

La testimonianza della vittima vulnerabile.

<i>La testimonianza della vittima di presunti abusi sessuali:</i>	<i>1</i>
<i>La testimonianza della vittima-soggetto debole. La finalità anfibia dell'impianto normativo:</i>	<i>3</i>
<i>La necessaria priorità delle finalità processuali su quelle di tutela del minore-vittima:.....</i>	<i>7</i>
<i>L'assunzione della prova dichiarativa:.....</i>	<i>10</i>
<i>I criteri di valutazione della prova dichiarativa:.....</i>	<i>12</i>
<i>La sequenza logica e cronologica dell'assunzione della testimonianza e dell'accertamento della capacità a testimoniare:.....</i>	<i>19</i>
<i>La testimonianza (?) non verbalizzata:</i>	<i>25</i>

La testimonianza della vittima di presunti abusi sessuali:

Nei procedimenti penali per fatti di abuso sessuale, sovente la piattaforma probatoria si esaurisce nel contributo cognitivo fornito dalla presunta vittima, il che non impedisce, anche sulla base di tale sola fonte di accusa, di addivenire ad un giudizio di sussistenza del fatto e di colpevolezza del suo autore.

L'impianto processuale penale non conosce, invero, le prove legali e affida (secondo quanto disciplinato dall'art. 192 comma primo c.p.p.) al libero convincimento del giudice la valutazione della "prova", intendendo per tale una circostanza, idonea, anche da sola, a dimostrare un fatto o una parte di esso.

Tale principio trova due eccezioni ai successi commi secondo e terzo del medesimo articolo 192 c.p.p., concernenti la valutazione degli indizi (ossia quelle circostanze certe, che consentono di risalire ad un fatto incerto attraverso massime di comune esperienza, idonee a far desumere l'esistenza di un fatto, solo se gravi, precise e concordanti) e della chiamata in correità, che, pur costituendo prova diretta, necessita per un giudizio positivo di fondatezza dell'ipotesi accusatoria di elementi di riscontro esterni.

La testimonianza, sottoposta alla regola generale del libero convincimento del giudice, può, invece, da sola, senza necessitare di ulteriori elementi a riscontro, fondare un giudizio di colpevolezza.

Tra le testimonianze rientrano anche le dichiarazioni della presunta persona offesa dal reato, benché l'equiparazione tra quest'ultima ed il testimone estraneo al fatto imponga di considerare l'eventualità che la prima possa essere portatrice di un interesse diretto e personale all'accertamento del fatto ed all'individuazione dei responsabili dello stesso ed ancora che sussistano elementi di contrasto con le circostanze riferite dalla persona offesa.

In tali ultime ipotesi (ferma restando l' idoneità della deposizione della parte lesa dal reato a provare anche da sola, ai sensi dell' art. 192 comma 1 c.p.p., la sussistenza di un fatto) il dichiarato della persona offesa impone un vaglio estremamente rigoroso, dettagliato ed attento, anche mediante la verifica di eventuali riscontri esterni, funzionale, però, soltanto al vaglio della credibilità oggettiva e soggettiva del dichiarante.

Sul punto, assolutamente pacifico è ormai l' indirizzo della giurisprudenza, secondo cui in tema di testimonianza della persona offesa, lo scrutinio del giudice di merito deve essere più accurato e approfondito, verificando, se possibile, la sussistenza di eventuali riscontri esterni, sia pure ai soli fini della credibilità soggettiva e oggettiva (cfr. tra le più recenti, *Cassazione penale sez. III 15 giugno 2011, n. 30032, secondo cui la dichiarazione della parte lesa, allorché risulti contrastata da più elementi probatori, deve essere valutata con estremo rigore e il contenuto della stessa, a fronte degli elementi di contrasto, per essere positivamente apprezzato e utilizzato a fini probatori, deve essere sottoposto a verifica dettagliata e non accettato con generica giustificazione argomentativa, specie per l' evidente interesse accusatorio che inevitabilmente è connaturato alla testimonianza resa da persona portatrice di interessi confliggenti con quelli dell' imputato - nella specie, la Corte ha annullato la sentenza impugnata, con cui erano stati condannati due coniugi per il reato di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione della baby sitter dei loro figli, in quanto i giudici del merito avevano ritenuto attendibili le dichiarazioni della parte dal fatto che la stessa si era presentata in dibattimento per confermare le accuse, affrontando un viaggio dall' Albania, mentre di solito in analoghi processi mai le parti offese cittadine straniere erano comparse in dibattimento. A dire della Corte, si tratta evidentemente di motivazione apparente e manifestamente illogica perché l' attendibilità delle dichiarazioni andava valutata dal loro contenuto in relazione agli altri elementi probatori acquisiti e non in base ad un comportamento della persona offesa che di per sé poteva avere significato equivoco. Cfr. anche Cassazione penale sez. VI 23 marzo 2011 n. 22281, secondo cui, qualora la persona offesa si sia costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di pretese economiche, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi. Ed ancora cfr. Cass. sez. III del 27 marzo 2003 n. 22848; Cass. sez. III del 18 ottobre 2001 n. 43303; Cass. sez. I del 14 giugno 2000 n. 216180; Cass. sez. V del 27 aprile 1999 n. 6910; Cass. sez. I dell' 8 dicembre 1999 n. 6502).*

Analogamente a quanto affermato in tema di valutazione delle chiamate in correità,

l'elaborazione giurisprudenziale ha riconosciuto ormai piena legittimità alla valutazione cd. frazionata del *dictum* accusatorio della persona offesa, sempre che l'eventuale giudizio di inattendibilità, riferito ad alcune circostanze, non infici la credibilità delle altre parti del racconto e sempre che non esista un'interferenza fattuale e logica tra i segmenti del narrato per i quali non si ritiene raggiunta la prova della veridicità e le altre parti che siano intrinsecamente attendibili ed adeguatamente riscontrate e sempre che l'inattendibilità di alcune delle parti della dichiarazione non sia talmente macroscopica, per conclamato contrasto con altre sicure emergenze probatorie, da compromettere per intero la stessa credibilità del dichiarante (cfr. Cass. penale sez. VI 20 dicembre 2010, n. 3015, che precisa, altresì, come sia comunque *onere del giudice dare conto con adeguata motivazione delle ragioni che lo hanno indotto alla valutazione frazionata*. Cfr. anche Cass. penale sez. III, 11 maggio 2010 n. 21640, che, in applicazione dello stesso principio ha ritenuto *illegittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della persona offesa, riferibili ad un unico episodio avvenuto in un unico contesto temporale, in quanto il giudizio di inattendibilità su alcune circostanze inficia, in tale ipotesi, la credibilità delle altre parti del racconto, essendo sempre e necessariamente ravvisabile un'interferenza fattuale e logica tra le parti del narrato*).

2. La testimonianza della vittima-soggetto debole. La finalità anfibia dell'impianto normativo¹:

Più delicato e complesso è il caso in cui la presunta persona offesa, oltre ad essere l'unica fonte di accusa, sia un soggetto particolarmente debole per la giovanissima età o comunque per la ancora fragile struttura di personalità.

In questa ipotesi, specie se si tratta di fatti relativi a presunti abusi sessuali, la peculiarità del caso concreto impone al giudice ed alle parti una molteplicità di attenzioni sia nell'approccio istruttorio sia nella valutazione della prova.

Da un lato, invero, non può essere trascurata la fragile personalità del dichiarante, chiamato a rievocare accadimenti, che, a prescindere dalla loro effettiva esistenza, per il sol fatto di essere stati verbalizzati sia pure in ambito familiare o scolastico, denotano uno stato di disagio e di sofferenza del minore, che rischiano di acuirsi al momento della riproposizione del racconto in

¹ La felice espressione finalità "anfibia" è del prof. Glauco Giostra nello scritto *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*. Riv. it. dir. e proc. pen. 2005, 03, 1019.

sede giudiziaria, specie se non si adottano modalità di escussione, che pongano, per quanto è possibile, il teste al riparo da nuove sollecitazioni traumatiche.

Dall'altro, proprio la peculiarità del caso concreto rende necessario (lì dove la giovanissima età del dichiarante o il suo apparente stato psichico lo richiedano), prima ancora di procedere alla valutazione del contenuto del propalato, di accertare mediante perizia la capacità a testimoniare del dichiarante, cioè la sua attitudine psicofisica a rievocare gli eventi nel loro nucleo essenziale, a collocarli nel tempo e nello spazio, senza incorrere in processi di auto o etero-suggestione oppure di esaltazione o fantasia, frutto di immaturità ovvero di patologie mentali (Cassazione penale sez. III, 24 giugno 2010 n. 28731).

La necessità di tale indagine psicologica, da espletarsi nelle forme della perizia, è in linea di massima inversamente proporzionale all'età del minore ed alla sua manifesta carenza di equilibrio psicofisico, sicché può anche prescindere, lì dove il soggetto si presenti dotato di un adeguato livello di maturazione, tale da escludere la presenza di elementi patologici, quale potrebbe essere una particolare predisposizione all'elaborazione fantasiosa o alla suggestione (cfr. al riguardo Cassazione penale sez. III, 25 febbraio 2010 n. 12560).

Ancor più complessa la valutazione di una eventuale testimonianza indiretta, ove cioè le dichiarazioni accusatorie siano frutto di confidenze del minore, presunta vittima del reato, a terzi e non sia possibile escutere direttamente la fonte primaria.

In questo caso, le provalazioni del testimone indiretto sono utilizzabili (oltre che nell'ipotesi in cui le parti abbiano espressamente rinunciato all'escussione del minore) anche se l'equilibrio psichico di quest'ultimo sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità (cfr. Cass. Pen. Sez. III, 27 novembre 2007 n. 1821: *fattispecie relativa a minore, già affetto da lieve ritardo mentale poi tradottosi, per effetto degli abusi subiti, in un ulteriore grave scompensamento psicologico*).

Nessun dubbio, poi, sull'utilizzabilità della testimonianza *de relato*, ove il minore "fonte primaria", si chiuda al momento dell'escussione nel silenzio.

Invero, la testimonianza indiretta è inutilizzabile solo quando sulla richiesta di parte il giudice non chiami a deporre il teste diretto e non quando questi si rifiuti di rispondere.

Ciò non toglie che, in questa ipotesi, la testimonianza, pur nella sua piena utilizzabilità e pur assumendo il valore di prova diretta e non di indizio, dal quale desumere un fatto diverso, impone la ricostruzione della genesi della presunta notizia di reato, la rigorosa verifica della credibilità della fonte di accusa primaria e di quella secondaria, la loro dinamica relazionale, verificando in particolare se la prima non abbia inteso col suo racconto compiacere

l'interlocutore ed adeguarsi a quelle che ritiene essere le sue aspettative (cfr. Cassazione penale sez. III, 13 maggio 2010 n. 24248).

Nel chiaro intento di conciliare il rigore valutativo, sin qui tratteggiato, con istanze di protezione della vittima minorenni da metodiche istruttorie che possano risultare aggressive e traumatiche, il Legislatore è intervenuto negli ultimi anni (recependo, tra l'altro, gli input provenienti dalle prassi che via via andavano diffondendosi nelle varie realtà giudiziarie) con previsioni volte a perfezionare la genuinità della prova in oggetto e ad evitare quelle modalità di escussione, che possano adulterare il ricordo o la sua fedele esposizione.

Si pensi, innanzi tutto, alla previsione dell'*art. 392 comma 1-bis (come da ultimo modificato dall'art. 9 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38), che nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601 e 602 del codice penale, estende per l'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne il ricorso all'incidente probatorio, su richiesta del pubblico ministero, della persona offesa o dell'indagato, anche al di fuori delle ipotesi ordinarie previste dal comma 1 del medesimo art. 392.*

Nei casi in oggetto, l'escussione della vittima mediante incidente probatorio viene adesso ad essere concepita come una tappa ordinaria del procedimento (perdendo quel carattere di eccezionalità proprio delle previsioni dell'art. 392 c.p.p.) e ciò al fine di conseguire il duplice obiettivo di garantire la genuinità della prova e la serenità del teste, ponendolo, quanto prima, al riparo dai condizionamenti e dall'eventuale affievolimento del ricordo, nonché lontano per il prosieguo dalla vicenda giudiziaria, nella quale non dovrebbe più essere chiamato a testimoniare.

Ad oggi, però, la previsione normativa in oggetto si è rivelata felice solo negli intenti, non avendo trovato piena affermazione nella sua concreta applicazione, segnata spesso da una rinnovazione della testimonianza nelle fasi successive alla sua prima assunzione.

La causa di ciò va, forse, ricercata nell'aver, il Legislatore, sottovalutato le implicazioni negative determinate dallo sdoppiamento del giudice innanzi al quale si forma la prova (di regola il Gip) da quello chiamato in futuro a valutarla (Gup o giudice del dibattimento), privato, quest'ultimo, di quella infungibile posizione privilegiata, di cui gode solo colui che partecipa alla formazione della prova.

Deficit, questo, che solo in minima parte può essere colmato dalla videoregistrazione della

testimonianza (cfr. più avanti quanto si dirà sull'art. 398 comma V bis c.p.p.), sia perché il filmato non produrrà mai quella completezza di cognizioni, proprie della percezione diretta del narrato, sia per la posizione, comunque passiva, di colui che sarà chiamato a valutare la prova, senza essere intervenuto (personalmente) nel corso dell'escussione del teste, ove avrebbe potuto scandagliare, tra l'altro, quei temi, che gli fossero apparsi ancora oscuri.

Tali considerazioni spiegano, a modesto avviso di chi scrive, la ragione per cui continuano a registrarsi con significativa frequenza casi nei quali il giudice, chiamato a valutare la prova assunta da altri in incidente probatorio, si trova in una situazione di difficoltà tale da ravvisare quelle specifiche esigenze, che gli consentono, ai sensi dell'art. 190 bis c.p.p., di disporre una nuova escussione del teste, vanificando così quel duplice obiettivo di tutela *della verità e del minore*, che si era voluto conseguire con l'incidente probatorio².

Prescindendo, per il momento, dall'efficacia della previsione normativa appena esaminata, ciò che qui preme evidenziare riguarda la duplice finalità (interesse alla verità, tutela del minore), che il Legislatore si sforza di conciliare e di conseguire nel nuovo assetto processuale concepito per questa tipologia di reati.

Intento evidente, anche, nella previsione, sopra accennata, dell'art. 398 comma V bis c.p.p., che disciplina le modalità di assunzione della prova testimoniale del minore in incidente probatorio (estese, grazie al richiamo operato dall'art. 498 comma IV bis c.p.p., anche al dibattimento):

² Per gli effetti positivi della videoregistrazione nella prospettiva di una fruibilità nel tempo, cfr. le osservazioni nell'interessante nota della collega Sandra Recchione alla **sentenza** Cassazione penale sez. III, 18/09/2007, n. 37147:

L'indicazione che si ricava dalla sentenza, ovvero la sollecitazione a utilizzare modalità di investigazione che consentano alla difesa un controllo ex post del percorso compiuto, sembra aprire nuovi scenari nella dialettica tra le parti, consentendo l'arretramento del confronto alla fase delle investigazioni unilaterali, attraverso l'utilizzo di tecniche di documentazione (principalmente la videoregistrazione) che siano capaci di rendere pienamente "fruibili" gli atti di indagini e consentano di sottoporli, attualizzandoli, ad una successiva, puntuale verifica, da attuarsi solo nel momento (controlli sulla cautela, discovery degli atti al termine delle indagini) in cui l'esigenza di segretezza è cessata e gli atti diventano ostensibili.

Tale arretramento del confronto è probabilmente una nuova frontiera del giusto processo.

Solo attraverso l'introduzione della possibilità per la difesa di controllare e criticare anche gli accadimenti della fase germinale del procedimento si rende, infatti, veramente pieno il contraddittorio. Ma il contenuto innovativo della "fruibilità" degli atti di indagine potrebbe andare oltre quanto descritto, in quanto essa, se da un lato consente di arretrare il confronto tra le parti alla fase delle indagini, dall'altro avrebbe l'effetto secondario (ma non meno rilevante) di svuotare di importanza la celebrazione del dibattimento e del contraddittorio formale tra le parti. La trasparenza e la visibilità del percorso investigativo - anche nel delicato settore della raccolta delle informazioni testimoniali - potrebbero, infatti, rendere inutile la rinnovazione delle audizioni, se non in relazione a poche circostanze, di interesse del giudice e della difesa, che potrebbero essere oggetto di sintetiche forme di integrazione probatoria.

...il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal Tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica.

Ed ancora, la previsione dell'art. 498 comma IV c.p.p., ove è disciplinata la conduzione dell'esame testimoniale del minorenne, affidata al Presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti, con la facoltà di avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile.

Ed, infine, ad ulteriore conferma dell'ansia del Legislatore di tutela del minore persona offesa, si pensi alle previsioni, contenute anche nel codice penale, all'art. 609 decies, in forza delle quali, quando *si procede per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 600-octies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quinquies e 609-octies commessi in danno di minorenni, ovvero per il delitto previsto dall'articolo 609-quater, il procuratore della Repubblica ne dà notizia al Tribunale per i Minorenni e nei medesimi casi l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenne è assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenne e ammesse dall'autorità giudiziaria che procede.*

La necessaria priorità delle finalità processuali su quelle di tutela del minore-vittima:

Sin qui, i due interessi (quello del minore e quello alla verità) convergono ed anzi sembrano trovare nelle appena accennate soluzioni normative piena reciproca tutela, quasi fosse sufficiente garantire piena serenità al teste per assicurare la corretta formazione della relativa prova dichiarativa.

Il problema si pone, invece, in termini ancora tutt'altro che risolti, quando i due obiettivi risultano divaricati o, peggio, quando il perseguimento dell'uno pregiudica inevitabilmente il conseguimento dell'altro. Si pensi a quei casi in cui la rievocazione dell'accaduto dovesse costituire per il minore motivo di stress, se non di ulteriore grave pregiudizio rispetto ad un

progetto di sostegno psicologico già avviato in suo favore o ancora si pensi al possibile trauma per il giovane teste nel subire contestazioni sulle difformità del proprio racconto in giudizio rispetto a quello fornito durante le indagini.

Quid Juris? Meglio evitare il trauma al minore o alla verità?

La risposta in ambito processuale è obbligatoria e non può essere diversa da quella che impone sempre, qualora le due esigenze siano tra loro in rotta di collisione, di privilegiare la ricerca della verità.

Non foss'altro, considera, tra l'altro, Glauco Giostra, (cfr. sub nota 1) *per la circostanza che, a fronte dell'interesse ad evitare situazioni psicologicamente pregiudizievoli per il testimone minorenne, vi è l'interesse dell'imputato, talvolta minorenne anch'esso, a non subire un'ingiusta condanna; cioè, in genere, un'ingiusta limitazione della propria libertà personale.*

Il sistema ottimale sarebbe quello nel quale venisse assicurato l'accertamento della verità nel pieno rispetto del minore, ma trattasi di un qualcosa ontologicamente irrealizzabile, in quanto, se da un lato l'impianto processuale non può rinunciare alla sua finalità precipua di verificare la fondatezza dell'assunto accusatorio, dall'altro il momento della deposizione costituirà sempre per il soggetto chiamato a testimoniare un momento di ansia, che si acuisce ove il dichiarante sia anche la presunta vittima del reato e, ancor più, se trattasi di un bambino.

In tale situazione, obbligo del giudice, come del P.M. e del difensore, è di resistere alla tentazione di farsi trasportare da comprensibili, ma non per questo giustificabili, spinte emozionali (prodotte talvolta dalla peculiarità del caso concreto) volte a privilegiare la protezione della personalità del minore-vittima, a scapito di una prova *precaria* o, peggio, assunta in spregio alla piena affermazione del contraddittorio, ove, per esempio, il contributo cognitivo offerto dal teste venisse sottratto alle necessarie verifiche da parte dell'accusato.

Inutile nascondersi dietro un dito ed ignorare il dato fornito dall'esperienza quotidiana, nella quale si registrano vicende processuali per presunte violenze sessuali, dove anche i più accorti operatori rischiano lo smarrimento e l'inconsapevole abdicazione al compito specifico, cui sono chiamati, di non abbandonare la strada maestra del procedimento penale, che conduce verso una – ed una sola – meta, costituita dall'accertamento della sussistenza di un presunto fatto.

E' sufficiente scorrere la casistica giurisprudenziale di merito per scorgere prassi procedurali viziate da una certa confusione nel *modus operandi*, frutto evidente di commistione, se non di inversione gerarchica, dei due interessi in gioco e di un utilizzo improprio delle risorse processuali.

Il nocciolo della problematica credo vada individuato nell'attuale incapacità delle scienze giuridiche di aprirsi ad un confronto con le nuove frontiere della psichiatria e della psicologia infantile, riuscendo ad assorbire ed elaborare al proprio interno le più evolute conoscenze scientifiche, armonizzandole con l'impianto normativo processuale.

Tale condizione di difficoltà, assai diffusa, genera spesso due reazioni, tra loro diametralmente opposte, ma parimenti pregiudizievoli, prima ancora che dell'interesse del minore, della Verità processuale.

Da un lato, invero, vi è il rifiuto preconcepito verso le scienze psicologiche, con la tendenza a svalutarne ciascuna forma di potenziale ausilio per affidare, invece, alla sola competenza giuridica del giudice il compito di gestire sia la fase di assunzione della prova sia quella valutativa; dall'altro, vi è il ricorso (al momento di grande attualità) ipertrofico alla competenza scientifica, investita di mandati, sempre più sconfinanti in valutazioni di esclusiva competenza del giudice.

In quest'ultimo ambito, si assiste, in particolare, all'utilizzo disordinato da parte di Giudici o P.M. ai cd. specialisti della materia (neuropsichiatri infantili, psicologi), cui vengono contestualmente conferiti incarichi multicomprendivi dell'escussione del minore, dell'indagine psicologica sulla capacità a testimoniare dello stesso e, se necessario, della ricerca di eventuali indicatori di abuso nella personalità del minore medesimo.

In altri termini, vi è la tendenza ad una eccessiva semplificazione dell'attività istruttoria, tale per cui la prova da assumere, ibrido di testimonianza e perizia scientifica, viene di fatto delegata ad uno specialista dalla doppia identità (ausiliario e consulente/perito), chiamato a conciliare ciò che conciliabile non sarebbe, con la conseguenza che, nella gran parte dei casi, a farne le spese è il profilo rievocativo degli eventi, che, se non in radice inutilizzabile, perde comunque di forza probante, proprio in ragione dei vizi riconducibili alla sua assunzione, che ne fanno una prova di scarsa attendibilità.

Il che non necessita di alcuna ulteriore considerazione sul pregiudizio arrecato all'accertamento del fatto, ove solo si rammenti che in casi del genere il cardine dell'impianto accusatorio è, quasi sempre, rappresentato essenzialmente, se non esclusivamente, dal proprolato della vittima. Per fornire una idea concreta della prassi appena accennata, riporto un modello di quesito, sino a qualche tempo fa utilizzato in certe realtà giudiziarie, all'atto del conferimento incarico ad uno specialista:

“Indichi il consulente previo esame dei minori ...letti gli atti ed esaminata la documentazione sanitaria allegata ed esaminata altresì la denunciante(era la madre dei minori) se i detti

minori mostrino segni di disagio psichico connesso ad abusi sessuali e se gli stessi possano essere stati o meno vittime di tali abusi e chi ne sia stato l'autore".

Anche senza considerare l'ultima parte del quesito (che si commenta da sola), appare evidente come nel caso specifico il consulente, più che di una indagine tecnico specialistica, sia stato investito di una vera e propria delega di indagine, quasi fosse un ufficiale di p.g..

Ancora oggi, se non esempi del tipo appena riportato, continua a registrarsi una diffusa tendenza a concentrare attività istruttorie, che necessiterebbero, invece, per l'oggetto e per la tipologia di essere tenute nettamente distinte tra loro, ordinandone le modalità di assunzione e circoscrivendo per ciascuna l'esatto ambito dell'apporto specialistico richiesto.

Essenziale a tal fine è chiarire e differenziare nettamente, oltre che sul piano concettuale, anche sotto il profilo materiale tre distinti momenti istruttori processuali:

1. L'assunzione della prova dichiarativa.
2. La verifica della capacità a testimoniare.
3. L'accertamento di eventuali indicatori di abuso nella personalità del minore.

L'assunzione della prova dichiarativa:

Nell'assunzione della testimonianza, benché, come ormai anche a livello normativo previsto (*cfr. supra*), sia possibile (ma non obbligatorio, *cfr. Cass. penale sez. III, 4 novembre 2010*) ricorrere all'assistenza di un esperto nelle tecniche di ascolto del minore, il giudice è – e rimane – il *dominus* assoluto dell'atto, chiamato, in quanto tale, a garantire la piena affermazione del contraddittorio e ad evitare che il minore subisca suggestioni o condizionamenti, tali da inficiare la genuinità della prova.

L'escussione della giovane presunta vittima, anche se materialmente condotta da soggetto diverso dal giudice, dovrà, dunque, in via assolutamente prioritaria, avvenire nel pieno rispetto dei principi fondamentali della testimonianza, il che impone, per esempio, che, lì dove il giudice rilevasse un vizio nell'andamento dell'esame (domande suggestive, omissioni da parte dell'esperto rispetto ad alcuni temi fondamentali nella rievocazione del fatto), avrebbe l'obbligo di intervenire assumendo eventualmente anche in prima persona, se il caso lo consente, la conduzione dell'esame ovvero, più opportunamente, sospendendolo ed impartendo all'ausiliario le indicazioni necessarie (recependo evidentemente anche eventuali suggerimenti provenienti dalle parti) per una esaustiva e corretta formazione della prova.

La garanzia della genuinità della prova e della sua acquisizione nel pieno contraddittorio tra le parti non può trovare eccezione neanche nell'ipotesi estrema (ma tutt'altro che remota) in cui il teste dovesse chiudersi nell'assoluto mutismo.

In questi casi, viene sovente rappresentata al giudice l'opportunità che l'esame del minore prosegua alla sola presenza dello specialista e quindi sotto la sua esclusiva direzione, in modo da favorirne l'empatia con il minore, ponendo, al contempo, quest'ultimo in una posizione di maggiore serenità e fiducia rispetto al suo intervistatore.

La soluzione, ottimale forse in un ambito diagnostico-terapeutico, è sicuramente non praticabile in ambito giudiziario, ove le prioritarie esigenze processuali impongono al giudice, senza deleghe in bianco a terzi, il compito di raccogliere la prova e di essere garante della sua assunzione in conformità alle esigenze di genuinità e di rispetto del diritto di difesa³.

La costante presenza del giudice al momento dell'assunzione della prova, gli consentirà di intervenire, bloccandole, su quelle domande rivolte dallo specialista al minore, sicuramente valide ed efficaci in un'ottica squisitamente psicodiagnostica, ma che potrebbero minare la genuinità delle risposte, determinando per esempio nel teste-bambino un atteggiamento di compiacenza verso il proprio interlocutore, tale da fornire risposte, non secondo verità, ma in funzione di ciò che il piccolo ritiene essere di gradimento al suo interlocutore.

Fondamentale, in ipotesi del genere, è dunque intervenire prontamente, sospendendo o rinviando l'esame ad altra data ovvero, se la situazione apparisse irreversibilmente compromessa, non esitando a revocare la prova, rinunciando così anche all'eventuale cardine essenziale dell'impianto probatorio.

Proprio in ragione di tale eventualità, che potrebbe in ipotesi presentarsi per la prima volta nel corso del dibattimento o dell'incidente probatorio, è auspicabile che nelle indagini preliminari il P.M. non limiti mai la piattaforma investigativa alle dichiarazioni accusatorie del minore (anche se in ipotesi precise e dettagliate), estendendo, piuttosto, l'indagine al contesto socio ambientale di appartenenza del minore, ove acquisire eventuali elementi a riscontro mediante ispezioni dei luoghi e rilievi fotografici degli stessi, in modo da verificare ogni dato spazio-temporale riferito dalla vittima. Fondamentale sarà anche l'audizione tempestiva di quegli eventuali soggetti, indicati dal teste come presenti al momento del fatto e di quelli che, nel contesto socio-ambientale di provenienza, ne hanno raccolto le prime dichiarazioni, nonché dei sanitari che hanno proceduto ad eventuale visita.

³ In relazione alle medesime esigenze in fase di indagini, si veda Sandra Recchione nota sopra citata.

Infine, sempre che il caso lo consenta, potranno essere disposti servizi di intercettazione telefonica o ambientale, volti a reperire dati che chiariscano le relazioni di contesto, soprattutto quando il presunto abuso si inquadri in un sistema familiare conflittuale o in un centro deputato all'accoglienza dei bambini (asilo, casa famiglia, etc.).

I criteri di valutazione della prova dichiarativa:

In merito ai criteri di valutazione della prova dichiarativa del minore-vittima, occorre partire dalla considerazione che la peculiarità del teste anzidetto rileva essenzialmente nella fase dell'assunzione della prova, ove vanno predisposti tutti gli accorgimenti possibili per garantire la genuinità della prova, nel rispetto del contraddittorio e della serenità del minore e dove, più frequentemente che nei casi ordinari, si pone la necessità di verificare l'idoneità a testimoniare del dichiarante, ma con riferimento, poi, alla valutazione del *dictum*, l'ordinamento processuale non prevede deroghe o limitazioni al tradizionale principio del libero convincimento nella valutazione della prova testimoniale.

Ne consegue che il vaglio del giudice sarà condotto secondo i criteri comuni, che fanno riferimento sia alla attendibilità soggettiva del teste, desunta dalle sue caratteristiche personali, morali e intellettive e dall'assenza di motivi di rancore o di astio verso l'accusato, sia all'attendibilità oggettiva del racconto, ricavabile dalla sua genesi spontanea, dalla coerenza interna e dalla sua concordanza con altri elementi fattuali acquisiti al processo.

Non è contrario alla spontaneità, sincerità e coerenza della testimonianza il carattere "progressivo" della rappresentazione dei fatti. È anzi del tutto naturale che la vittima di violenza sessuale, per pudore o per rimozione psichica, all'inizio delle sue dichiarazioni non riferisca tutti quei dettagli e quelle circostanze che in seguito - sotto l'incalzare delle domande degli esaminatori o per l'elaborazione positiva del trauma psichico - è portata a rivelare o è indotta a riportare alla memoria.

Nel caso di bambini abusati, si può addirittura affermare che la progressività del racconto è la regola generale, giacché l'emersione dell'abuso non è il frutto di una precisa scelta accusatoria, ma molto spesso è il risultato di una rivelazione casuale e indiretta e perciò inizialmente non integrale⁴.

Con specifico riferimento alla testimonianza indiretta, cui sopra ho già accennato, principio generale, espresso già nella Relazione al prog. prel. c.p.p., è l'utilizzabilità della dichiarazione

⁴ Sul punto, vedi cass. pen. 2010, 10, 3658 (**giurisprudenza di legittimità in tema di violenza sessuale - Pierluigi Onorato**).

de relato, solo quando il teste abbia indicato la persona o la fonte da cui ha appreso la conoscenza del fatto riferito, in modo da rendere possibile il controllo incrociato sulla fonte primaria (art. 195, ult. comma).

La regola trova, poi, un temperamento per il caso che il testimone di riferimento non possa essere esaminato nello stesso processo per morte, infermità o irreperibilità (art. 195 comma 3), nonché nel caso in cui il giudice ritenga di non attingere alla fonte diretta delle informazioni e nessuna parte ne abbia fatto richiesta.

In perfetta armonia con la *ratio* dell'impianto processuale appena ricostruito, la giurisprudenza di legittimità ritiene utilizzabili le deposizioni "de relato" aventi ad oggetto le dichiarazioni rese dal minore vittima di reati sessuali ove all'esame di questi non si faccia luogo in ragione, non ovviamente di un mero disagio a rendere testimonianza, ma di possibili danni alla sua salute, collegati alla rievocazione degli eventi (cfr., oltre a Cass. penale sez. III, 29 novembre 2006 n. 9801, sopra già riportata, anche Cassazione penale sez. III 11 giugno 2009 n. 30964; ma anche Cassazione penale sez. III 7 giugno 2002, n. 1360, che ha riconosciuto *l'utilizzabilità delle dichiarazioni "de relato" di adulti, che avevano raccolto le confidenze di un minore vittima di abusi sessuali, senza che quest'ultima fosse ascoltata, sulla base di relazione peritale che segnalava l'avvio di un meccanismo di rimozione dell'accaduto da parte dell'interessata*).

L'accertamento della capacità a testimoniare:

L'impianto normativo prevede che ogni persona ha la capacità di testimoniare (art. 196 comma 1 c.p.p.), intendendosi con tale espressione l'idoneità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessa, ricostruendo la dinamica degli eventi, secondo una coerente e puntuale collocazione degli stessi nel tempo e nello spazio.

Trattasi di concetto diverso, e di maggiore ampiezza, rispetto a quello della capacità di intendere e volere, fondamento dell'imputabilità di un soggetto, implicando non soltanto la necessità di determinarsi liberamente e coscientemente, ma anche *quelle di discernimento critico del contenuto delle domande al fine di adeguarvi coerenti risposte, di capacità di valutazione delle domande di natura suggestiva, di sufficiente capacità mnemonica in ordine ai fatti specifici oggetto della deposizione, di piena coscienza dell'impegno di riferire con verità e completezza i fatti a sua conoscenza* (così Cass. penale sez. I, 14 aprile 2010 n. 20864).

Alla presunzione di capacità del primo comma segue, al secondo comma, l'ipotesi che si renda necessario verificare l'idoneità fisica o mentale del dichiarante a rendere testimonianza, nel qual caso *il giudice anche di ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi*

consentiti dalla legge.

La verifica della capacità a testimoniare non costituisce, dunque, nel nostro sistema processuale un passaggio istruttorio obbligatorio, potendosene anche prescindere, in assenza di una evidente abnorme mancanza nel testimone di ogni elemento sintomatico della sua assunzione di responsabilità comportamentale in relazione all'ufficio ricoperto (Cass., Sez. 1[^], 05/03/1997, n. 2993, ric. Talento).

Lo spazio di discrezionalità riconosciuto al giudice si riduce notevolmente nei casi di soggetti affetti da infermità mentale (Cass. penale sez. III, 16 dicembre 2010 n. 11955) e di tenera età, che nei casi estremi finiscono per obbligare il giudice, per la peculiarità delle personalità in questione, di accertarne la credibilità sotto l'aspetto delle condizioni psichiche.

Avuto riguardo ai minori, chiamati all'ufficio testimoniale, la necessità dell'accertamento sarà in linea di massima inversamente proporzionale alla loro età, il che non esclude evidentemente che talvolta alla medesima età anagrafica corrispondano differenti livelli di evoluzione psichica.

Con la conseguenza che nessun ricorso all'accertamento specialistico sarà *a priori* necessario e che, anzi, potrà farsene a meno tutte quelle volte che il minore, già agli occhi di un soggetto non specialista della materia, si presenti dotato di un adeguato grado di maturazione, immune da elementi patologici, quali una particolare predisposizione all'elaborazione fantasiosa o alla suggestione, che ne minerebbero la credibilità soggettiva (cfr. Cass. Penale sez. III, 25 febbraio 2010 n. 12560; Cass. Pen. Sez. III, 6 novembre 2007 n. 44971).

In linea con le pronunzie appena indicate, deve, altresì, osservarsi che non tutti i fattori esterni di condizionamento della personalità del minore ne inficiano la capacità a testimoniare, rientrando, piuttosto, talvolta gli stessi nell'ordinaria dinamica relazionale tra due soggetti.

In altri termini, non è raro il caso che, nel contributo cognitivo offerto, il giovane teste dichiari determinate circostanze non rispondenti al vero o ne ometta altre reali, indotto in ciò da altro soggetto, ma non per questo in difetto di consapevolezza.

In casi del genere, verificata, anche sulla base di precedenti dichiarazioni già rese dal minore, l'assenza di problematiche psicologiche e la sua idoneità a ricostruire gli eventi, l'oggetto del giudizio si concentrerà su un piano esclusivamente fattuale, affidato alla esclusiva competenza del giudice, che, senza alcuna possibilità di delega al perito, dovrà valutare l'attendibilità del narrato, accertando, tra l'altro, come nelle ipotesi ordinarie l'assenza di fattori esterni di condizionamento del teste.

La questione anticipa la problematica che più avanti verrà approfondita sulla necessaria distinzione tra l'accertamento scientifico della credibilità soggettiva del teste (nel quale si impone il ricorso allo strumento della perizia) e l'accennata valutazione dell'attendibilità del narrato (di esclusiva competenza del giudice, senza che questi possa sottrarsene).

Per il momento preme solo osservare l'attuale ridimensionamento di un certo indirizzo culturale, secondo cui il bambino che denuncia un abuso non sarebbe mai per definizione volutamente insincero, il che, portato alle estreme conseguenze, comporterebbe la completa trasformazione della testimonianza del minore da prova dichiarativa a prova scientifica⁵.

La realtà è invece profondamente diversa e ben più articolata e non è, di certo, un caso che il nostro legislatore abbia scelto di non porre limiti alla capacità giuridica di essere testimone, affidando al caso concreto, la verifica della capacità a testimoniare.

Secondo la più accreditata letteratura, false dichiarazioni di abuso fatte da bambini ed adolescenti possono sia essere non intenzionali, in quanto dovute ad una erronea interpretazione di un'interazione innocente, sia derivare dall'esposizione di una falsa narrazione alla quale, nel corso del tempo, il minore potrebbe arrivare a credere, anche in seguito a domande tendenziose o suggestive poste da soggetti influenti, sia, infine, costituire intenzionali racconti falsi di un abuso mai avvenuto per un secondo fine (es. staccarsi dalla famiglia, vendetta) o per una manipolazione diretta o coercizione da parte di terzi (es. al bambino viene insegnato a mentire⁶).

⁵ Sull'esperienza estera della cd. validation, si legga **Gabriella D'Angelo, "La testimonianza dei minori vittime di presunti abusi in ambiente scolastico. Dir. famiglia 2002, 4, 904"**

"La c.d. validation, ancora poco utilizzata in Italia, è una procedura che si propone di accertare la veridicità delle rivelazioni del minore, attraverso un'analisi sia sullo sviluppo emotivo, relazionale e cognitivo del bambino, sia attraverso una valutazione vertente su alcuni aspetti della denuncia: il linguaggio usato, la sua completezza, la spontaneità e la eventuale presenza di dettagli incongruenti con le conoscenze sessuali compatibili con l'età.

Secondo la psicologia infantile, il bambino che sia chiamato a testimoniare su questioni che lo riguardano, è, nella maggior parte dei casi, più attendibile dell'adulto, in quanto non è in grado di prevedere le conseguenze della sua deposizione ed ha spesso la tendenza ad essere spontaneo e a dire tutto quello che sa, mentre l'adulto, essendo in grado di valutare cosa gli conviene dire, ha la "malizia" di discernere i fatti narrati in relazione agli scopi che si prefigge. I minori, invece, difficilmente commettono errori di ricostruzione, piuttosto tendono ad omettere dettagli, o a rifiutarsi di rispondere".

⁶ Ceci S.J., Bruck M., *The suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis*, Psychol. Bull., 113, 403, 1993.

Aggiunge Jutta M. Birkhoff⁷ come i bambini piccoli possano poi incorrere in menzogne deliberate quanto quelli più grandi, bugie create per ottenere qualche vantaggio personale, per risolvere un contenzioso affettivo con un genitore, attuando una sorta di vendetta o per coprire la loro vita sessuale. Infatti, alcune volte cercano di "pareggiare i conti" con l'adulto "colpevole" di averli in qualche modo danneggiati; altre volte, sentendosi in una posizione di inferiorità, con una falsa accusa, cercano di riacquistare il controllo della situazione o ottenere risultati altrimenti fuori della loro portata. In queste situazioni i loro comportamenti sono guidati dall'immaginazione incontrollata, che rivela una proiezione di pensieri e desideri, fantasiosamente trasformati in realtà. Altre volte si può trattare di una vera e propria forma di "mitomania infantile".

Vi sono, poi, i casi (si pensi a certi contesti di accesa conflittualità in ambito di separazione giudiziale tra coniugi) nei quali il bambino viene spinto da un genitore a formulare accuse assai gravi nei confronti dell'altro. Egli non ha quasi mai consapevolezza della strumentalizzazione di cui è vittima, ma non per questo, spesso, gli sfugge l'effettiva dinamica degli eventi denunciati, rispetto ai quali decide consapevolmente, anche se sulla base di una subdola induzione esterna, il contenuto del dichiarato offerto.

In definitiva, pur nei limiti di una rigida classificazione, può affermarsi, sulla base dei dati forniti dalla scienza specialistica, che sicuramente più probabile, in quanto necessario, sarà il ricorso alla valutazione peritale nei casi di un bambino di età prescolare, la cui organizzazione egocentrica delle strutture cognitive ed espressive, gli impedisce di operare distinzioni fra reale ed immaginario, tra mondo interno ed esterno, da cui un'elevata probabilità che, raccontando un determinato fatto, mescoli liberamente e imprevedibilmente elementi fantastici e dati oggettivi.

Di contro, va considerato che dall'inizio dell'età scolare fino alla pre-adolescenza, questo egocentrismo cede lentamente il passo al "pensiero operativo", con una sempre più raffinata capacità di discernimento e capacità di agire autonomamente senza essere influenzato dalla volontà di altri, agendo quindi attivamente sui propri processi mentali indirizzandoli e

⁷ Dipartimento di Medicina e Sanità Pubblica, Università degli Studi dell'Insubria. *Per un cauto approccio alle denunce di abuso sessuale ai danni di minori*. Riv. it. medicina legale 2008, 01, 35

finalizzandoli in base a ben precisi scopi, anche se questi ultimi non sono sempre immediati e materiali⁸.

In termini assolutamente sovrapponibili, altra autorevole dottrina scientifica⁹, afferma quanto segue:

Fino ai sette anni nel bambino non è ancora ben sviluppato il concetto di tempo, per cui possono facilmente fare confusioni temporali, specie in condizioni di tensione e di forte coinvolgimento emotivo, dove passato, presente e futuro si possono confondere proprio perché la corretta percezione temporale passa in secondo piano rispetto agli aspetti spaziali, ovvero verso gli elementi che sono più utili per la difesa e la fuga.

È solo tra i cinque e gli undici anni che il bambino impara gradualmente a padroneggiare il linguaggio, ad utilizzare il ragionamento concreto prima e astratto poi, ad integrare e organizzare i concetti e gli eventi in dimensioni spazio-temporali precise, a descrivere concetti in termini relazionali e a gestire le relazioni tra un insieme e le sue parti, imparando quindi progressivamente a dare dettagliate descrizioni di se stessi, ad avere percezioni stabili e costanti di sé e degli altri, a fare distinzioni e confronti tra sé e gli altri, ad accettare la presenza di comportamenti conflittuali in sé e negli altri, a capire che le emozioni sono molteplici e che le loro sfumature possono essere interamente monitorate.

Consegue a tale distinzione che, nel primo caso, il ricorso alla valutazione psicodiagnostica sarà quasi sempre inevitabile e, ove il risultato fosse nel senso della assoluta inidoneità del bambino a rievocare gli eventi, sarebbe preclusa ogni valenza alla relativa prova dichiarativa, assunta o da assumere.

Nella seconda ipotesi, invece, potrà più agevolmente prescindersi dalla verifica peritale e, comunque, in caso di accertata capacità a testimoniare del minore, l'eventuale presenza di condizionamenti esterni costituirà circostanza di fatto, che sarà compito del Giudice - o del P.M. durante le indagini - accertare, vagliandone, poi, l'incidenza sulla credibilità soggettiva del teste, ma non sulla sua idoneità a testimoniare¹⁰.

⁸ AMANN-GAINOTTI M., (a cura di), *Il minore e la legge, nuove prospettive della psicologia giuridica*, Cacucci, Bari, 1992. Citato da **Jutta M. Birkhoff**, cfr. **sub nota 6**.

⁹ BIERMAN K.L., *Using the clinical interview to assess children interpersonal reasoning and emotional understanding*, in REYNOLDS C., KAMPHAUS W., (Eds), *Handbook of psychological and educational assessment of children*, Guilford, New York, 1990, p. 204.

¹⁰ Per una più articolata distinzione tra bugia, inganno e menzogna nella falsa testimonianza, si veda **Andrea Lisi** e **Ignazio Grattagliano** **nello ipotesi di abusi sui minori e valutazione dell'attendibilità testimoniale: tra verità, menzogne e false credenze** Riv. it. medicina legale 2008, 01, 59:

Sul punto, utile, quale ulteriore criterio guida per orientarsi nel variegato panorama delle ipotesi concrete, potrà risultare quanto affermato dal prof. Fornari¹¹, secondo il quale si porrà un problema di incapacità a testimoniare qualora a causa di alterazioni patologiche della memoria, del pensiero, della percezione, dell'affettività, per disturbi strutturali o emotivi della personalità o per immaturità del minore venga inficiata la sua capacità di dire il vero *quand'anche egli lo voglia*: tale soggetto, infatti, non sarebbe in grado di *poter* dire il vero, risultando incapace di cogliere la realtà dell'evento vissuto, o qualora la percepisse correttamente, incapace di elaborarla, immagazzinarla, rievocarla, riproporla e narrarla senza alterarla secondo direttive proprie o finalismi che di volta in volta variano, e che arricchiscono i fatti esposti di particolari del tutto gratuiti e soggettivi.

Di tutta evidenza che i criteri sopra indicati, ai fini della scelta del procedere o meno all'accertamento psicodiagnostico, presuppongono che dagli atti sia possibile assumere sufficienti informazioni sulla personalità del minore. Ove, però, così non fosse, si imporrà da parte del giudice, che al riguardo nutrisse dei dubbi, di verificare, tramite perizia, se il giovane teste sia nelle condizioni di rendersi conto dei comportamenti tenuti in danno della sua persona e se sia in grado di riferirli senza inconsapevoli alterazioni.

In questo caso, il perito nominato, a differenza che nel caso in cui abbia affiancato il giudice nell'escussione del teste, è, egli, il *dominus* dell'indagine, libero, in quanto tale, di utilizzare tutte le tecniche che la scienza gli offre per espletare l'accertamento demandatogli.

Ed è proprio in tale passaggio che si coglie l'esigenza di una netta separazione tra l'accertamento peritale (ove va garantita allo specialista la libertà di movimento secondo la

In tema di falsa testimonianza (infantile e non) si può distinguere tra:

a) la *pseudo-menzogna*, ossia la fisiologica, inconsapevole, non strumentale e non finalizzata tendenza, presente ad esempio nel bambino fino ai 6-7 anni, a confondere la fantasia con la realtà, il soggettivo con l'oggettivo;

b) la *menzogna* propriamente intesa, che è invece la manifestazione cosciente e utilitaristica di un pensiero o il resoconto di un fatto non rispondenti al vero;

c) la *bugia psicogena* che consiste nel non dire il vero o per paura del castigo del genitore, o per ingraziarselo, o per proteggerlo, o per vendetta, o per attirare l'attenzione altrui, o per compensare sentimenti di inferiorità a vari livelli, o per altri motivi che traggono la loro origine da carenze psicopedagogiche e tematiche conflittuali di varia natura;

d) la *bugia patologica* che è la menzogna sottesa da stati di ritardo o insufficienza intellettiva, da sindromi psicotiche o da alterazioni strutturali della personalità. Esistono poi vari sottotipi di bugia patologica (bugia del debole mentale, bugia psicotica, bugia nelle strutture abnormi di personalità, mitomania).

¹¹ Cfr. nota che precede.

propria scienza) e l'escussione del teste, ove lo specialista deve sottostare alla finalità assolutamente prioritaria, della quale il giudice è garante, di una prova genuina, da formarsi nel rispetto del contraddittorio.

Unificare le due attività istruttorie, oltre che di dubbia ritualità, significherebbe, dunque, inevitabilmente snaturalizzarle, la prima (perizia sulla idoneità a testimoniare) perché compressa, la seconda (assistenza durante la testimonianza) per una inevitabile invasione nel campo di esclusiva competenza del giudice e delle altre parti processuali.

Un simile operato spiegherebbe poi i suoi effetti negativi inevitabilmente anche sulla fase valutativa, ove il giudice verrebbe a trovarsi di fronte ad una prova, inquinata nella sua essenza dichiarativa dai segni dell'invasione di campo scientifica, che potrebbero averne compromesso la genuinità.

In linea teorica nessuno ormai contesta il principio secondo cui l'accertamento peritale della capacità a testimoniare è cosa diversa della verifica dell'attendibilità del narrato, demandata al vaglio esclusivo del giudice di merito, attraverso l'analisi delle condotte del teste, dell'esistenza di riscontri esterni e la valutazione di tutti gli elementi che confermano la sua attendibilità intrinseca ed estrinseca (cfr. Cass. Penale sez.III, 27 maggio 2010, n. 24264; Cass. penale sez. III, 20 giugno 2007 n. 35397; Cass. penale sez. III, 4 ottobre 2006, n. 37402).

Di fatto, però, un incarico peritale non chiaramente circoscritto nel suo ambito operativo e coincidente con l'escussione del teste, porterà inevitabilmente ad una viziata prova dichiarativa ed il perito a pronunziarsi, non solo sulla astratta capacità del giovane a testimoniare, ma sulla attendibilità del contributo cognitivo offerto, rendendo così assai arduo il compito del giudice sia nello scremare nel *dictum* la parte meramente rievocativa degli eventi (cioè la testimonianza vera e propria) sia nel riuscire a vagliare l'attendibilità del narrato, senza essere condizionato da quelle valutazioni espresse dal perito sulla credibilità soggettiva e fondate proprio sul proplatato testimoniale.

In definitiva il rischio concreto è che, a prescindere dalle più o meno abili tecniche motivazionali del giudice, la valutazione sull'attendibilità del narrato si risolva in formuli vuote, che di fatto si adagiano, mutuandole, sulle conclusioni peritali relative alla credibilità soggettiva del teste.

La sequenza logica e cronologica dell'assunzione della testimonianza e dell'accertamento della capacità a testimoniare:

Chiarita la profonda differenza e quindi la necessità di tenere distinti il momento dell'assunzione della testimonianza da quello eventuale dell'accertamento della capacità a testimoniare del minore, occorre ora capire se – e quale – sia, in linea di principio, la sequenza più opportuna tra le due attività istruttorie.

Va subito premesso che, secondo il più recente ma consolidato orientamento della Suprema Corte, non vi è per colui che assiste o conduce su incarico del giudice l'esame del minore alcuna incompatibilità a testimoniare o a prestare l'ufficio di consulente, non potendo essergli riconosciuto il ruolo di ausiliario.

Invero, il termine "ausiliario", utilizzato nel codice di rito va inteso in senso tecnico come soggetto appartenente a personale di cancelleria e segreteria (cfr. Cassazione penale sez. III 7 aprile 2010 n. 24294 e Cass. Pen. Sez. III 16 aprile 2009 n. 20252).

Sempre la III sezione penale della Cassazione, nella sentenza n. 42721 del 9.10.2008, evidenziava che, a norma dell'art. 196 c.p.p., "ogni persona ha la capacità di testimoniare" e che quindi le deroghe a tale principio non possono che essere tassative, senza interpretazioni analogiche o estensive, rispetto alle ipotesi in cui vengono riconosciuti la facoltà o l'obbligo di astensione (artt. 199, 200, 201, 202 e 203 c.p.p.) e ai casi di incompatibilità a rendere testimonianza (art. 197 c.p.p.). Quest'ultima norma prevede, tra l'altro, che non possono 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 c.p." (art. 197 c.p., comma 1, lett. d). Per quanto in precedenza ricordato, la nozione di "ausiliario" non può che essere intesa nel suo significato 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 (Per la lettura dell'ormai abbandonato indirizzo giurisprudenziale di segno contrario, secondo cui colui che partecipa attivamente su incarico del Giudice o del P.M. all'esame del minore dovrebbe essere riconosciuta la qualifica di ausiliario, si veda Cassazione penale sez. III, 26 novembre 2001 n. 4526).

Sempre in via preliminare, è appena il caso di osservare che in sede di valutazione della prova la verifica della capacità di testimoniare del dichiarante è certamente propedeutica al successivo vaglio del *dictum*.

Ciò, però, non implica necessariamente che anche nel momento della formazione della prova la verifica della capacità del teste debba precedere la sua escussione. Anzi, ferme restando le peculiarità del caso concreto, che potrebbero portare ad una soluzione o a quella antitetica, ritengo che in linea di massima sia auspicabile, quanto meno da parte del giudice (sia nella fase del dibattimento sia in incidente probatorio), procedere subito all'esame del minore, approntando le cautele più adeguate in considerazione del caso concreto (secondo le indicazioni già desumibili dagli atti) per garantirgli il massimo della serenità, rinviando, all'esito della testimonianza, l'eventuale approfondimento psicodiagnostico sulla personalità del minore medesimo.

Tanto più tempestivamente si procederà ad "isolare", assumendole nel contraddittorio delle parti, le dichiarazioni della presunta vittima, tanto più scongiurato sarà il pericolo di "contagio dichiarativo", cioè, di quel sofisticato meccanismo psicologico che può verificarsi tramite uno scambio di informazioni e dati tra individui che porta a modifiche anche radicali nelle convinzioni relative a quanto accaduto e che, nella sua forma estrema, determina il formarsi di convincimenti che non corrispondono alla realtà dei fatti (cfr. Cass. Pe. Sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147).

Il tempestivo ricorso alla assunzione della prova dichiarativa, anticipando persino la valutazione sulla capacità a testimoniare della giovane persona offesa, eviterebbe, sotto altro profilo, il rischio che, in sede di accertamento della capacità a testimoniare, il perito nominato invada la sfera del fatto, stimolando nel minore risposte che, ove anche non viziate da suggestioni, inficerebbero la genuinità della successiva assunzione della prova dichiarativa. Potrebbe, in secondo luogo, essere stata risparmiata al minore, ove nel corso dell'esame testimoniale questi apparisse dotato di un sufficiente grado di maturità e di equilibrio psicofisico, la sofferenza aggiuntiva di sottoporsi ad un accertamento peritale (con relativi colloqui e test specialistici).

Si ricorderà, al riguardo (cfr. supra), che anche secondo il pacifico indirizzo della Giurisprudenza di Legittimità, ribadito di recente dalla Terza sezione penale della Suprema Corte nella sentenza 25 febbraio 2010 n. 12560, dalla verifica della capacità a testimoniare può anche prescindere, lì dove il minore si presenti dotato di un adeguato livello di maturazione, tale da escludere la presenza di elementi patologici, quali una particolare predisposizione all'elaborazione fantasiosa o alla suggestione, che renderebbero dubbie le rievocazioni fornite (cfr. anche Cass. Pen. Sez. III, 6 novembre 2007 n. 44971).

La soluzione indicata come ottimale¹² può valere come criterio di massima, in quanto, in taluni casi, risultando agli atti già particolarmente dubbia e compromessa la capacità a testimoniare del minore, appare inevitabile procedere prioritariamente ad una indagine psicodiagnostica.

In questo caso, però, ove il risultato della verifica attestasse l'attitudine del soggetto a rievocare gli eventi che asserisce di aver patito, è auspicabile, coerentemente a quanto sopra osservato, che l'ausiliario nominato dal giudice per l'escussione del teste sia persona diversa dal perito, in quanto, pur non sussistendo incompatibilità tra le due figure, sarebbe comunque altissimo (ove le due figure coincidessero) il rischio di inquinamento della prova, la cui assunzione verrebbe ad essere affidata ad un soggetto, al quale verosimilmente il minore ha già raccontato l'accaduto e col quale ha instaurato, nel corso dei colloqui peritali, una dinamica relazionale, che sfuggirebbe al controllo del giudice e che potrebbe in ipotesi essere viziata da più o meno inconscie spinte del minore a compiacere il proprio esaminatore, rispondendo secondo la presunta volontà di quest'ultimo e non secondo verità.

La distinzione tra i due momenti istruttori consente, tra l'altro, nel momento dell'escussione del teste di concentrare tutta l'attenzione processuale esclusivamente sull'assunzione della prova dichiarativa, approntando le risorse disponibili nel modo più adeguato per conseguire l'ambizioso risultato di una prova genuina, formatasi nel contraddittorio delle parti e nel rispetto del minore-persona offesa.

Passando, infine, alle specifiche modalità attraverso cui procedere all'esame del minore, credo possa subito affermarsi che non siano codificabili modelli standard, da adottare nei casi singoli, rispetto ai quali intervengono una quantità di variabili (prime tra tutte la personalità, il sesso e l'età della vittima, il contesto familiare e culturale di provenienza, ma anche il sesso, l'età e più in generale l'attitudine all'empatia del giudice o del P.M.) tali da rendere necessaria la predisposizione di modalità *ad hoc* per ciascuna esperienza testimoniale.

Sono stati sopra già indicati i principali punti della disciplina speciale che il codice di rito prevede in ordine all'acquisizione della prova, con particolare riguardo alle significative novità introdotte dalla l. 15 febbraio 1996 n. 66, volte, sul piano processuale, a garantire la persona

¹² In senso diametralmente opposto si esprime la Carta di Noto, che nel suo ultimo aggiornamento del giugno 2011 prevede al punto **n. 6** **che l'accertamento sulla idoneità a testimoniare deve precedere l'audizione del minore.**

Tale accertamento va condotto evitando di sollecitare la narrazione sui fatti per cui si procede.

offesa dal reato non solo in quanto vittima, ma anche in relazione al suo impatto con i meccanismi della giustizia penale.

In particolare, si è già detto dell'ampliamento delle ipotesi di ricorso all'incidente probatorio anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 392 c.p.p., al duplice scopo di isolare subito la prova e di sottrarre il minore alla pubblicità del dibattimento.

Si è detto dell'art. 398, comma 5-bis, c.p.p., che, nell'assunzione della testimonianza, affida la scelta circa il luogo, il tempo e le modalità attraverso cui procedere all'incidente probatorio al momento in cui le esigenze del minore lo rendano necessario ed opportuno. Si è detto anche dell'utilizzo di mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva per procedere alla registrazione dell'esame.

Ebbene, tali previsioni offrono al giudice un ampio potere discrezionale nella scelta di quali modalità nel caso specifico predisporre a tutela della verità e del minore, il che paradossalmente potrebbe trasformarsi in un fattore controproducente, ove si facesse uso indiscriminato delle risorse disponibili.

Solo a titolo esemplificativo, esistono casi nei quali è necessaria per la serenità del minore la presenza al suo fianco di una figura adulta di riferimento, mentre in altre circostanze è essenziale che il minore non avverta la presenza in aula di figure genitoriali o, più in generale, del contesto familiare di provenienza. Esistono ipotesi nelle quali la struttura personologica del minore richiede che questi venga sensibilizzato sulla sacralità della testimonianza, con il relativo obbligo di dire la verità, di talché è altresì opportuno che la prova venga assunta con modalità, anche logistiche, quanto più prossime ai casi ordinari; in altre ipotesi, di contro, le medesime modalità potrebbero risultare quanto mai inopportune, con la conseguenza di ricorrere a strutture esterne al Tribunale, dotate di vetro unidirezionale, divisore di due ambienti e di apparecchiature tali da consentire la videoripresa dell'esame.

Le esemplificazioni, anche mediante l'indicazione di esperienze concrete, potrebbero continuare all'infinito, ciò che però interessa qui evidenziare è che il giudice, prima di decidere con quali modalità procedere, dovrà studiare bene il caso e capire, sulla base degli atti già in suo possesso, quale sia la soluzione ottimale.

Ancora una volta, a titolo sempre esemplificativo, ove dagli atti risultasse che il minore ha già reso in piena serenità dichiarazioni precise e puntuali in un determinato ambiente, nulla di più opportuno che riproporre il medesimo contesto, spiegando al giovane teste il senso di tale nuova audizione e della presenza di persone diverse rispetto alla precedente occasione.

Ovviamente, rimane alto il rischio di soluzioni che possano rivelarsi in corso d'opera inadeguate, a causa dei fattori più imprevedibili ed imponderabili (timori del minore, caratteristiche del luogo, incapacità dell'ausiliario ad entrare in empatia col teste, ingombrante presenza di determinati soggetti e così via). Ciò che importa, in tali casi, è che il giudice non insista nel dover a tutti i costi in un'unica occasione e con le modalità originariamente fissate assumere la prova, ben potendo rinviare la prova ad altra udienza, predisponendo nelle more un nuovo *modus procedendi*, che consideri anche quanto rivelato dall'esperienza non andata a buon fine.

Quid juris, ove il giudice omettesse di adottare le cautele previste dalla normativa anzidetta?

Esula, innanzi tutto, da tali ipotesi, ma merita ugualmente di essere considerato, il caso in cui venisse censurato il tenore suggestivo di determinate domande poste dal giudice.

Sul punto, ferme restando le autonome valutazioni in tema di attendibilità del narrato, la Suprema Corte ha escluso che ricorrano profili di inutilizzabilità della prova, in quanto il divieto di domande suggestive viene posto dalla legge esclusivamente con riferimento all'esame condotto dalla parte processuale che ha introdotto il testimone (art. 499, comma 3, c.p.p.), ma non opera in sede di controesame e, tantomeno, opera nei casi in cui sia il giudice a condurre direttamente l'esame del minore o delle persone che versano in speciali condizioni (art. 498, comma 4, c.p.p.), nel rispetto delle regole previste dai commi 2, 4 e 6 dell'art. 499 c.p.p., miranti a tutelare la dignità della persona esaminata e, nello stesso tempo, a garantire la genuinità e l'efficacia delle risposte (cfr. tra le più recenti Cassazione penale sez. III, 4 marzo 2010 n. 16854 e Cassazione penale sez. III, 28 ottobre 2009 n. 9157).

Passando ora all'interrogativo sopra posto, deve osservarsi che, anche in questo caso, nessuna patologia è ravvisabile nella scelta, affidata alla discrezionalità del giudice, di adottare specifiche modalità anziché altre, nell'assunzione della prova.

Sul punto, solo per citare le pronunzie più recenti della Cassazione:

Cassazione penale sez. III, 10 aprile 2008, n. 20568:

I principi posti, in tema di esame testimoniale dei minorenni parti offese nei reati di natura sessuale, dalla cosiddetta "Carta di Noto", lungi dall'aver valore normativo, si risolvono in meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso, come illustrato nelle premesse della Carta medesima. (Nella specie la Corte ha rigettato il ricorso avanzato, ex art. 606, comma primo, lett. e), cod. proc. pen. sul presupposto, tra gli altri, della prospettata assunzione della testimonianza con modalità ritenute contrastanti con detti principi).

Cassazione penale sez. III, 14 dicembre 2007, n. 6464:

L'applicazione, in sede di indagini preliminari, delle particolari cautele dettate dall'art. 498, comma 4, c.p.p. per l'esame testimoniale del minore è rimessa alla valutazione del giudice che, di volta in volta, ne ravvisi la necessità ai fini della tutela del minore stesso.

Se è vero quanto appena affermato, costituisce, però, sotto altro profilo, un dato di esperienza quello secondo cui, tanto più il giudice si discosterà nell'assunzione della testimonianza da quelle ponderazioni e da quei conseguenti accorgimenti a tutela della verità processuale, prima ancora che della serenità del minore, quanto più alto sarà il rischio che nel prosieguo processuale si ricorrerà, ove ancora possibile, ad una rinnovazione dell'assunzione della prova medesima ovvero, in alternativa, ad una svalutazione della stessa, sino al punto da essere ritenuta inattendibile.

Ne consegue l'estrema importanza, anche se non sanzionata con l'inutilizzabilità dell'atto, che all'assunzione dello stesso si proceda con il massimo rigore, previo oculato studio del caso concreto, in modo da garantire la formazione di una prova adeguata ai fini del raggiungimento della verità processuale.

La testimonianza (?) non verbalizzata:

A margine della presente relazione, una breve considerazione su quei casi nei quali il minore o per la tenera età o per disturbi psicologici non sia in grado di verbalizzare alcunché, presentando pur tuttavia delle caratteristiche nei tratti della personalità, interpretati dal perito/consulente nominato come segni di abusi sessuali.

Ebbene, in tali casi deve essere chiaro che di prova scientifica e non dichiarativa si tratta, avente, pertanto, un oggetto ed un criterio valutativo assolutamente autonomo.

In particolare, dovrà il giudice vagliare il pregio scientifico dei significati che il perito avrà ritenuto di attribuire alle espressioni e ai comportamenti del minore.

Il giudizio è tutt'altro che semplice, stante il contrasto ancora acceso in letteratura sulla validità dei presunti indicatori dell'abuso. Certamente, in tale situazione, è da escludere che tale prova (a differenza di quella dichiarativa) potrà essere assunta da sola a fondamento di un giudizio di sussistenza del fatto e, soprattutto, di colpevolezza¹³.

¹³ In relazione, all'inadeguatezza del "Disegno della Figura Umana", quale strumento nella ricerca di "indicatori di abuso", vd. "*minori vittime di abuso. utilità e limiti del disegno della figura umana in ambito medico legale*" Riv. it. medicina legale 2010, 4-5, 695, Andrea Lisi ed altri)

Tra i presunti indicatori, sono spesso valorizzati i comportamenti sessualizzati o le conoscenze sessuali improprie rispetto all'età e, perciò, sospette ovvero sintomi psichici più o meno precisi, di ordine emotivo, cognitivo e comportamentale.

In realtà, approfondite analisi hanno dimostrato la scarsità di indicatori di abuso validi ed affidabili. Difatti, sintomi psichiatrici identici possono essere presenti tanto nei minori abusati sessualmente, quanto in quelli mai abusati; e molte manifestazioni cliniche prodotte da un abuso sono largamente sovrapponibili a quelle indotte da una separazione genitoriale di tipo conflittuale. Inoltre il carattere "abnorme" di alcuni comportamenti sessuali infantili appare più "presunto" che "reale", non esistendo, attualmente, alcuna indicazione scientifica sulla sessualità infantile che valga a distinguere, con sufficiente affidabilità, ciò che è anomalo da ciò che non lo è¹⁴.

Il tema è stato diffusamente affrontato dalla Suprema Corte (III sezione penale) nella sentenza sopra già citata (18 settembre 2007, n. 37147), ove, partendo da un evidente scetticismo nei confronti della valenza probante dei c.d. indicatori di abuso, si evidenzia, in casi del genere, il rischio di un viziato ragionamento circolare, tale per cui *i sintomi sono adottati come prova dell'abuso e quest'ultimo come spiegazione dei sintomi*.

Non è consentito, secondo la Corte, da un indizio sicuro in fatto, ma equivoco nell'interpretazione, concludere per la certezza dell'evento che rappresenta il tema probatorio, trasformandosi diversamente l'oggetto della prova in criterio di inferenza.

Di estremo interesse la pronuncia appena riportata perché in riferimento al presunto rapporto eziologico tra i disturbi emotivi dei bambini ed i reati evidenzia come non esista una sindrome da stress specificatamente riferibile allo abuso sessuale.

Sul tema, è stato, invero, osservato come lo stato delle attuali conoscenze in materia non permetta di individuare sicuri nessi di compatibilità tra sintomi di disagio ed eventi traumatici specifici, essendo aperta la possibilità (specie nei casi segnati da uno scollamento temporale tra presunti fatti e sintomi) 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

¹⁴ Gulotta G., Cutica I., *Guida alla perizia in tema di abuso sessuale e alla sua critica*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

In termini ancor più radicali la Carta di Noto, nel suo ultimo aggiornamento del giugno 2011 prevede al punto n. 11 afferma che non esistono, ad oggi, strumenti o costrutti psicologici che, sulla base di teorie accettate dalla comunità scientifica di riferimento, consentano di discriminare un racconto veritiero da uno non veritiero, così come non esistono segnali psicologici, emotivi o comportamentali attendibilmente assumibili come rivelatori o "indicatori" di una vittimizzazione sessuale o della sua esclusione.

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).

Luigi Barone
Gip presso il Tribunale di Catania