

LE DICHIARAZIONI DEL MINORE DOPO LA RATIFICA DELLA CONVENZIONE DI LANZAROTE

di Sandra Recchione

SOMMARIO: 1. Le occasioni perdute. – 2. La audizione “mediata”. – 2.1. Alcune notazioni critiche. – 2.2. Le modalità dell’audizione. – 2.2.1. La presenza dell’autorità legittimata alla raccolta della prova. – 2.2.2. Il contatto con il minore. – 2.2.3. In conclusione. – 2.3. La qualifica processuale dell’esperto. – 2.4. L’audizione del difensore (anche di parte offesa). – 2.5. Il coordinamento delle attività tra giurisdizioni parallele. – 2.6. Le sanzioni. – 3. Le modalità di escussione e gli effetti sulla valutazione. – 4. La videoregistrazione. – 5. Le incompatibilità. – 5.1. Incompatibilità e qualifica del consulente. La questione dell’“ausiliario”. – 5.2. Il terapeuta e l’esperto nominato dalla autorità giudiziaria (o dalla difesa). – 6. L’assistenza durante l’audizione prevista dall’art. 609 *decies* c.p.

1. Le occasioni perdute

La Convenzione di Lanzarote attuata con legge n. 172 del 2012 ha il “limite” di occuparsi esclusivamente dello sfruttamento e dell’abuso sessuale dei minori: il che ha ristretto l’area di operatività degli interventi di “stretto” adeguamento.

Tuttavia l’obbligo di adeguamento alla Convenzione rappresentava una importante occasione per riscrivere lo statuto della *prova dichiarativa del teste vulnerabile*, ovvero della testimonianza della persona “debole” a causa di caratteristiche strutturali (disabilità cognitive, minore età, disturbi della personalità) o di dipendenze traumatiche dai fatti da accertare, o dalla persona da giudicare.

Occasione che può dirsi, in buona parte, perduta.

Il nostro codice presenta una disciplina estremamente disorganica e frammentata in materia di prova dichiarativa del teste (e più nello specifico della “vittima”) vulnerabile.

La categoria del *teste vulnerabile* ricomprende non solo le vittime in senso stretto, ma tutte le persone che possono patire, per le ragioni più svariate, un effetto negativo dal contatto con la giurisdizione.

È vulnerabile non solo (e non tanto) chi è vittima del reato, ma anche chi accusa effetti negativi (traumatici a volte) dalla rievocazione del fatto in ambiente procedimentale e/o processuale.

In estrema sintesi, è vulnerabile chi si trova nella condizione di patire un danno dalla riedizione in sede giudiziaria di dati rilevanti, o necessari, per l’accertamento dei fatti per cui si procede.

Certamente la categoria del teste vulnerabile ricomprende in sé quella delle vittime di reati particolarmente *traumatizzanti*, come quelli sessuali o quelli che hanno

come base oggettiva una relazione intensa e patologica con l'autore (*stalking* o maltrattamenti in famiglia).

Altrettanto certamente è vulnerabile il minorenni testimone (non vittima) di reati ad "alto impatto" sull'assetto psicofisico della persona (in genere) e di chi si trova nell'età evolutiva (in specie).

Il pericolo della vittimizzazione da processo è (di regola) *presente* quando il teste di reati ad impatto traumatico sulla persona¹ è in età evolutiva, *elevata* quando il minore è vittima di quei reati, è *altissima* quando il minorenni è vittima di reati sessuali.

Tali evidenze sono alla base della scelta di individuare un percorso speciale per l'acquisizione della prova dichiarativa di testimoni di *alcuni* reati ad alto impatto traumatizzante che si intravede nell'attuale combinato disposto degli artt. 392 comma 1 *bis*, 398 comma 5 *bis*, 190 *bis* e 498 c.p.p.

Tali norme disegnano un *binario* di formazione della prova dichiarativa che parte dalla valorizzazione dell'incidente probatorio, si sviluppa attraverso la previsione di modalità protette di audizione e si completa attraverso la interposizione di uno "scudo" legislativo alle possibilità di riedizione dibattimentale della testimonianza.

Tale binario presenta gravi asistematicità e numerose incongruenze, che non sono state sanate dal legislatore della Legge 172 del 2012.

Il vincolo di rispetto delle indicazioni convenzionali con la conseguente limitazione degli interventi all'area della prova dichiarativa del minore vittima di reati sessuali o di sfruttamento della prostituzione (queste le aree tematiche della Convenzione di Lanzarote) non giustifica la mancanza di interventi, seppur in tale limitata prospettiva, in almeno tre rilevanti settori.

Nell'ordine:

a) La mancata riforma dell'art. 190 *bis* c.p.p.

La norma che fa scudo alla riedizione dibattimentale della testimonianza quando questa sia stata raccolta in contraddittorio incidentale rimane (straordinariamente) limitata ai soli testi «minori di anni sedici» chiamati a deporre in relazione ad alcune (e non a tutte) le fattispecie di reato per cui possibile il ricorso all'incidente probatorio "speciale" previsto dal comma 1 *bis* dell'art. 392 c.p.p. La discrasia fa perdere all'audizione anticipata la funzione di strumento di contrazione delle audizioni del testimone vulnerabile. L'indicazione della Convenzione (art. 35) era, di contro, proprio quella di limitare le audizioni del minore, con l'obiettivo di arginare il trauma da processo che la moltiplicazione delle testimonianze alimenta. È di tutta evidenza che lo sforzo di anticipazione del contraddittorio che si effettua con l'incidente probatorio diventa vano se il giudice del dibattimento non può evitare audizioni ridondanti di testi vulnerabili, che dovrebbero essere protetti dalle reiterate audizioni. Paradossalmente le audizioni aumentano piuttosto che diminuire.

¹ Tra tali reati possono ascrivere tutti quelli contro la persona: lesioni, rapine, maltrattamenti in famiglia, omicidi colposi o dolosi etc.

L'effetto secondario del mancato coordinamento è quello di sacrificare a la segretezza investigativa senza alcun vantaggio per la tutela della vittima. All'ammissione all'incidente probatorio speciale previsto dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p. è associata infatti la (eccezionale) completa *discovery* degli atti in fase investigativa: scelta che dovrebbe tendere a salvaguardare i diritti della difesa ed a evitare richieste di (ri)esame del minore giustificate dalla conoscenza sopravvenuta degli atti di indagine.

b) Il mancato coordinamento dell'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p. con l'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p.

Le *modalità* di audizione protetta continuano a non essere espressamente previste per il reato di maltrattamenti in famiglia, ricompreso (invece) tra quelli in relazione ai quali è possibile l'audizione anticipata del testimone minorenni. Per quanto il reato di maltrattamenti non rientri nell'area di interesse convenzionale, il legislatore – pur effettuando degli interventi sulla fattispecie sostanziale – non ha ritenuto di sanare la evidente discrasia (evidenziata in modo particolarmente autorevole dalla Corte di Lussemburgo con la sentenza “Pupino” del 16 giugno 2005, Grande sezione della Corte di Lussemburgo).

c) La mancata presa in carico della indicazione circa la necessità della *documentazione aggravata* nell'ambito delle audizioni predibattimentali unilaterali (effettuate dal pubblico ministero o dal difensore).

L'indicazione contenuta nel secondo comma dell'art. 35 della Convenzione circa la necessità che le audizioni dei minori siano videoregistrate non è stata raccolta, sicchè ad oggi non c'è alcun obbligo di documentazione aggravata per le audizioni predibattimentali unilaterali e residua l'obbligo “minimo” di documentazione fonografica per le sole audizioni incidentali (art. 398 comma 5 *bis* c.p.p., non esteso espressamente – come si è detto – al reato di maltrattamenti in famiglia).

In sintesi: il legislatore non ha colto l'occasione per una sistematizzazione della materia in linea con l'emersione della categoria del *teste vulnerabile*, ovvero del dichiarante con caratteristiche di bassa resilienza all'impatto con la giurisdizione (a prescindere dalla riferibilità della testimonianza a procedimenti relativi a specifiche categorie di reati o a limiti di età).

Tale sistematizzazione può essere di poco rinviata.

La entrata in vigore della direttiva 2012\29\EU che istituisce «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime» impone infatti allo Stato italiano una integrale rivisitazione dello *statuto processuale della vittima*, in linea con le nuove indicazioni provenienti dalla normativa europea.

2. La audizione “mediata”

Nel ratificare la Convenzione il legislatore nazionale ha previsto la necessaria presenza di un esperto in psicologia o psichiatria *infantile* ogni volta che debbano essere raccolte in fase investigativa (in assenza di contraddittorio, dunque non in

incidente probatorio) le dichiarazioni di un minore «in relazione» a reati di abuso, violenza e sfruttamento sessuale.

L'esperto deve essere presente non solo quando si escute la vittima del reato, ma in tutti i casi in cui debbano essere raccolte delle dichiarazioni di minori nell'ambito di procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 351 comma 1 *ter* c.p.p. (come modificato)².

La presenza dell'esperto è necessaria quando le dichiarazioni del minore sono raccolte dal pubblico ministero dalla polizia giudiziaria o dal difensore. Non è previsto invece alcun obbligo per il giudice che assume la testimonianza in incidente probatorio o in dibattimento. L'autorità giudicante, diversamente dal pubblico ministero, può pertanto valutare caso per caso se la mediazione dell'esperto è necessaria.

2.1 Alcune notazioni critiche.

Il legislatore ha attuato l'indicazione della Convenzione che chiedeva che le audizioni del minore fossero effettuate da «professionisti formati a tale scopo» (art. 35 lett. c) della Convenzione) introducendo un "supporto strutturale" agli organi investiti del potere di raccogliere elementi di prova dichiarativa.

Non si è scelta la strada della "specializzazione interna" ovvero dell'affidamento delle audizioni dei minori a magistrati del pubblico ministero od a ufficiali polizia giudiziaria adeguatamente *formati* allo scopo.

Diverse le notazioni critiche che sollecita la scelta legislativa.

In primo luogo, emerge la irragionevolezza della limitazione alle audizioni unilaterali dell'obbligo di avvalersi del supporto tecnico.

Non si comprende quali siano le ragioni di tale limitazione e su quali basi si sia ritenuto che il giudice è "attrezzato" per la raccolta autonoma delle dichiarazioni diversamente dal pubblico ministero, dal difensore e dalla polizia giudiziaria.

In secondo luogo, si osserva come la qualifica dell'esperto indicata dal legislatore (che deve essere specializzato in psicologia e psichiatria «infantile») non è coerente con l'estensione dell'obbligo di assistenza anche alle audizioni dei minori in età *adolescenziale* o *giovanile*. Forse la qualifica corretta da richiedere all'esperto era quella di specialista in psicologia e psichiatria "dell'età evolutiva".

Appare inoltre irragionevole la generalizzazione dell'obbligo di supporto anche per le audizioni di minori "adulti", che non presentano alcun profilo di personalità problematico e che, fino a oggi, la Corte di legittimità aveva ritenuto effettuabili anche

² L'art. 1 della Legge n. 172 del 2012 prevede: «all'articolo 351 è aggiunto, in fine, il seguente comma: 1-*ter*. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-bis, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero».

in *assenza* di un supporto, qualora dagli atti non emergessero segnali di disagio psichico o vere e proprie patologie³.

La estensione generalizzata della necessità del supporto tecnico potrebbe trasformare il requisito da garanzia sostanziale ad intervento di facciata che potrebbe anche intralciare, a causa delle prevedibili difficoltà nel rintraccio immediato dell'esperto, il rapido svolgimento dell'attività investigativa.

Infine, emerge la assoluta carenza di indicazioni circa le *modalità* con cui l'audizione assistita debba essere svolta.

Il ricorso alla espressione «si avvale» non chiarisce quale debba essere la relazione tra l'autorità investigante ed il tecnico di supporto.

Il legislatore, oltre a non fornire indicazioni circa le *modalità* dell'affiancamento, non precisa neanche la *qualifica processuale* dell'esperto e nulla dice in ordine alle conseguenze processuali di una audizione effettuata in assenza del tecnico di supporto.

2.2. Le modalità dell'audizione

2.2.1. La presenza dell'autorità legittimata alla raccolta della prova

Nessuna delle norme novellate (art. 362, art. 351 ed art. 391 *bis*) consente al soggetto processuale cui è affidato il potere di raccogliere le dichiarazioni (polizia

³ La Corte di Cassazione ha stabilito che «in tema di reati sessuali nei confronti di minori, il mancato espletamento della perizia in ordine alla capacità a testimoniare non rende per ciò stesso inattendibile la testimonianza della persona offesa, giacché un tale accertamento, seppure utile laddove si tratti di minori di età assai ridotta, non è tuttavia un presupposto indispensabile per la valutazione dell'attendibilità, ove non emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità» (Cass., Sez. III, 7 luglio 2011, n. 38211, CED 251381); ancora è stato stabilito che in tema di reati sessuali, la sola età adolescenziale del minore abusato non costituisce "*in re ipsa*" circostanza tale da escluderne la capacità a deporre in assenza di patologie incidenti su tale capacità (Cass., Sez. III, 6 maggio 2008, n. 27742, CED 240695); si segnala tuttavia che in un caso di rigetto di perizia psicologica su minore in tenera età la Corte ha osservato che «il rifiuto del giudice di disporre una perizia in contraddittorio è sicuramente ingiustificato ed illegittimo, almeno in una situazione come quella descritta, in cui la difesa non era stata messa in grado nemmeno di verificare le videocassette e le audiocassette che documentavano i colloqui della CT del PM con il minore, né la rimanente documentazione sulla attività della CT di parte. La difesa, infatti, non ha avuto la possibilità di contestare, sul piano scientifico, le conclusioni della CT di parte, secondo la quale il contenuto delle dichiarazioni del bambino non era il risultato di una elaborazione fantasiosa propria o dell'età o della struttura personologica del minore. D'altra parte, esattamente il ricorrente lamenta la violazione del principio della formazione della prova in contraddittorio, posto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6, lett. d, della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. È vero che nel presente processo questo principio è stato rispettato per quanto riguarda l'esame del minore nel corso della incidente probatorio, ma è anche vero che l'imputato aveva il diritto di assistere, per mezzo di propri consulenti, agli esami cui era stato sottoposto il minore, o quanto meno di far verificare da propri consulenti la documentazione, anche audiovisiva, di tali esami. Verifica questa che non poteva certamente farsi in sede di incidente probatorio, nel quale era solo possibile assistere all'esame della parte offesa ma non eseguire approfondimenti e test sulla sua personalità» (Cass., Sez. III, 23 febbraio 2011, n. 26692, CED 250629).

giudiziaria, pubblico ministero o avvocato) di delegare ai tecnici l'esame in assenza dell'autorità abilitata a svolgere le indagini.

In particolare, non è prevista la possibilità di delegare la raccolta della testimonianza all'esperto.

Le dichiarazioni assunte dagli esperti *senza* la presenza dei titolari del potere di indagine sono inutilizzabili nel giudizio di merito e hanno una limitata utilizzabilità in ambito endoperitale (art. 228 c.p.p.)⁴.

La previsione dell'obbligatorio ausilio del tecnico non può dunque essere interpretato come introduzione di un (nuovo) soggetto processuale legittimato a raccogliere elementi di prova dichiarativa.

Se così fosse stato, avrebbe dovuto essere introdotta una nuova autorità certificante, una sorta di "tecnico abilitato alla assunzione di dichiarazioni". Così non è stato.

Il legislatore si è limitato a prevedere la presenza obbligatoria dell'esperto con l'obiettivo di individuare una modalità di protezione del minore nel delicato momento in cui entra in contatto con la giurisdizione. L'esperto affianca il soggetto istituzionalmente preposto alla raccolta della prova dichiarativa effettuando una "mediazione" nella raccolta delle dichiarazioni, fondata sul presupposto che le persone in età evolutiva (chiamate a deporre in relazione a fatti di abuso sessuale o sfruttamento della prostituzione) necessitano di particolari cautele.

Si tratta di una scelta volta *non* a sostituire la parte investigante con il tecnico, ma a consentire a quest'ultima di dotarsi di abilità (non solo utili ma) necessarie alla audizione del minore

Delineata in tal senso la *ratio* della modifica normativa diventa ancora più evidente la necessità di evitare di procedere alla audizione in assenza della parte investigante.

La dichiarazione raccolta dal tecnico senza la presenza del soggetto legittimato a raccogliere elementi di prova dichiarativa sarebbe inutilizzabile (anche in fase cautelare o nel giudizio abbreviato) come "dichiarazione", dunque non fruibile per le contestazioni e non trattabile in motivazione come testimonianza.

2.2.2. Il contatto con il minore

Quanto alle *modalità* non è stato chiarito se all'esperto possa essere delegata *integralmente* la conduzione dell' audizione o se il tecnico abbia invece la (più limitata)

⁴ È consolidato l'orientamento secondo cui «Le dichiarazioni rese al consulente tecnico del pubblico ministero (o al perito) dai minori nei confronti dei quali si svolgono accertamenti in ordine alla loro credibilità ed attendibilità sono utilizzabili soltanto ai fini delle conclusioni dell'incarico di consulenza ma non della ricostruzione del fatto, giusto il divieto di cui all'art. 228, comma terzo c.p.p. e il disposto degli artt. 392 comma 1-bis e 398 comma 5-bis c.p.p.» (Cass., Sez. I, 11 gennaio 2012, n. 12731, CED 252600; nello stesso senso, anche Cass., Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 6887, CED 249569, *contra* in materia di giudizio abbreviato, Cass., Sez. III, 11 novembre 2011, n. 2101, CED 242256).

funzione di affiancare il pubblico ministero, il difensore o l'ufficiale di PG, con il compito di fornire un supporto nei casi in cui l'audizione divenga "critica".

La questione è particolarmente delicata in quanto la raccolta delle "prime" dichiarazioni è considerata dalla giurisprudenza di legittimità come uno dei momenti essenziali dello svelamento⁵. Eventuali suggestioni (anche involontarie) o errori nella relazione con il teste possono causare danni significativi, se non irrimediabili, alla testimonianza.

Se si assume come corretta la premessa che il ricordo si struttura attraverso la relazione dell'esaminato con l'intervistatore, deve accettarsi la conseguenza che una audizione irregolare (suggestiva, etero inducente o semplicemente "non empatica") si ripercuote sulla genuinità della prima dichiarazione. Tale *dichiarazione* è destinata a diventare un "tassello" della successiva *testimonianza*, che a quel primo prodotto mnemonico (frutto di interazione) succederà, componendosi (anche) della rielaborazione dell'evento "prima-dichiarazione"⁶.

La rilevanza ai fini della valutazione di attendibilità della testimonianza del primo contatto con l'autorità accresce la responsabilità di chi conduce l'intervista.

Questa persona dovrà non solo evitare, nei limiti del possibile, che il minore patisca dalla audizione effetti di vittimizzazione secondaria, ma anche tendere a non inquinare la fonte di prova con domande implicative o suggestive.

L'esperto mediatore, nei casi in cui conduca in prima persona l'esame e non gli sia affidato alcun accertamento psicologico, dovrebbe evitare di effettuare l'intervista con finalità cliniche, ma dovrebbe orientare "direttamente" l'esame verso la raccolta di elementi utili a far luce sul fatto che si indaga.

L'esame del minore è un "elemento di prova" e l'obiettivo di limitare gli effetti del trauma da impatto con la giurisdizione non deve far perdere di vista la funzionalità dell'atto all'accertamento dei fatti per cui si procede.

L'audizione dovrebbe pertanto essere condotta avendo cura di raccogliere non solo le indicazioni sul "fatto", ma anche gli elementi di contorno utili all'immediato controllo della verosimiglianza del racconto, e funzionali, nelle fasi più avanzate del processo, alla complessa verifica di attendibilità.

⁵ La Corte di cassazione ha osservato che «gli studi sulla memoria infantile hanno comprovato come i bambini, della età delle attuali parti lese, presentino modalità relazionali orientate in senso imitativo ed adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e – non avendo adeguate risorse critiche e di giudizio ed un distinto sentimento del sé – tendano a non differenziare le proprie opinioni da quelle dello interlocutore. Pertanto, è necessario che colui che li interroga non ponga inopportune domande inducenti o suggestive e non trasmetta informazioni che vengono recepite dai bambini ed utilizzate nel rispondere; ogni occasione narrativa, se posta in essere con un non corretto metodo verificazionista di una tesi preconcepita, potrebbe condizionare negativamente il ricordo del fatto da parte del minore. Per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, è utile potere ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l'incremento del racconto sia dovuto alla abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze» (Cass., Sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, CED 247285).

⁶ BARTLETT, *La memoria*, Milano, 1974; FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2010.

All'intervistatore non è dunque richiesta solo la capacità di "entrare in contatto" con il minore, ma anche un "senso della prova" che garantisca la raccolta di dati processualmente fruibili.

Chiarita la necessità della presenza dell'autorità investigante, si segnala la assenza di indicazioni circa le modalità di una audizione che si presenta strutturalmente come "congiunta".

Affidare integralmente l'intervista al tecnico potrebbe comportare il rischio di non ottenere dal colloquio la esplorazione dei temi di prova utili per la verifica della attendibilità giudiziale. Di contro, la gestione "congiunta" dell'esame rischia di essere disorientante, soprattutto quando tra la parte e il tecnico non esiste un rapporto di conoscenza che garantisca l'armonico sviluppo della audizione congiunta.

Pertanto se il tecnico riterrà che il *setting* della audizione (composto dalla parte investigante, dal mediatore e dall'eventuale cancelliere) sia *destabilizzante* per il minore o comunque ostativo alla creazione di un clima empatico, sarà opportuno prevedere l'uso del vetro unidirezionale.

Il pubblico ministero, la polizia giudiziaria (o il difensore) potranno assistere all'audizione "dietro il vetro" senza interferire sulla corrente comunicativa e senza contribuire all'innalzamento di prevedibili "muri" di silenzio elevati dal minore per difendersi dall'"ispezione" di aree molto intime.

L'autorità investigante non perderà comunque il controllo della audizione e potrà "dirigerla" orientando il tecnico (utilizzando le opportune cautele⁷) alla esplorazione dei temi di prevalente interesse processuale.

2.2.3. In conclusione

a) Il tecnico non è abilitato a raccogliere le informazioni dal minore in assenza della parte richiedente. Tali informazioni sarebbero inutilizzabili anche in ambito endoprocedimentale (misure cautelari) oltre che inidonee a fondare il giudizio nei riti a prova contratta.

b) Il tecnico svolge la funzione di *mediatore* garantendo che il contatto tra autorità investigante e minore avvenga con modalità non traumatiche e favorenti il flusso comunicativo.

c) Chi raccoglie la prova può partecipare direttamente all'esame (affiancando il tecnico) o limitarsi a controllarlo dietro il vetro specchio, intervenendo – con le dovute cautele – nei casi in cui lo ritenga opportuno.

d) Il tecnico deve indirizzare le sue abilità prevalentemente verso l'abbattimento dei rischi di vittimizzazione secondaria, e se non è espressamente richiesto, deve evitare di condurre l'intervista con le modalità proprie delle sedute di

⁷ Non si ritengono opportuni metodi di comunicazione "diretti" (telefoni cuffie, citofoni *et similia*) che possono distrarre il minore ed interrompere il flusso comunicativo. È preferibile far uscire l'intervistatore dalla stanza con un pretesto e comunicare le necessità rilevate.

accertamento psicodiagnostico, orientando l'esame verso l'accertamento giudiziale. La traccia dell'esame, intesa come indicazione delle aree tematiche da esplorare, dovrà essere (accuratamente) indicata dalla chi raccoglie la prova. Parzialmente diverso può essere l'approccio quando al tecnico sia affidato non solo il compito di *mediare* il rapporto tra autorità e minore, ma anche quello di analizzare la *capacità* a testimoniare del dichiarante. In questo caso la raccolta delle informazioni per quanto diretta principalmente alla individuazione di elementi di prova potrà indugiare su temi di interesse psicologico, in quanto il colloquio andrà ad inserirsi in un percorso di accertamento più complesso.

2.3. La qualifica processuale dell'esperto

Se all'esperto compete il compito di facilitare la comunicazione tra l'autorità deputata a raccogliere le informazioni ed il minore, il suo inquadramento giuridico non può che essere quello del consulente tecnico.

Il riferimento all' "ausiliario" appare improprio: la Corte di cassazione ha in più occasioni precisato che tale termine va riferito all'ausiliario di cancelleria e non alla persona che assiste il pubblico ministero nella audizione del minore (v. *infra* §5).

Il codice prevede la figura dell'ausiliario con competenze tecniche *esclusivamente* per la polizia giudiziaria che, nello svolgimento della attività di accertamento urgente, può avvalersi di "ausiliari" con le competenze specialistiche necessario per l'espletamento degli accertamenti (art. 346 comma 4 c.p.p). Di contro, il pubblico ministero quando ha bisogno di ausili tecnici *deve* ricorrere allo strumento della consulenza prevista dall'art. 359 c.p.p.

La riforma prevede che la nomina dell'esperto sia di competenza del pubblico ministero anche nei casi in cui la audizione venga effettuata dalla polizia giudiziaria.

La nomina da parte dell'autorità inquirente conforta la tesi che l'esperto vada classificato come "consulente tecnico" del pubblico ministero anche se affianca la polizia giudiziaria.

I riflessi della novella sulla organizzazione del lavoro delle Procure saranno significativi.

Se si parte dal presupposto che la presenza dell'esperto è obbligatoria quando si procede a qualunque audizione di minore, anche nei casi di audizione *urgente* il pubblico ministero dovrà provvedere alla nomina ed al conferimento del relativo incarico. Non saranno infrequenti i casi in cui per effettuare l'identificazione dell'autore del reato occorrerà escutere la giovane vittima nell'immediatezza dei fatti.

Lo scenario prevedibile è l'istituzione di un elenco di esperti "reperibili" cui il pubblico ministero può attingere per conferire l'incarico urgente⁸. È ragionevole che tale nomina possa essere effettuata oralmente dal pubblico ministero di turno. Traccia

⁸ In tal senso la organizzazione della Procura di Roma.

scritta della nomina resterà nelle annotazioni di polizia giudiziaria che descriveranno le prime fasi dell'attività investigativa.

In diverse occasioni si renderà necessario conferire l'incarico per fatti non iscritti nel registro delle notizie di reato (perché la *notitia criminis* non è stata formalmente trasmessa in Procura e la polizia giudiziaria è impegnata nello svolgimento degli accertamenti urgenti).

Il caso prospettato è destinato ad essere frequente. Le dichiarazioni rese nell'immediatezza del fatto dalla vittima sono essenziali per la identificazione dell'autore del reato e non è opportuno rinviarne l'assunzione per attendere la formalizzazione dell'iscrizione ed il conferimento dell'incarico per atto scritto.

Al consulente nominato dal pubblico ministero per la mediazione nel corso dell'esame del minore debba essere conferito l'incarico «di assistere la polizia giudiziaria o il pubblico ministero nel corso della raccolta delle dichiarazioni che il minore renderà in fase investigativa e di effettuare ogni intervento utile ad evitare che il testimone possa patire dalla testimonianza effetti di vittimizzazione secondaria».

Il pubblico ministero dovrà valutare l'opportunità di conferire al tecnico anche l'incarico "parallelo" di accertamento della capacità a testimoniare.

Un eventuale originaria sottovalutazione della necessità dell'accertamento psicologico potrebbe essere "sanata" attraverso la "estensione" dell'incarico.

Diversamente, qualora si ritenga che l'incarico di mediazione nell'ascolto non sia estensibile, e che il primo tecnico abbia maturato una incompatibilità con il "nuovo" incarico (ai sensi del combinato disposto degli artt. 225 e 222 comma 1 lett. e c.p.p.), si moltiplicherebbe il numero delle persone che entrano in contatto con il minore, con sensibile aumento del rischio di vittimizzazione secondaria

Si segnala inoltre la inopportunità di assegnare al tecnico un incarico *ad acta*.

Le indicazioni della normativa sovranazionale sono univoche nel senso di indicare la necessità che il minore debba essere sentito – ove possibile – sempre dalla *stessa* persona nel corso del processo⁹.

Nel nostro sistema non è tuttavia possibile che l'audizione in contraddittorio incidentale o dibattimentale sia effettuata dal consulente del pubblico ministero. Chi ha svolto la funzione di consulente di parte matura infatti una incompatibilità ad essere nominato perito del giudice (art. 225 c.p.p.).

Tanto ricordato, non può non rilevarsi la opportunità che tutte le dichiarazioni raccolte in via unilaterale dalla *medesima parte* siano assunte con l'ausilio di un *unico tecnico*. Dunque il conferimento dovrà essere esteso alla partecipazione dell'esperto a tutte le audizioni svolte nel corso delle indagini sotto la direzione del pubblico ministero (o a tutte quelle svolte dal difensore nell'esercizio dei suoi poteri di investigazione difensiva).

⁹ Così per quanto riguarda i minori dispone l'art. 35 lett. d della Convenzione di Lanzarote; la direttiva 2012\29\UE che istituisce misure minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001\220 GAI dispone nello stesso senso facendo salve eventuali prevalenti esigenze di buona amministrazione della giustizia (art. 23 comma 2 lett. c).

Resta da chiedersi se sia corretto utilizzare lo strumento dell'art. 359 c.p.p. per il conferimento dell'incarico al tecnico.

Sul punto vale la pena di rimarcare che l'oggetto dell'incarico da affidare all'esperto (nei casi in cui non si ritenga necessaria la consulenza per l'accertamento della capacità a testimoniare), ovvero l'attività di mediazione tra pubblico ministero e minore si presta ad essere inquadrata tra le operazioni tecniche per cui siano necessarie specifiche competenze.

Potrebbe sostenersi che la mediazione nella audizione nella *singola* audizione in ragione della unicità spazio temporale della *singola* testimonianza sia un incarico che ha un suo contenuto di irripetibilità e, dunque, debba essere trattato con lo strumento previsto dall'art. 360 c.p.p. che consente il confronto preprozessuale tra accusa e difesa.

Se l'intervento del tecnico è un intervento di mediazione comunicativa, tale apporto è parzialmente intriso dei caratteri di irripetibilità connessi alla (storica) unicità di ogni atto testimoniale strutturalmente non ripetibile nelle medesime condizioni spazio temporali.

Tale ausilio non può essere inquadrato come *accertamento* tecnico irripetibile in quanto è carente il requisito ontologico dell'attività accertativa, venendo in rilievo solo una *operazione* tecnica che si esprime nell'ausilio alla creazione di una relazione non traumatica con la parte investigante.

L'incarico di effettuare una attività di mediazione ed ausilio non ha dunque natura di *accertamento* (nulla vi è da verificare o disvelare), ma piuttosto quella di *operazione tecnica non accertativa* necessita di competenze extragiudiziali.

La valutazione in questione deve essere effettuata facendo riferimento a diversi parametri quando all'esperto sia affidata la valutazione della capacità a testimoniare.

In tal caso il tecnico non deve solo effettuare una mediazione nella comunicazione, ma deve anche compiere un vero e proprio accertamento.

La instabilità degli assetti psicologici in fase evolutiva potrebbe indurre alcuni a ritenere che l'accertamento sulla capacità a testimoniare abbia dei connotati di irripetibilità¹⁰.

¹⁰ Sul punto la Corte di Cassazione ha stabilito che «in tema di reati sessuali in danno di minori di età, 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 GIP l'incidente probatorio, essendo ammissibile il ricorso alla procedura non garantita prevista dall'art. 359 c.p.p., le cui risultanze hanno tuttavia valore solo endoprocesso, sottraendo agli indagati la facoltà di controllare, tramite i difensori ed i consulenti tecnici, l'operato del consulente» (in motivazione la Corte, nell'enunciare il predetto principio, ha precisato che le risultanze della consulenza personologica ex art. 359 c.p.p. sono utilizzabili nei riti speciali ovvero nel giudizio ordinario, sull'accordo delle parti: Cass., Sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147, CED 237554); pur legittimando il ricorso alla procedura non dialettica di accertamento, la Corte di legittimità non esclude a priori la possibilità di ricorso alla procedura ex art. 360 c.p.p. Non può non rilevarsi come la scelta di tale procedura involge la necessità di ostendere gli atti con possibili conseguenze negative sullo svolgimento delle indagini.

La giurisprudenza tende tuttavia a riconoscere la legittimità dell'inquadramento degli accertamenti psicodiagnostici nell'alveo dell'art. 359 c.p.p. e dunque a ritenerli normalmente ripetibili. Tale valutazione risulta coerente con lo sviluppo "ordinario" dei processi per abuso o sfruttamento sessuale dei minori che evolvono naturalmente nel contraddittorio incidentale, che generalmente è effettuato pochi mesi dopo l'effettuazione degli accertamenti psicodiagnostici: sicchè la valutazione dell'assetto psichico del minore può essere ripetuta basandosi sulla ragionevole invarianza dei dati¹¹.

2.4. *L'audizione del difensore (anche di parte offesa)*

Nel caso in cui l'audizione del minore sia effettuata nell'ambito delle indagini difensive, l'esperto sarà nominato dal pubblico ministero, ma dallo stesso difensore.

Il tecnico così nominato avrà la qualifica di consulente tecnico della difesa e dovrà essere necessariamente diverso da quello (eventualmente) nominato dal pubblico ministero.

Nella prassi si registra uno scarso ricorso alla audizione difensiva del minore, ragionevolmente a causa delle difficoltà di gestione di un teste fondamentale, la cui "manipolazione" è particolarmente rischiosa.

In realtà la carenza di tutela del diritto alla "attiva" partecipazione dell'offeso alle indagini che caratterizza il nostro sistema potrebbe essere sanato proprio dall'esercizio del diritto alle indagini difensive¹².

Tale funzione "proattiva" delle indagini difensive, utile alla integrazione del quadro probatorio, se concretamente esercitata, può tuttavia aumentare i rischi di

¹¹ Il tema è stato recentemente affrontato dalla III Sezione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 3258 del 4 dicembre 2012 (depositata il 22 gennaio 2013). La Corte ha ritenuto che il mancato tempestivo esperimento di un accertamento tecnico in contraddittorio abbia leso le prerogative della difesa che non ha potuto sottoporre a vaglio critico i risultati di una consulenza tecnica affidata ai sensi dell'art. 359 c.p.p. e divenuta la "base" della prova scientifica utilizzata per la decisione. La sentenza rileva perché pur evidenziando che in fase di indagine esiste una esigenza di *segretezza* (che impone l'utilizzo dello strumento previsto dall'art. 359 c.p.p.), nei casi in cui il minore esaminato sia in tenera età la presenza di «strutture mobili della personalità che si evolvono e si modificano» rende non utile un accertamento in contraddittorio effettuato a distanza di molto tempo dal primo. La Corte rileva che la consulenza tecnica *ex art. 359 c.p.p.* era stata utilizzata come prova senza rispettare i parametri indicati dall'art. 512 c.p.p. per gli atti irripetibili (in particolare mancava la richiesta e non era stato effettuato il giudizio di prognosi postuma circa la non esperibilità del contraddittorio tecnico nel corso delle indagini). La Corte di cassazione, pur non "vietando" il ricorso allo strumento dell'art. 359 c.p.p., di fatto invita il pubblico ministero a sollecitare, in tempi compatibili con la modifica della personalità del minore, l'attivazione di un contraddittorio tecnico che garantisca pienamente il diritto di difesa.

¹² Secondo la Corte di Cassazione «non sono affetti da nullità o inutilizzabilità i verbali di dichiarazioni rese dalla persona offesa al proprio difensore in sede di investigazioni difensive» (in motivazione la Corte ha disatteso la tesi secondo cui la persona offesa non rientrerebbe tra le «persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa», cui il difensore può richiedere il rilascio di sommarie informazioni ai sensi dell'art. 391 *bis* c.p.p.: Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 33898, CED 248096).

vittimizzazione secondaria che conseguono alla moltiplicazione delle audizioni. Al ripetersi degli esami si assocerebbe la moltiplicazione degli intervistatori e, ragionevolmente, la divaricazione delle tecniche di intervista.

Il minore si troverebbe a confrontarsi con diversi stili di comunicazione (scelti da diversi esperti) con il prevedibile effetto di indurre una sensazione di disorientamento, destinata ad accrescersi in occasione della audizione in contraddittorio, quando l'esame dovrà essere necessariamente condotto da una *ulteriore* persona.

2.5. Il coordinamento delle attività tra giurisdizioni "parallele"

È frequente che contestualmente a quello penale pendente presso il Tribunale per i minorenni o quello civile (tipici i casi di procedimenti penali "paralleli" a procedimenti per separazioni conflittuali) un procedimento *parallelo*, che richieda l'audizione del minore.

C'è da chiedersi se l'obiettivo della contrazione delle audizioni e quello di fare ascoltare i minori sempre dalla stessa persona possa essere almeno in parte perseguito attraverso la predisposizione di esami congiunti o attraverso la nomina degli stessi esperti¹³.

Si tratta di un coordinamento di estrema difficoltà, in quanto di regola gli accertamenti psicologici disposti dalle giurisdizioni civile e minorile hanno come oggetto l'accertamento della capacità genitoriale e delle relazioni endo-familiari e non l'analisi della capacità a testimoniare.

Se la nomina degli *stessi* esperti presenta dei profili di inopportunità per il concentramento in capo ad un unico tecnico di più competenze (e poteri), l'esame *congiunto* presenta il rischio di non consentire la completa esplorazione delle aree di competenza delle giurisdizioni "parallele" a quella penale, laddove (come è prevedibile) i tecnici incaricati dalle giurisdizioni civili e minorili fossero costretti alla posizione di "osservatori" e non di "attori" principali dell'esame clinico.

I tecnici incaricati dalle giurisdizioni civili e minorili potrebbero infatti posizionarsi dietro il vetro specchio ed *osservare* il colloquio clinico condotto dall'esperto incaricato dall'autorità penale.

La carenza di diretta interazione potrebbe (in ipotesi) essere integrata attraverso il mandato all'esperto penale di esaminare le aree di interesse degli esperti civili.

¹³ In materia di incompatibilità la Corte di legittimità ha stabilito che "non trovano applicazione, neppure in via analogica nei confronti dei consulenti tecnici del P.M. le ipotesi di incapacità ed incompatibilità dei periti previste dall'art. 225, comma terzo, cod. proc. pen., nè sussiste alcuna inutilizzabilità degli accertamenti eventualmente compiuti dai consulenti tecnici che si trovino in una delle situazioni di cui all'art. 222 cod. proc. pen. (In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso che sussistesse l'incompatibilità di un esperto di psicologia infantile, nominato dal P.M. quale consulente tecnico in un procedimento per reati sessuali, già incaricato dal Tribunale dei Minorenni per seguire il minore abusato; Cass. Sez. 3, 7 aprile 2010 n. 24294 C.E.D. Cass. n. 247870).

Non vi è chi non veda la estrema difficoltà operativa di questa ipotesi di coordinamento.

L'art. 609 *decies* c.p. prevede che quando si procede per i reati di abuso e sfruttamento sessuale dei minori il Procuratore della repubblica ne dia immediata notizia al Tribunale per i minorenni.

Il coordinamento previsto da tale norma è complicato dal fatto che gli atti formati nel corso della fase delle indagini sono coperti dal segreto, diversamente da quelli relativi al procedimento minorile.

L'onere di trasmissione degli atti al Tribunale per i minorenni previsto dall'art. 609 *decies* c.p., se non adeguatamente "corretto" attraverso la trasmissione alla competente Procura (che ha l'obbligo di mantenere segreti i relativi atti) rischia di produrre una anticipata e dannosa *discovery* (in tale senso sono si sono orientati gli estensori di protocolli di coordinamento tra Procura e Tribunale per i Minorenni in vari distretti giudiziari).

2.6. Le sanzioni

Per quanto i verbali delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari abbiano una utilizzabilità limitata alle decisioni cautelari, ai riti a prova contratta ed alle contestazioni dibattimentali, ci si deve chiedere quali siano gli effetti sull'utilizzabilità delle dichiarazioni della violazione della norma che impone la presenza dell'esperto.

Occorre distinguere il caso il cui il minore venga esaminato dal consulente *senza* la presenza dell'organo (pubblico ministero, difensore o ufficiale di polizia giudiziaria) legittimato a raccogliere dichiarazioni dal caso in cui il minore venga esaminato dall'autorità legittimata senza la presenza dell'esperto.

Quanto alla prima evenienza, è prevedibile che la locuzione «si avvale» possa essere interpretata come possibilità di delegare *in toto* al tecnico la raccolta delle dichiarazioni. In tal caso si è di fronte ad un atto radicalmente inutilizzabile. Infatti i soggetti legittimati a certificare le dichiarazioni giudiziariamente rilevanti sono *solo* le parti processuali (e la polizia giudiziaria).

La legge di ratifica ha inteso colmare le lacune di competenza di tali soggetti attraverso la introduzione di una "consulenza obbligatoria". Il legislatore non ha tuttavia introdotto un *nuovo* soggetto abilitato alla assunzione di dichiarazioni giudiziariamente rilevanti (modificando lo "statuto" di formazione della prova dichiarativa).

Dunque, nel caso in cui le dichiarazioni siano assunte solo dal consulente, le stesse devono considerarsi inutilizzabili come fonte di prova dichiarativa.

Si tratta di un caso di prova non prevista dalla legge e non idonea ad entrare nel *genus* delle "prove atipiche" nella misura in cui la forma prescelta (affido della escussione del teste al solo consulente) non trova la sua ragione nella assenza di forme tipiche per l'assunzione della prova, ma si pongono in aperto contrasto con il modello legale esistente.

Le dichiarazioni in questioni devono dunque ritenersi affette dalla forma più grave di inutilizzabilità e non possono trovare alcuna forma di utilizzo, né nei provvedimenti cautelari, né nelle decisioni conseguenti alla scelta di accesso ai riti a prova contratta.

Sul punto, appare chiarificatore il divieto previsto dall'art. 228 c.p.p che impedisce di utilizzare come prove dichiarazioni rese al perito ed al consulente se non in ambito endoperitale. Le dichiarazioni in questione sono assunte con modalità estranee allo "statuto della prova dichiarativa": si tratta di dichiarazioni rese in ambiente procedimentale da soggetto investito di poteri di accertamento tecnico (o di ausilio all'autorità investigante) non legittimato alla certificazione di dichiarazioni utilizzabili come elemento di prova.

Le dichiarazioni rese al tecnico nel corso degli accertamenti peritali potranno pertanto essere utilizzate *solo* come base cognitiva di valutazioni tecniche, ma non giudiziali.

Diverso è il caso in cui le dichiarazioni siano assunte dall'organo legittimato *in assenza* del consulente tecnico.

È prevedibile che – anche in questo caso – si sostenga di essere di fronte ad un atto affetto dalla forma più grave di inutilizzabilità e che sarà sostenuta la tesi secondo cui violata una regola processuale l'atto debba essere *escluso* dall'area del giudiziariamente rilevante.

Secondo la giurisprudenza della Corte di legittimità l'inutilizzabilità non può derivare dalla violazione di qualsiasi norma che detti regole per l'assunzione della prova, che semmai può dare luogo ad una irregolarità dalla quale, in relazione alla sua natura e gravità, può derivare la nullità assoluta o relativa, ad essa ricollegabile secondo il principio di tassatività di cui all'art. 177 stesso codice¹⁴. Occorre cioè distinguere la violazione di divieti di legge cui consegua una acquisizione *contra legem*, dalla violazione delle regole per la corretta formazione di una prova.

Il divieto cui consegua l'inutilizzabilità è quello che esclude la prova non quello che si ricava *a contrario* dalle regole previste per la sua assunzione.

Quando invece la fonte di prova – come nel caso che ci occupa – è non solo prevista come *tipica* (si tratta di dichiarazioni predibattimentali prodromiche alla formazione della testimonianza), ma anche disciplinata nelle sue *modalità* di

¹⁴ Secondo la Corte di Cassazione «in tema di esame testimoniale, la violazione del divieto di porre domande non pertinenti o suggestive, da un lato, 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» (Cass., Sez. III, 25 giugno 2008, n. 35910, CED 241090); in dottrina, FERRUA, *Domande nocive e domande suggestive, tra equivoci del legislatore e contrasti giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza Commentata*, 2012, 70; ID, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 60.

assunzione, deve escludersi il ricorso alla più grave delle sanzioni. La scure della inutilizzabilità, che ha l'effetto di escludere dal giudiziariamente rilevante l'atto assunto *contra legem*, è destinata a colpire i casi (emblematico quello della testimonianza raccolta da soggetto processuale non legittimato: art. 228 c.p.p.) in cui la prova sia stata acquisita in violazione di espressi divieti; secondo alcuni, l'inutilizzabilità dovrebbe addirittura essere riservata ai casi in cui la violazione del divieto imposto comporti anche la violazione di diritti fondamentali (tra cui, primariamente, il diritto di difesa¹⁵).

L'estensione delle competenze del soggetto legittimato a raccogliere le dichiarazioni attraverso la previsione della presenza obbligatoria di un esperto si colloca nell'area della *regole* per la assunzione della prova, e non dei *divieti* di utilizzazione.

La violazione della regola che impone la presenza dell'esperto non può neppure essere qualificata come nullità, dato che tale sanzione non è stata espressamente prevista dalla legge e, comunque, la mancata presenza dell'esperto non è idonea a ledere il diritto di difesa essendo norma posta a tutela del teste.

Tuttavia la violazione delle regole che disciplinano le modalità di assunzione non può essere priva di effetto.

Le regole poste a presidio della formazione della prova dichiarativa (anche nella sua fase embrionale) sono poste (anche) a tutela della genuinità della testimonianza.

Una assunzione irregolare potrebbe avere effetti sulla genuinità del "prodotto" probatorio destinata a ripercuotersi nel successivo sviluppo della progressione dichiarativa.

Se si ritiene che la presenza dell'esperto sia finalizzata non solo alla tutela del dichiarante, ma anche ad assicurare, attraverso il rispetto di regole condivise di intervista, la genuinità della testimonianza, ne deriva che all'assunzione delle dichiarazioni in assenza dell'esperto deve essere assegnata una valenza "probatoria" (nei limiti in cui tali atti sono destinati ad assumerla) ridotta o attenuata.

Tali dichiarazioni dovranno essere pertanto valutate con maggiore cautela e l'onere motivazionale del giudice ne risulterà (inevitabilmente) aggravato.

La fonte di prova assunta in modo irregolare non dovrà dunque essere "espunta" dall'area del giudiziariamente rilevante, ma dovrà, piuttosto, essere "valutata" con maggiore cautela.

Si avrà cioè una sorta di "depotenziamento" del valore probatorio del dichiarato, sanabile attraverso accurate valutazioni che dovranno essere riversate nel percorso motivazionale relativo alla attendibilità. Si tratta di un effetto da "assunzione irregolare" del tutto sovrapponibile a quello individuato dalla Corte di legittimità in

¹⁵ BALSAMO - RECCHIONE, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.*, 2010, 10.

relazione alla posizione al minore di domande suggestive¹⁶: in tal caso la Corte offre al giudice non una regola di *esclusione* (la inutilizzabilità appunto), ma una regola di *valutazione* destinata a “precipitare” nell’aggravamento degli oneri motivazionali sulla valutazione dell’attendibilità; il che conduce naturalmente alla valorizzazione probatoria degli elementi di conferma estrinseca.

3. Le modalità di escussione e gli effetti sulla valutazione

Se si parte dall’assunto, condiviso dagli psicologi che la posizione di domande suggestive è idonea a inquinare il prodotto testimoniale, essendo l’evocazione mnemonica “guidata” dalla suggestione etroinducibile, le modalità di conduzione dell’esame, anche nella fase embrionale in cui si insedia la dichiarazione assistita, diventano essenziali. Non solo per i possibili riflessi della intervista suggestiva sulla dichiarazione unilaterale che diventa “prova” con l’accesso ai riti alternativi, ma anche per il fatto che, se si assume che il ricordo si genera e compone (anche) attraverso la relazione con l’intervistatore, gli effetti della suggestione conseguente ad un esame scorretto sono destinati a ripercuotersi sulle successive audizioni (compresa quella in contraddittorio).

Gli studi sulla psicologia della testimonianza che hanno evidenziato gli effetti della suggestione sulla genuinità della dichiarazioni sono alla base di alcune sentenze della Corte di cassazione che hanno evidenziato le carenze motivazionali di decisioni che non avevano considerato gli effetti negativi delle domande suggestive rivolte al minore nelle corso dell’esame¹⁷.

Tali approdi indicazioni della giurisprudenza di legittimità inducono a ritenere superato l’orientamento che riteneva che il pubblico ministero non è vincolata alle regole previste per l’assunzione della prova dichiarativa in ambiente dibattimentale¹⁸

¹⁶ Il giudice che procede all’esame diretto del testimone minorenne non può formulare domande suggestive (in motivazione la Corte ha precisato che, ove si ritenesse diversamente, si arriverebbe all’assurda conclusione che le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie: Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, CED 250615). Così si è ancora stabilito che «Il divieto di porre al testimone domande suggestive si applica a tutti i soggetti che intervengono nell’esame, operando, ai sensi del comma secondo dell’art. 499 c.p.p., per tutti costoro, il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e dovendo, anche dal giudice, essere assicurata, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma sesto del medesimo articolo» (fattispecie di esame di minore persona offesa del reato *ex art. 609 quater* c.p.p.: Cass., Sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373, CED 252134); in precedenza la Corte aveva stabilito che «Il divieto di porre al testimone domande suggestive non opera né per il giudice né per l’ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell’esame testimoniale del minorenne» (in motivazione la Corte ha precisato che l’eventuale vizio di acquisizione delle dichiarazioni effettuate dal minore non integra un problema di utilizzabilità, ma può formare oggetto di gravame sotto il profilo dell’attendibilità del risultato della prova a causa delle modalità della sua assunzione (Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, CED 246205).

¹⁷ Le sentenze in questione sono citate nella nota che precede.

¹⁸ Secondo la Corte di Cassazione «Il divieto di porre domande suggestive di cui all’art. 499 c.p.p. non si applica alle dichiarazioni rese dalla persona offesa al P.M. durante le indagini preliminari in quanto la

L'effetto della suggestione sulla genuinità del dichiarato può prodursi anche nel corso della audizione di parte.

In questo quadro, è essenziale una preparazione specifica dell'esperto volta all'evitamento di domande suggestive: la mediazione obbligatoria imposta dal legislatore se trova la sua *ratio* principale nella esigenza di tutelare il minore da impatti destabilizzanti con operatori non preparati, deve comunque essere orientata a generare una fonte di prova genuina e fruibile.

La collaborazione tra tecnico e parte si profila come essenziale: l'esperto deve conoscere le necessità investigative e sforzarsi di orientare l'intervista su temi giudiziari rilevanti.

La scelta delle modalità di esame dovrà invece essere effettuata tenendo conto del caso concreto.

Se il minore ha un'età prescolare potrebbe essere opportuno evitare il contatto con più persone, che potrebbe avere un effetto destabilizzante.

Inoltre l'ambiente giudiziario (uffici del pubblico ministero o della polizia giudiziaria) potrebbe non essere adatto a favorire il flusso comunicativo. Potrà essere dunque presa in seria considerazione la possibilità di utilizzare per l'esame un ambiente arredato in modo accogliente collegato da vetro specchio alla stanza dove si trova la parte investigante e la strumentazione per la verbalizzazione.

La parte investita del potere di raccogliere le dichiarazioni deve potere mantenere il controllo visivo sull'audizione e "coordinare" lo sviluppo dell'esame curando che vengano analizzate le aree di interesse per l'accertamento della responsabilità¹⁹.

La scelta di ricorso obbligatorio al consulente mediatore potrebbe insomma favorire la diffusione di una cultura della protezione del testimone che estenda anche all'audizione predibattimentale unilaterale le garanzie dell'incidente probatorio.

Tali accortezze potrebbe non esser più necessarie per minori adolescenti o per ragazzi vicini all'età adulta. In tal caso la presenza del consulente potrebbe avere una funzione di garanzia nei casi in cui la parte utilizzasse modalità di intervista "diretta" non appropriate in relazione allo stato emotivo e psicologico del teste.

La scelta del legislatore di generalizzare la necessità del ricorso obbligatorio alla consulenza tecnica estendendolo anche ai casi in cui il minore sia in uno stadio avanzato dell'età evolutiva e negando la possibilità di ogni valutazione discrezionale circa la necessità o meno del supporto, se da un lato "semplifica" la categorizzazione, riducendo l'attributo della vulnerabilità ad un fatto anagrafico, dall'altro introduce un onere processuale capace di "complicare" audizioni che potrebbero essere effettuate in modo snello e diretto senza danni per l'escusso.

norma riguarda il dibattimento e non le indagini preliminari» (Cass., Sez. III, 29 ottobre 2008, n. 43837, CED 241686; Cass., Sez. III, 5 dicembre 2003, n. 984, CED 227679).

¹⁹ Potranno essere utilizzati accorgimenti per contattare l'esperto che assume le dichiarazioni evitando di utilizzare sistemi di comunicazione come citofoni o telefoni che potrebbero alterare la relazione con il minore.

La (estrema) valorizzazione del dato anagrafico come fattore legittimante il ricorso a modalità protette di audizione appare inoltre distonica (nei casi in cui il teste sia anche offeso dal reato), rispetto alle indicazioni della direttiva 2012\29\UE che istituisce norme minime in materia di protezione della vittima nel procedimento penale.

La normativa europea prevede infatti una valutazione preliminare dello stato di vulnerabilità che non valorizza la minore età come dato cui consegue “automaticamente” la applicazione delle norme di protezione. Anche i minori dovranno essere sottoposti ad un esame individuale finalizzato a determinare «se ed in quale misura» i minori debbano avvalersi delle speciali misure di protezione previste dalla Direttiva (art. 22 comma 4 Direttiva 2012\29\UE).

Secondo le indicazioni della direttiva la valutazione di vulnerabilità deve riguardare anche persone maggiorenni con bassa resilienza all’impatto con l’autorità investigante, dunque particolarmente esposti al trauma “da processo”.

4. La videoregistrazione

L’utilizzo della videoregistrazione per documentare la raccolta delle dichiarazioni in fase di indagine è propugnato con forza dalla legislazione sovranazionale.

La videoripresa viene indicata da più fonti come uno strumento idoneo a raggiungere l’obiettivo della contrazione delle audizioni giudiziali, ed adeguato a raggiungere il fine di contenere la vittimizzazione secondaria o “da processo”.

Indicazioni in tal senso si trovano sia dalla direttiva sul traffico degli esseri umani²⁰, sia dalla direttiva sulla protezione minima della vittima nel processo penale²¹.

Tali fonti addirittura indicano come strada percorribile per favorire la contrazione delle audizioni l’utilizzo come prova delle audizioni effettuate nel corso della attività investigativa «nei limiti in cui ciò sia consentito dai principi fondamentali dell’ordinamento».

Malgrado anche la Convenzione di Lanzarote²² all’art. 35 promuova espressamente l’utilizzo della videoregistrazione individuandola come la forma di documentazione da privilegiare quando si assumono le dichiarazioni di un minore, la legge di ratifica evita di farne cenno.

²⁰ All’art. 15 comma 4, la Direttiva 2011\36\UE prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, nelle indagini relative ai reati di cui agli articoli 2 e 3, tutte le audizioni del minore vittima del reato, ovvero del minore testimone dei fatti, possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale, conformemente alle disposizioni di diritto interno».

²¹ La direttiva 2012\29\UE all’art. 24 comma 1 lett. a stabilisce che «nell’ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali».

²² Previsione analoga a quelle riportate nelle due note che precedono si trova all’art. 35 comma 2 della Convenzione di Lanzarote.

La scelta di ricorrere o meno a tale forma di documentazione resta pertanto affidata alla discrezionalità delle parti.

Si tratta di una occasione perduta.

Se la fonte da cui promanano le accuse è un teste in età evolutiva i dubbi circa l'eteroinduzione (anche involontaria) di contenuti nel corso dell'esame svolto in fase di indagine sono destinati a permeare tutto il tessuto processuale.

Le diffidenze sono destinate ad aumentare dopo l'esplicito riconoscimento processuale della valenza inquinante delle domande suggestive.

Se il filone giurisprudenziale che ha riconosciuto il potere corruttivo della domanda implicativa o suggestiva si consoliderà, l'effetto non potrà che esser quello dell'estensione della valutazione negativa della suggestione anche alla raccolta delle dichiarazioni in fase di indagine.

L'unico strumento per valutare in concreto la portata delle eventuali suggestioni (anche inconsapevolmente) trasmesse in fase investigativa è quello di "vedere" come si è svolta l'audizione: quali le posture, quali i toni, quali le pause, quali le domande.

Le fonti sovranazionali indicano addirittura l'opportunità di assegnare dignità di prova alle videoregistrazioni delle testimonianze rese in fase investigativa. Tale indicazione non può trovare attuazione nel nostro sistema, se non nei limiti tracciati dall'art 111 della Carta Costituzionale che assegna valore di prova alle dichiarazioni predibattimentali solo nei casi di impossibilità oggettiva di ripetizione o quando l'imputato vi acconsenta.

Tuttavia le indicazioni in questione conservano integro il loro valore di orientamento nella ricerca di modalità adeguate di tutela del minore (e della prova) a partire dalla fase oscura (oggi) delle indagini, a dispetto della scelta del legislatore della L. 172\12 di non raccoglierle.

Consentire alla parte che non ha raccolto la prova la possibilità di esaminare l'atto nella sua integrità venendo a contatto (attraverso la visione del filmato) con tutte le sfumature dialettiche e relazionali che hanno caratterizzato l'intervista probatoria potrebbe dissolvere i dubbi sulla manipolazione delle dichiarazioni predibattimentale.

Il controllo delle interazioni tra intervistatore e minore che solo la visione del filmato consente potrebbe indirizzare l'interesse processuale sulle effettive criticità dell'atto (finalmente) offerte alla piena critica processuale.

Si tratterebbe di un contraddittorio "sulla" prova (già) formata che – ad avviso di scrive – potrebbe rappresentare una delle manifestazioni più avanzate del giusto processo in una dimensione "allargata" capace di *estendere* le garanzie oltre il contraddittorio dibattimentale per affondare nella fase "oscura" delle indagini²³.

"Sollevare il velo" e mostrare "come" la prova dichiarativa viene raccolta nella fase delle indagini potrebbe avere anche il pregio di consentire scelte avvertite circa l'accesso ai riti a prova contratta, con indubbi effetti positivi sul dichiarante dato che si abbatterebbe il rischio di reiterazioni defatiganti della dichiarazione.

²³ CANZIO, RAFARACI, RECCHIONE, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010.

5. Le incompatibilità

La questione delle incompatibilità dei tecnici (siano essi “mediatori” che incaricati di verificare la capacità a testimoniare) presenta diversi aspetti problematici.

I processi per abuso sessuale sono spesso focalizzati sull’analisi di possibili interventi inducenti dei tecnici che entrano in contatto con il minore sia nella fase giudiziale, che in quella extragiudiziale, nei casi cioè in cui il tecnico, cui si imputa l’eteroinduzione, sia lo psicoterapeuta al quale il minore è stato affidato in seguito all’emersione di alcune anomalie del comportamento.

5.1. Incompatibilità e qualifica del consulente. La questione dell’“ausiliario”

Il nostro codice prevede l’incompatibilità ad assumere l’incarico di *perito* oltre che di chi è stato nominato consulente di parte, anche di chi è incapace di testimoniare (o abbia facoltà di astenersi dal farlo) e di chi è chiamato a prestare l’ufficio di testimone (art. 222 c.p.p.). Tali incompatibilità si estendono al *consulente* di parte, solo – come si vedrà nel dettaglio – qualora lo stesso sia nominato in ambito “peritale”.

Tra gli incapaci a testimoniare il codice prevede, all’art. 197 lett. *d* c.p.p. l’*ausiliario* del giudice o del pubblico ministero.

La previsione ha creato diversi problemi interpretativi in quanto la qualifica di ausiliario è stata (erroneamente) estesa all’esperto chiamato in ausilio del pubblico ministero o della polizia giudiziaria quando dovevano assumersi dichiarazioni da un minore.

La Corte di Cassazione in alcune occasioni ha affermato che il tecnico “ausiliario” matura una incompatibilità a testimoniare²⁴; tale orientamento è stato tuttavia abbandonato ed è stato autorevolmente chiarito (con orientamento che sembra destinato a consolidarsi) che l’esperto non può essere ricompreso nella categoria degli ausiliari: dunque, conserva la capacità a testimoniare e può essere nominato consulente di parte.

La Corte ha chiarito che «la nozione di "ausiliario" non può che essere intesa in senso stretto o tecnico, senza la possibilità di comprendervi soggetti che tali non sono. Altrimenti verrebbe a derogarsi, in modo arbitrario, al principio che chiunque può rendere testimonianza (salvo i casi espressamente previsti), "creando" incompatibilità anche per soggetti non rientranti nelle categorie indicate e quindi non ritenuti dal

²⁴ Secondo l’orientamento oggi minoritario «è incompatibile sia con l’ufficio di testimone (art. 197, lett. *d*, c.p.p.) sia con quello di consulente tecnico (art. 225, comma 3, c.p.p.) l’esperto di neuropsichiatria infantile che abbia partecipato quale ausiliario all’assunzione delle sommarie informazioni rese al Pubblico ministero dal minorenne offeso dal reato, atteso che lo svolgimento di tale compito implica, da parte dell’ausiliario, una valutazione sull’attendibilità della persona offesa dalla quale necessariamente deriva l’incapacità a testimoniare su qualsiasi tema che a detta attendibilità inerisca» (Cass., Sez. III, 26 novembre 200, n. 4526, CED 221052; nello stesso senso Cass., Sez. III, 27 marzo 2003, n. 22935, CED 225376; Cass., Sez. III, 16 novembre 2005, n. 45976, CED 233066).

legislatore incompatibili con l'ufficio di testimone. [...] La conferma definitiva che l'accezione di "ausiliario" venga adoperata dal codice in senso tecnico e non possa estendersi all'estraneo al personale di cancelleria o segreteria che svolga, di fatto, mansioni attribuite istituzionalmente al predetto, si ricava dall'art. 373 c.p.p., comma 6, secondo cui «alla redazione del verbale e delle annotazioni provvede l'ufficiale di polizia giudiziaria o l'ausiliario che assiste il pubblico ministero». Perfino, quindi, all'ufficiale di polizia giudiziaria, che nella fase delle indagini preliminari assiste il P.M. e provvede alla verbalizzarne degli atti indicati dal medesimo art. 373 c.p.p., non viene attribuita la qualifica di ausiliario. Può, conclusivamente, affermarsi il principio di diritto che non può essere assunto come teste chi svolge o ha svolto nel procedimento funzioni di ausiliario (in senso tecnico) del giudice o del pubblico ministero. Non sono condivisibili, perché in contrasto con il non equivoco disposto normativo, quelle decisioni che dilatano la nozione di ausiliario fino a ricomprendervi anche soggetti estranei all'amministrazione, quali ad esempio l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia partecipato all'assunzione delle sommarie informazioni rese al pubblico ministero dal minore offeso dal reato» (così Cass., Sez. III, n. 4526 del 26.11.2001, che ritiene incompatibile con l'ufficio di testimone il predetto esperto; cfr. Cass., Sez. III, n. 22935 del 27.3.2003²⁵; Cass., Sez. III, 9 ottobre 2008, n. 42721, CED 241426).

²⁵ Più nel dettaglio la Corte di Cassazione ha chiarito che: «il codice di procedura penale del 1930 all'art. 450 c.p.p. stabiliva che non potessero essere assunti come testimoni «i giudici, i magistrati, del P.M., i cancellieri, i segretari, anche se appartenenti a giurisdizioni speciali, i quali hanno avuto parte per ragione del loro ufficio negli atti del procedimento...». La norma era quindi chiarissima nella individuazione dei soggetti ausiliari del giudice o del p.m. (cancellieri e segretari). Nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale si è preferito ricorrere alla nozione unitaria di ausiliario, senza per questo allargare le ipotesi di incompatibilità. Di un siffatto presunto allargamento non vi è, infatti, traccia nei lavori preparatori; ne' poteva, certamente, passare inosservata una simile innovazione, attenendo essa al delicatissimo problema della incompatibilità a testimoniare. Nella relazione al progetto preliminare, dopo aver premesso che con l'art. 197 c.p.p. si è inteso porre una normativa precisa dei casi di incompatibilità con l'ufficio di testimone, che non trovano esplicita ed organica disciplina nel codice vigente (pag. 62), viene precisato in relazione alla lett. c (ora lett. d) solamente che «generalizzando espressamente all'intero arco del procedimento la norma oggi posta dall'art. 450 c.p.p., comma 2 in relazione alla fase dibattimentale, è previsto che chi svolge o ha svolto determinate funzioni (giudice, pubblico ministero, segretario), non possa assumere la qualità di testimone, mentre è lasciato alle norme relative alle specifiche funzioni di regolare i casi ed i limiti in cui del loro esercizio non si debba investire chi abbia deposto come testimone nello stesso processo (cfr. quanto alla funzione del giudice, l'art. 35, u.c.)».Viene quindi generalizzata a tutto il procedimento (l'art. 197 c.p.p. è inserito nel libro III, sulle Prove, nel titolo II sui Mezzi di prova, nel capo I sulla Testimonianza) una disposizione che risultava dettata solo per il dibattimento (l'art. 450 del codice del 1930 era inserito nel giudizio di primo grado - Atti del dibattimento), ma non muta minimamente la "portata" della norma. Risulta evidente quindi che le parole "cancelliere" e "segretario" vengono sostituite da quella, unificante, di "ausiliario". E tale è colui che appartiene al personale di cancelleria e di segreteria, come emerge dall'art. I del regolamento (D.M. 30 settembre 1989, n. 334) e dall'art. 126 c.p.p., secondo cui il giudice, in tutti gli atti ai quali procede è assistito dall'ausiliario a ciò designato a norma dell'ordinamento. L'art. 135 c.p.p. stabilisce che il verbale è redatto dall'ausiliario che assiste il giudice (significativamente il comma 2 prevede che in caso di ricorso alla stenotipia o ad altro strumento meccanico il giudice autorizza l'ausiliario che non possiede le necessarie competenze a farsi assistere da personale tecnico, anche esterno all'amministrazione dello Stato). L'"estraneo" quindi assiste l'ausiliario ma non diventa, a sua volta, "ausiliario". L'art. 136 c.p.p. prevede che nel verbale venga

La giurisprudenza che aveva rilevato l'incompatibilità aveva analizzato il caso in cui allo psicologo *non* era stato conferito l'incarico *prima* che lo stesso svolgesse la sua attività di ausilio nell'ascolto (al pm o alla polizia giudiziaria): sicché la *successiva* nomina era stata ritenuta illegittima perché effettuata in presunta violazione dell'art. 225 comma 3 c.p.p.

Va notato che anche prima dell'intervento chiarificatore della legge n. 172 del 2012 il pubblico ministero che si avvaleva di un esperto in ausilio, senza previa nomina, poneva in essere un comportamento irregolare, dato che era, anche allora, obbligatorio l'utilizzo della consulenza tecnica ogni volta che si facesse ricorso a persone con competenze extragiuridiche.

Diversamente, la polizia giudiziaria poteva, anche prima della novella, avvalersi di un tecnico ausiliario senza alcuna nomina da parte del pubblico ministero.

Circa la compatibilità con l'incarico di consulente del pubblico ministero della persona che fosse già stato nominata ausiliario di P.G. nell'ambito dello stesso procedimento che «non sussiste alcuna incompatibilità per l'ausiliario, nominato dalla polizia giudiziaria nella prima fase delle indagini, ad assumere la veste di consulente tecnico del P.M., in quanto le preclusioni previste dall'art. 225, comma terzo, cod. proc. pen. trovano applicazione soltanto per il perito d'ufficio» (nella specie si trattava di psicologo nominato ausiliario di P.G. per assumere le dichiarazioni di un minore abusato, successivamente nominato consulente tecnico del P.M.: Cass., Sez. III, 23 novembre 2011, n. 46769, CED 251634). La Corte ha in tal caso motivato facendo ricorso alla riferibilità dell'art. 225 comma 3 c.p.p. «alla sola figura del perito di ufficio».

Le indicazioni della giurisprudenza di legittimità sono univoche nel limitare l'operatività dell'incompatibilità prevista dall'art. 225 comma 3 c.p.p. ai casi in cui il consulente tecnico sia stato nominato nell'ambito di una perizia.

Sul punto è stato stabilito che «le norme in tema di incompatibilità previste dall'art. 225 c.p.p., comma 3 c.p.p. non trovano applicazione nei confronti dei consulenti del P.M. nominati ex art. 359 c.p.p.. Risulta, invero chiaramente, dalla collocazione sistematica della norma che le incompatibilità previste per il perito ed i consulenti riguardino la perizia ed il suo espletamento. Le medesime "garanzie" non hanno invece ragion d'essere quando si tratti di una consulenza di parte disposta dal P.M. in sede di indagini preliminari. [...] nei confronti dei consulenti tecnici nominati dal P.M. ai sensi dell'art. 359 c.p.p. non trovano applicazione, neppure in via analogica, le ipotesi di incapacità ed incompatibilità previste dall'art. 225 c.p.p., comma 3; né gli accertamenti compiuti dal consulente del P.M. che si trovi in una delle situazioni previste dall'art. 222 c.p.p., comma 1, lett. a), b), c) d), richiamato dal suddetto art. 225

riportato dall'ausiliario quanto ha fatto o ha constatato o quanto è avvenuto in sua presenza nonché le dichiarazioni ricevute da lui o da altro pubblico ufficiale che egli assiste. L'art. 480 c.p.p. attribuisce all'ausiliario che assiste il giudice, la redazione del verbale di udienza. A norma dell'art. 494 c.p.p. l'ausiliario riproduce integralmente le dichiarazioni rese a norma del comma 1, salvo che il giudice disponga che il verbale sia redatto in forma riassuntiva. L'art. 510 c.p.p. attribuisce all'ausiliario, che assiste il giudice, la documentazione nel verbale delle dichiarazioni dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private» (Cass., Sez. III, 9 ottobre 2008, n. 42721, CED 241426).

c.p.p., possono essere annoverati tra gli atti inutilizzabili» (cfr. Cass., Sez. II, 7.6.1995, Cerrone).

La Corte ha così ritenuto che non sussistesse l'incompatibilità di un esperto di psicologia infantile, nominato dal P.M. quale consulente tecnico in un procedimento per reati sessuali, già incaricato dal Tribunale dei Minorenni per seguire il minore abusato (Cass., Sez. III, 7 aprile 2010, n. 24294, CED 247870).

Il conferimento dell'incarico ad un tecnico che abbia già svolto la funzione di consulente presso il Tribunale per i minorenni impedisce, tuttavia, l'impiego del tecnico come consulente di parte nell'eventuale incidente peritale che "accompagna" l'audizione in contraddittorio, dato che in tal caso la pregressa nomina è sufficiente a far maturare l'incompatibilità prevista dall'art. 225 c.p.p.

Oggi, considerato il tenore della novella, gli esperti devono essere comunque nominati dal pubblico ministero (anche quando la raccolta delle dichiarazioni viene effettuata dalla P.G.) e non possono che assumere immediatamente il ruolo di consulenti.

5.2. Il terapeuta e l'esperto nominato dalla autorità giudiziaria (o dalla difesa)

La confusione tra il ruolo di terapeuta e quello di consulente tecnico è ritenuto unanimemente scorretto dagli psicologi forensi²⁶.

Lo psicoterapeuta è *in nuce* un teste che ragionevolmente sarà chiamato a testimoniare. Tale qualità dello psicoterapeuta dovrebbe essere sufficiente a configurare l'incompatibilità prevista dagli artt. 222 lett. d o 225 comma 3 c.p.p.

In assenza di incarico dell'autorità la persona che entra in contatto "fuori dal procedimento" con il minore per ragioni di cura non deve essere trattato processualmente come un consulente, ma come un testimone.

In caso contrario si confonderebbe il ruolo del tecnico delegato dall'autorità per effettuare specifici accertamenti, con quello del professionista che entra in contatto extragiudiziale con il minore per fini di cura e non ha alcun mandato (e alcun obbligo e responsabilità) da chi svolge le indagini.

Lo psicoterapeuta al quale è stata affidata la cura del minore è un testimone in senso stretto chiamato a riferire su *fatti* e non su *valutazioni*. Eventuali valutazioni comunque espresse durante la testimonianza (o nel corso delle informazioni rese al

²⁶ Secondo le linee guida dell' *Ordine degli Psicologi del Lazio*: «lo psicologo, esperto in psicologia giuridica (d'ora in avanti l'esperto), nell'ascolto del minore, sia in ambito peritale che di audizione protetta, deve interpretare chiaramente il proprio ruolo in senso clinico-forense distinguendolo sia dall'attività investigativa, propria del sistema giudiziario, sia da quella psicoterapeutica che, essendo necessaria al fine di garantire la tutela psicologica del minore che dovrà affrontare un iter giudiziario impegnativo, potrà essere parallela al processo di valutazione peritale in ogni stato e grado del procedimento penale». Secondo gli estensori della *Consensus Conference* «è altamente sconsigliato assumere ruolo di esperto in ambito penale ed aver svolto – o svolgere – attività psicoterapeutica o di sostegno psicologico alla presunta vittima».

pubblico ministero) dovranno essere valutate con la dovuta cautela, in quanto non riconducibili ad alcun mandato processuale²⁷.

Il consulente tecnico sarà, invece, fisiologicamente chiamato a svolgere un esame testimoniale “atipico”, in parte connotato dal racconto di fatti determinati e in parte (quella maggiormente rilevante) caratterizzato dalla esposizione di valutazioni tecniche.

La Corte di legittimità ha ben chiarito la distinzione tra le due figure (perito\consulente nominato dalla autorità giudiziaria e testimone) osservando che «se la legge consente (o impone) al consulente di esporre al giudice il suo parere sui fatti di causa, sarebbe irragionevole ritenere che l'esercizio di tale prerogativa lo faccia ineluttabilmente incorrere nella specifica causa di incompatibilità prevista dal combinato disposto dell'art. 225 sub d) e 197 sub d) c.p.p. del codice per coloro che svolgano o siano chiamati a prestare l'ufficio di testimone; ed il dubbio di incompatibilità fra le due norme è subito fugato dall'art. 468 c.p.p. che per un verso assimila, ma per altro verso espressamente distingue la posizione dei periti e dei consulenti da quelle dei testimoni chiamati a deporre dalle parti nel procedimento: nel senso, ribadito dal primo comma dell'art. 501, che le due figure sono processualmente equiparate per quel che riguarda le formalità di ammissione e le regole di rito per il loro esame ad esse applicabili (art. 498 e segg.). Ma il fatto che il citato art. 468 menzioni separatamente testimoni e (periti o) consulenti tecnici, non inglobando quest'ultima categoria nella prima in merito alla loro deposizione nel dibattimento, conferma che si tratta di una mera assimilazione (cfr. Sent. n. 2793 del 16-03-1995) che lascia intatta la diversità di funzione correlata per i primi all'obbligo di riferire gli specifici fatti di cui agli art. 194 e 195 c.p.p.; e per i consulenti alle loro specifiche competenze tecniche o scientifiche indispensabili per la valutazione di persone» (Cass., Sez. III, 27 marzo 1998, n. 5886, CED 210945).

Del resto la diversità tra le due categorie appare confermata dal fatto che al testimone è precluso assistere all'esame di altre persone informate o di periti, laddove al consulente non può essere vietato, proprio in ragione della sua particolare funzione “ausiliaria” della parte, avente il compito di “estendere” le competenze oltre l'area tecnico giuridica²⁸.

²⁷ In un caso la Corte si è trovata a valutare le dichiarazioni di uno psicoterapeuta non nominato ed ha argomentato che non può trovare accoglimento la doglianza con cui il ricorrente vorrebbe sostenere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla dr.ssa P. per una sostanziale incompatibilità tra la funzione dell'esperto incaricato di effettuare una valutazione sul minore a fini giudiziari e quella di sostegno del minore stesso, non sussistendo alcun divieto in tal senso (è nota l'efficacia non precettiva delle linee guida: Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, n. 44644, CED 251663).

²⁸ Secondo la Corte di Cassazione «dà luogo ad una nullità di ordine generale, da ritenersi sanata se non dedotta immediatamente dopo la pronuncia della relativa ordinanza, il diniego di autorizzazione alla parte di farsi assistere dal consulente nel corso dell'esame testimoniale in dibattimento» (Cass., Sez. III, 9 giugno 2009, n. 35072, CED 244423); analogamente «la violazione del diritto dell'imputato di farsi assistere dal proprio consulente nel corso dell'incidente probatorio integra una nullità generale a regime intermedio che, in quanto verificatasi alla presenza della parte, è da ritenersi sanata se non eccepita prima del

Il tecnico ha l'obbligo di verità solo sulla parte della deposizione relativa alla narrazione di fatti e non su quella che riguarda invece le valutazioni (che incontra il limite della falsa perizia, in caso di incarico peritale).

Il consulente può inoltre essere presentato direttamente in dibattimento ai sensi dell'art. 152 delle disp. att. c.p.p. diversamente dal teste che deve essere indicato nella lista. Al testimone è inoltre consentita soltanto la consultazione di documenti da lui redatti in aiuto della memoria e previa autorizzazione del Presidente (art. 499), laddove al consulente è attribuita comunque dall'art. 501, secondo comma la facoltà di consultare qualsiasi documento, nota, scritto e pubblicazione (siano essi dello stesso consulente ovvero di terzi e si riferiscano ad attività pregresse o successive all'incarico).

6. L'assistenza durante l'audizione prevista dall'art. 609 *decies* c.p.

Il legislatore ha introdotto nel corpo dell'art. 609 *decies* c.p. un ulteriore soggetto cui affidare la tutela psicologica ed affettiva del minore nel corso del procedimento. Si tratta di gruppi, fondazioni, associazioni ed organizzazioni non governative di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime, iscritti in un *elenco* di soggetti legittimati. La presenza di tali "soggetti" è condizionata al *consenso* del minore ed è *ammessa* dall'autorità procedente.

La norma è stata introdotta per dare attuazione alla disposizione della Convenzione che invita a promuovere anche in ambito giudiziario il ruolo delle associazioni che si dedicano al sostegno dei minori (art. 31 comma 5). Il compito di assistere il minore può dunque essere affidato a persone con le quali non esiste alcuna relazione pregressa, la cui legittimazione a "seguire" il percorso processuale del minore si fonda sull'inserimento in un elenco (che ragionevolmente dovrà essere formato sulla base di criteri omogenei su tutto il territorio nazionale).

Il pericolo insito nel ricorso a figure che hanno una legittimazione *formale*, ma non *sostanziale* alla relazione affettiva con il minore è quello di appesantire il *setting* dell'audizione con il prevedibile risultato di inibire il flusso comunicativo.

Né può ritenersi che tale rischio possa essere evitato attraverso il *consenso* del minore il quale difficilmente potrà rendersi conto non conoscendo la persona alla quale "si affida", di quale sostegno potrà avvalersi.

La legittimazione della presenza di una persona "terza" di fatto estranea al contesto affettivo del minore nel corso di un atto rilevante quale la assunzione di

compimento dell'atto, ovvero, se ciò non sia possibile, immediatamente dopo» (Cass., Sez. III, 13 maggio 2009, n. 25992, CED 243912).

dichiarazioni testimoniali in fase predibattimentale presenta l'ulteriore rischio di incidere sulla genuinità dell'elemento di prova che si raccoglie.

È infatti irragionevole pensare che l'assistente si astenga da ogni intervento nel corso dell'esame; gli interventi saranno (con ogni probabilità) orientati a sostenere il dichiarante, ma potrebbero essere facilmente interpretati come inducenti o (anche solo) disturbanti.

Non si deve dimenticare che nuovo statuto di assunzione della prova dichiarativa del minore prevede l'intervento obbligatorio dell'esperto.

Il *setting* proposto dal legislatore per il minore maggiormente a rischio, ovvero per colui che presenta una deprivazione affettiva che rende impossibile l'individuazione di figure di sostegno nell'ambiente familiare o parafamiliare (scolastico o sportivo) è pertanto quello di un incontro con tre persone sconosciute: il pubblico ministero, l'esperto e la persona "di sostegno".

Si tratta di un ambiente che non è adatto a sviluppare un clima favorente il flusso comunicativo, non solo per l'assenza di relazioni pregresse tra il testimone ed i suoi intervistatori o "sostenitori", ma anche per la prevedibile carenza di conoscenza reciproche tra gli adulti.

L'affollamento del *setting* e la sua "formalizzazione" con l'introduzione di figure che potrebbero non garantire un sostegno *sostanziale*, piuttosto che favorire la comunicazione ed accrescere le probabilità di raccogliere un elemento di prova genuino, rischiano di confondere i ruoli ed inibire il minore: in sintesi di rendere difficoltosa (ed inefficace) l'audizione.

A margine deve essere rilevato come la Corte di legittimità aveva ritenuto non obbligatorio il ricorso al sostegno previsto dall'art. 609 *decies* c.p., inquadrato come strumento facoltativo nella disponibilità della parte²⁹.

La Corte ha anche chiarito che la persona che assiste il minore ai sensi dell'art. 609 *decies* c.p. non diventa incompatibile a testimoniare³⁰.

In assenza di interventi normativi che escludano a capacità di rendere testimonianza sia dell'esperto che "media" l'audizione unilaterale, sia della persona che sostiene il minore sotto il profilo psicologico ed affettivo, essi conservano piena

²⁹ Secondo la Corte di Cassazione «l'esame testimoniale del minore, vittima di abusi sessuali, non richiede obbligatoriamente l'assistenza di un familiare o di un esperto di psicologia infantile, non essendo imposta né dalla legge penale né dalla legge processuale» (in motivazione la Corte ha precisato che detta assistenza è da considerarsi facoltativa ai sensi dell'art. 498, comma quarto, c.p.p.: Cass., Sez. III, 4 novembre 2011, n. 42477, CED 248757).

³⁰ Secondo la Corte di cassazione «non v'è incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone per le "persone idonee" indicate dal minore ed ammesse dall'autorità giudiziaria procedente a presenziare al suo esame (art. 609 *decies*, c.p.), in quanto hanno la funzione di assicurare l'assistenza affettiva e psicologica del minore stesso» (Cass., Sez. III, 16 aprile 2009, n. 20252, CED 243629).

capacità di testimoniare anche in ordine al contenuto dell'atto assunto unilateralmente nel corso delle indagini preliminari.

Gli stessi saranno testimoni *diretti* dei comportamenti comunicativi non verbali, e dei "fatti" non dichiarativi che si producono durante l'audizione (l'ingresso di un cancelliere che interrompe il flusso comunicativo, la caduta di oggetti, i tentativi di fuga del minore dalla stanza dove si svolge l'esame, etc) e testimoni *indiretti* del contenuto delle dichiarazioni.