiunte dal perito, quando a tali conclusioni egli ritenga di prestare adesione, dovendosi invece ritenere sufficiente che dalla motivazione del provvedimento giurisdizionale risulti come detta adesione non sia stata acritica e passiva, ma sia stata frutto di attento e ragionato studio"; Sez. II, 17 ottobre 2003, n. 834 secondo cui "il giudice deve verificare la validità scientifica dei criteri e dei metodi di indagine utilizzati dal perito, allorché essi si presentino come nuovi e sperimentali e perciò non sottoposti al vaglio di una pluralità di casi ed al confronto critico tra gli esperti del settore, sì da non potersi considerare ancora acquisiti al patrimonio della comunità scientifica."

- competenze specifiche il giudice “deve” disporre la perizia; oltre a ciò il giudice valuterà se vi sia spazio per il suo potere di integrazione di ufficio;
- garantirà il controllo delle parti sulle modalità di assunzione della prova curando la selezione dell’esperto, la correttezza dei quesiti, dettagliati e mai ambigui, e delle risposte agli stessi;
 - consentirà un diffuso contraddittorio scritto infatti l’oralità del contraddittorio per la prova è temperata dall’ammissibilità di relazioni scritte dagli esperti e memorie scritte dalle parti;
 - valuterà la validità e affidabilità della prova scientifica come premessa del suo ragionamento probatorio che si rifletterà sulle valutazioni da compiere per la decisione; la prova scientifica fondata su criteri scientifici non attendibili è inammissibile e, qualora sia stata ammessa dal giudice, non è utilizzabile perchè acquisita in violazione del divieto stabilito dall’art.191, comma 1, c.p.p.
 - dal canto suo l’esperto è tenuto a rendere espliciti i modelli teorici di riferimento così che sia consentita la verifica della correttezza dei presupposti di fatto risultanti dagli atti sui quali ha fondato la sua indagine e la coerenza logica del suo ragionamento;

Il contraddittorio deve essere garantito non solo quando la capacità del minore a testimoniare è verificata nell’incidente probatorio, ma anche nella fase in cui la prova è gestita dal pubblico ministero.

A questo proposito va richiamata la già citata sentenza della Cassazione sez. III n. 37147 del 18.9.2007, Scancarello che ha censurato l’operato del pm che aveva affidato la valutazione psicologica dei testi a un consulente nominato nelle forme dell’art. 359 c.p.p., in tal modo sottraendo la prova alla valutazione della difesa e dello stesso gip; tra l’altro il consulente non aveva neppure videoregistrato i colloqui con i bambini in questo modo sottraendo alla difesa la possibilità di controllare il suo operato.

Questa sentenza affronta il problema del delicato rapporto di reciproca integrazione tra processo e scienza psicodiagnostica. La Cassazione ha espresso un severo giudizio sul metodo impiegato nel corso delle indagini e ha fornito un’indicazione sul percorso di indagine preferibile evidenziando il pregiudizio di attendibilità narrativa che può derivare dal non avere operato il pm con prudenza e rigore nella fase delle indagini provocando l’alterazione del quadro probatorio.

La Cassazione ha elaborato il principio per cui, al di là della correttezza del protocollo e del metodo è necessario che la metodologia utilizzata sia ostensibile alle parti, introducendo così il criterio della fruibilità della prova intesa come verificabilità del metodo stesso utilizzato dall’esperto⁵⁰.

Il criterio di valutazione della deposizione del minore da parte del giudice sia in sede cautelare che di merito deve essere rapportato al grado di sviluppo dello stesso minore⁵¹.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è costante⁵² nell’enunciazione dei canoni di valutazione delle testimonianze di soggetti minorenni.

Anche di recente la Cassazione⁵³ ha affermato:

“la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenne, oltre a non sfuggire alle regole generali in materia di testimonianza, in relazione alla attenta verifica della natura disinteressata e della coerenza intrinseca del narrato, richiede la necessità di accertare, da un lato, la cosiddetta capacità a deporre, ovvero l’attitudine psichica, rapportata all’età, a memorizzare

⁵⁰ Vedi commento alla sentenza di Sandra Recchione in Cass. Pen. N. 9/2008, pag.3359

⁵¹ In proposito va richiamato l’art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989 che, nel garantire al fanciullo il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, prevede che si tenga conto della sua età e del suo grado di maturità (principi che a livello europeo sono ribaditi dalla Convenzione di Strasburgo sui Diritti dei Minori del 25 gennaio 1996).

⁵² Tra le più risalenti Cass. sez. I del 23.6.1967, Mapelli

⁵³ Cass. sez. III n. 39994 del 26.9.07, Maggioni e altri e Cass. sez. III n. 5003 del 7.11.06, Miloti e altro

gli avvenimenti e a riferirne in modo coerente e compiuto, e, dall'altro, il complesso delle situazioni che attingono la sfera interiore del minore, il contesto delle relazioni con l'ambito familiare ed extrafamiliare e i processi di rielaborazione delle vicende vissute”.

E ancora è stata censurata la motivazione della sentenza di merito nella quale “la valutazione sulla credibilità ed attendibilità delle dichiarazioni del minore, vittima di abusi sessuali, era stata compiuta esclusivamente riferendosi alla intrinseca coerenza interna del racconto, senza tenere adeguatamente conto di tutte le circostanze concrete che possono influire su tale valutazione”⁵⁴.

Per approdare alla valutazione della prova dichiarativa il giudice dovrà dare accesso in modo corretto e valutare la prova per esperto.

Per fare questo si richiede al giudice un elevato livello di conoscenze essendogli affidato il compito di interrogare la comunità scientifica e di rielaborarne le risposte (egli non è mero recettore ma co-produttore di conoscenze scientifiche).

Egli dovrà essere in grado di riconoscere tutti i fenomeni che possono interferire con l’attendibilità del teste.

In particolare è modalità di acquisizione delle dichiarazioni del minore e il momento nel quale esse vengono raccolte si ripercuotono infatti sull’attendibilità in senso giuridico della prova e sulla relativa valutazione del giudice.

In tema di valutazione della testimonianza resa dal minore, definita da Glauco Giostra “deperibilissimo e manipolabilissimo contributo conoscitivo”⁵⁵, ho trovato interessante l’analisi “contabile” cui lo psicoterapeuta Giuseppe Dimattia⁵⁶ ha sottoposto il verbale dell’audizione in incidente probatorio di una bambina di sette anni. L’autore ha fatto un’analisi quantitativa delle frasi pronunciate rispettivamente dal minore, dal perito e dal giudice, dando atto che il giudice aveva parlato molto più della bambina e quest’ultima quindi aveva ricevuto molte più informazioni di quante ne avesse fornite, sottolineando che invece la verifica di autenticità della testimonianza è inversamente proporzionale alla quantità di informazioni contenute nelle domande.

Nella valutazione della prova il rischio di fraintendimenti e confusione aumenta in quanto all’origine delle rivelazioni del bambino spesso vi è l’intervento degli adulti i quali, nel raccoglierne le prime confidenze (genitori, maestre, assistenti sociali, polizia giudiziaria...), a seconda della loro specifica competenza, lo interrogano con diversi gradi di diffidenza e cautela.

La Corte di Cassazione⁵⁷ ha affermato che le sue prime dichiarazioni sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non inquinate da interventi esterni che possono alterare la memoria dell’evento. La valutazione del pm e del giudice sulla genesi delle prime narrazioni del bambino è sempre opportuna per escludere la presenza di eventuali falsi ricordi.

Una infondata accusa può scaturire dalla possibilità di fraintendimento di quanto è affermato dal bambino e il sospetto di un abuso nei suoi confronti può nascere dall’erronea interpretazione di un suo comportamento.

La scarsa conoscenza da parte dell’adulto delle naturali curiosità sessuali del minore a volte è alla base di falsi sospetti. La Cassazione sempre nella sentenza resa nel caso della scuola materna di Rignano Flaminio, ha sottolineato che non sempre “la circostanza che i minori manifestino conoscenze e atteggiamenti erotici non consoni alla loro età anagrafica” deve fare ritenere che essi abbiano avuto esperienze di abuso sessuale perché in alcuni casi questi comportamenti “rientrano

⁵⁴ Cass. sez. III n. 4069 del 17.10.2007, Scarpulla

⁵⁵ G. Giostra, “La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità” in *Rivista italiana diritto procedura penale*, 2005, 1019.

⁵⁶ *Minorigiustizia*, n. 2/2006, pag. 33

⁵⁷ Cassazione sez. III n. 9811 del 17.1.2007

nel novero della comune curiosità o esplorazione dei piccoli nei confronti del loro corpo (e sono manifestazione di una normale sessualità)”, in altri casi conoscenze incompatibili con l’età infantile possono essere derivate da filmati o da scene viste in televisione.

Premesso che non è scientificamente possibile stabilire con una diagnosi l’esistenza dell’abuso sessuale, occorre chiarire che i mutamenti fisici, psichici o comportamentali considerati in alcuni casi come “indicatori di abuso” non hanno carattere specifico in quanto anche altre situazioni di sofferenza e difficoltà producono sul bambino gli stessi sintomi di disagio mentre d’altra parte l’assenza di tali sintomi non esclude di per sé l’abuso sessuale. Anche sotto questo profilo la sentenza Scancarello ha messo in guardia al pericolo di un ragionamento circolare secondo il quale i sintomi sono prova dell’abuso e l’abuso è spiegazione dei sintomi stessi.

Bisogna poi tenere conto che le domande dell’adulto possono provocare un meccanismo di compiacenza (compliance) per cui il bambino tenderà a dire ciò che ritiene voglia sentire colui che lo interroga. Meccanismo che non ha niente a che vedere con il proposito di mentire, di danneggiare, di ingannare, ma vi è il pericolo che la narrazione indotta si radichi nella mente del bambino e diventi stabile via via che essa sia ripetuta. Domande fuorvianti modificano il ricordo originale. Questo fenomeno risente del contesto che si crea intorno al bambino e dell’autorevolezza che egli conferisce a chi lo interroga. In questi casi la valutazione dell’attendibilità e la possibilità di individuare false accuse passano attraverso l’analisi delle personalità degli adulti che lo circondano e che ne sostengono le rivelazioni.

In proposito, come già si è detto, è molto importante che l’indagine dell’esperto che studia l’attendibilità psicologica del minore, sia estesa all’ambito familiare o comunque circostante.

È oggetto di studio anche il fenomeno del cosiddetto contagio di gruppo.

La Cassazione⁵⁸ ha censurato la Corte di Appello che aveva assolto due imputate ritenendo che il fatto doveva essere ascritto ad una progressiva diffusione di sospetti da genitore a genitore, di voci e dicerie sulle stesse imputate, che nel volgere di un anno avevano determinato, in un gruppo di genitori, paure ed angosce che li avevano spinti ad interrogare ciascuno i propri figli, confrontandosi l’un con l’altro sui risultati ottenuti. La Corte di Appello aveva svalutato le testimonianze dei genitori e le dichiarazioni dei piccoli perché: "i bambini di questa età sono facilmente influenzabili, tendono ad adeguarsi alle aspettative degli interroganti; si lasciano trasportare dalla fantasia, scambiando la fantasia con la realtà, e sostituendo nei loro ricordi personaggi fantastici con soggetti reali".

Vanno messe ora in evidenza le conseguenze negative che il ripetuto esame del minore può comportare sia sotto il profilo della sua tutela sia sotto quello dell’efficacia della prova. La reiterata sottoposizione a domande e interrogativi espone a seri rischi la salute mentale del minore, aggravando lo stress che il processo penale comunque produce. D’altro canto la prova viene esposta a usura, perché nel testimone minore una prolungata investigazione può essere vissuta come mancanza di fiducia e provocare una reazione legata alla necessità di “liberarsi” dalle domande rispondendo secondo le aspettative dell’intervistatore.

La qualità e l’accuratezza delle dichiarazioni tende a diminuire parallelamente alla quantità ed alla eterogeneità delle occasioni in cui esse sono raccolte⁵⁹.

Su questo punto c’è chi ritiene che le rivelazioni da parte del minore avvengono in modo progressivo durante le successive deposizioni cosicché l’eventuale aggiunta di particolari dovrà

⁵⁸ sentenza sez. III n. 35224 del 21.9.2007, Guerini

⁵⁹ Ceci e Bruck, 1995

essere considerato indice di attendibilità, al contrario di quanto avviene per le dichiarazioni rese dai testimoni adulti⁶⁰.

Di per sé poi il passare del tempo può determinare la cosiddetta memoria post-traumatica dovuta a meccanismi di difesa per i quali si diventa incapaci di ricordare⁶¹.

Nella valutazione occorre pure considerare che i bambini sono particolarmente suggestionabili per il loro minore bagaglio di conoscenze, le insufficienti abilità linguistiche e la difficoltà nel distinguere la fonte delle informazioni.

Nell'incidente probatorio, tenuto conto che le domande vengono poste per tramite dell'esperto che assiste il bambino, il rischio di domande suggestive è evitato grazie alla capacità professionale dell'esperto.

La Cassazione ha ribadito che il divieto di domande suggestive si applica anche nel caso di audizione del minore parte lesa di delitti contro la libertà sessuale, aggiungendo che "in questi casi il potere discrezionale del presidente di intervenire nell'esame del teste al fine di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame, la correttezza delle contestazioni deve essere particolarmente pregnante, considerate la naturale fragilità emotiva e le scarse capacità critiche connesse all'età del teste"⁶².

Va sottolineato che il divieto di porre domande suggestive non opera con riguardo al giudice che ha divieto di formulare soltanto le domande nocive ossia quelle che tendono a condizionare la libera determinazione del teste⁶³; va segnalata però la recente sentenza della Cassazione che in tema di regole per l'esame del testimone minorenni ha stabilito che il divieto di formulare domande "suggestive", imposto dall'art. 499 comma 3 c.p.p. non può considerarsi violato nel caso in cui le domande siano poste dal giudice al fine di vincerne la reticenza ovvero la ritrosia nel deporre. Comunque il divieto di porre domande suggestive non si applica al pubblico ministero che non escute testimoni ma sente persone informate sui fatti⁶⁴.

Su questo punto va pure detto che la violazione del divieto di domande suggestive "da un canto non determina l'inutilizzabilità della testimonianza, in quanto tale sanzione riguarda le prove vietate dal codice di rito e non la regolarità dell'assunzione di quelle consentite, dall'altro, non è sanzionata da nullità in virtù del principio di tassatività"⁶⁵, sicché i suoi effetti si ripercuoteranno esclusivamente sulla valutazione dell'attendibilità del teste.

Si può concludere che l'acquisizione della testimonianza del bambino richiede specifiche competenze e percorsi d'indagine che consentano di evitare pratiche multiformi e pregiudizievoli.

L'esigenza di specializzazione della polizia giudiziaria è stata in parte attuata dalla legge n. 269/98 che ha istituito, all'interno della Squadra Mobile e di ogni Questura, una sezione che si occupa dei reati in danno di minori e violenze sessuali.

Anche nell'ufficio del pubblico ministero (nelle sedi più grandi) sono costituiti gruppi di magistrati specializzati.

⁶⁰ Sandra Recchione nel commento a Cass. sez. III n.37147 del 18.9.2007 in Cass. Pen. N. 1/2009 pag. 249 richiama in proposito le tesi di V. Villa e Occhiogrosso

⁶¹ Blocchi dissociativi, incapacità di ricordare particolari di un evento, in grado di rendere possibile una progressiva liberazione di materiale mnestico con l'attenuarsi dei sintomi post-traumatici clinicamente rilevabili (Vedi Linee Guida SINPIA Raccomandazione 6.7.9). Altri meccanismi possono essere quelli tesi all'accettazione intrapsichica del fatto. Tra le prime, è stata descritta da Summit (1983) la CSAAS (*Child Sexual Abuse Accomodation Syndrome*): segreto, sentimento di mancanza di aiuto, intrappolamento ed adattamento, rivelazione ritardata e conflittuale, ritrattazione.

⁶² per tutte sez.III n. 1048 del 15.11.2002, Marasco

⁶³ Cassazione sez. III n. 27068 del 20.5.2008, Bonfondi

⁶⁴ Cassazione sez. III n. 43837 del 29.10.2008, Garbellini

⁶⁵ Cassazione sez. III n. 35910 del 25.6.2008, Ouertatani

Questa stessa esigenza non è attuata invece per quanto riguarda il gip in quanto (per lo meno nell'ufficio in cui mi trovo) i criteri predeterminati di assegnazione dei procedimenti, a fronte di un ufficio del pubblico ministero organizzato in gruppi, non consentono la specializzazione.

Roma, 6 maggio 2009.