



PREVENZIONE E CONTRASTO ALLA VIOLENZA CONTRO LE DONNE E DOMESTICA

Cod. P24064

Data: Napoli, Castel Capuano, 25 – 27 novembre 2024

“La protezione e il sostegno della vittima della violenza di genere prima e dopo la proposizione della denuncia. L’esame protetto e l’incidente probatorio”

Dr.ssa Benedetta Matri

- Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Torino

1. L’incidente probatorio “speciale” di cui al comma 1 bis dell’art. 392 c.p.p. e la sua evoluzione normativa. Le diverse figure di dichiaranti previste dal nostro ordinamento.

L’istituto dell’incidente probatorio, permettendo di anticipare la prova già nella fase delle indagini preliminari, deroga ai principi di oralità e immediatezza per far fronte ad esigenze di indifferibilità nell’assunzione della prova dichiarativa, per ovviare al rischio di perdita di dati conoscitivi rilevanti per l’accertamento del reato.

Caratteristica della prova dichiarativa è il fatto di essere veicolo di dati percepiti e, quindi, basata su un apporto cognitivo fragile, deperibile ed usurabile, condizionato da elementi esterni e da condizioni soggettive del dichiarante.

Si fa riferimento ai limiti e ai meccanismi della memoria, ai possibili effetti della suggestione, alle caratteristiche soggettive del dichiarante, alle sue capacità espressive, al contesto in cui la prova viene assunta, alla stessa capacità dell’interrogante, alla persistenza e al mantenimento del ricordo.

La figura del dichiarante nel sistema del codice non è statica e individuabile a priori, ma dinamica e mobile, poiché può mutare in relazione a circostanze o eventi processuali sopravvenuti, per di più la sua individuazione non è necessariamente legata ad indici formali, ma può dipendere da valutazioni sostanziali.

Si è sviluppato nel tempo un progressivo incremento di deroghe al principio di formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale, prima prevedendo l’assunzione anticipata della testimonianza del minore con riferimento ad una serie di reati specificamente indicati e il cui catalogo si è andato ampliando nel tempo, poi estendendo l’applicazione dell’istituto alla testimonianza del maggiorenne

persona offesa di uno dei delitti inseriti nel catalogo dei reati indicati, nonché, da ultimo, per l'audizione della persona offesa che sia ritenuta particolarmente vulnerabile ai sensi dell'art. 90 *quater* c.p.p..

Come è noto, l'ipotesi classica di audizione testimoniale effettuata con incidente probatorio è legata alla possibile dispersione o al possibile inquinamento della prova:

- a) quando vi è fondato motivo di ritenere che la persona non potrà essere esaminata in dibattimento per infermità o altro grave impedimento;
- b) quando vi è fondato motivo di ritenere *“per elementi concreti e specifici”* che la persona possa essere stata esposto a violenza, minaccia, offerte o promesse di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso.

Nel 1996, la *“legge contro la violenza sessuale”* (legge n. 66 del 15 febbraio 1996) mediante l'aggiunta del comma 1 *bis* all'art. 392 c.p.p., introduce nell'ordinamento, accanto all'ipotesi tipica di incidente probatorio, una cosiddetta *“atipica”* o *“speciale”*¹.

Il nuovo comma 1 *bis*, nella sua formulazione, prevede che: *“Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, il pubblico ministero o la persona sottoposta alle indagini, possono richiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1”*.

Accanto a detta disposizione, la legge n. 66 del 1996 introduce anche il suo corollario procedurale, vale a dire il comma 5 *bis* dell'art. 398 c.p.p.

Il comma 1 *bis* dell'art. 392 c.p.p. ha subito nel tempo numerose e sostanziali modifiche che ne hanno esteso sempre di più la portata applicativa, fino a renderlo il luogo privilegiato di assunzione della prova (in deroga al principio di immediatezza) quando si vengono in rilievo determinate fattispecie di reato.

I primi interventi normativi sono volti ad ampliare il catalogo dei reati a fronte dei quali è possibile procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di una persona minore degli anni sedici, aggiungendo le seguenti fattispecie di reato:

- 600 *bis*, 600 *ter* e 600 *quinquies* c.p. (legge 3 agosto 1998, n. 269);
- 600, 601 e 602 c.p. (legge 11 agosto 2003, n. 228);
- 600 *quater* co. 1 c.p. (legge 6 febbraio 2006, n. 38).

L'intervento più dirompente si ha, però, con la legge 1 ottobre 2012, n. 172² che, oltre ad ampliare il catalogo dei delitti ricomprendendovi anche le fattispecie di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p., amplia la categoria dei soggetti alla cui audizione si può procedere con incidente probatorio (anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 392 c.p.p.), fino a ricomprendervi qualunque minorenne (anche se non persona offesa del reato e non più solo infrasedicenne) e della persona offesa maggiorenne.

Ulteriore modifica di rilievo è quella apportata dal d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212³, il quale aggiunge al comma 1 *bis* dell'art. 392 c.p.p. il seguente periodo: *“In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la*

¹ Corte Costituzionale, Sentenza n. 92 del 2018.

² Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno.

³ Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza".

Il d.lgs. n. 212/2015 ha contestualmente introdotto nel codice di rito l'art. 90 *quater*, disposizione che, come si dirà diffusamente nel prosieguo, reca una serie di indici dai quali desumere la condizione di "*particolare vulnerabilità*" di una persona.

Si è dunque assistito alla creazione, accanto alla vulnerabilità "tipica" (o presunta) della persona offesa degli specifici reati elencati nell'art. 392, comma 1 *bis*, c.p.p., ad una vulnerabilità "atipica", da accertare caso per caso in applicazione dei criteri specificati nell'art. 90 *quater* c.p.p..

La possibilità di procedere con incidente probatorio, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1, è stata estesa nel tempo, fino a ricomprendere, attualmente, l'assunzione della testimonianza:

- a) della persona minorenni
- b) della persona offesa maggiorenne

nei procedimenti relativi ai delitti ivi indicati;

C) persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, a prescindere dal titolo di reato.

Parallelamente alla evoluzione dell'incidente probatorio "speciale", si è assistito ad un ampliamento delle possibilità di adottare modalità "speciali" di assunzione della prova.

Il comma 5 *bis* dell'art. 398 c.p.p. è stato introdotto per la prima volta dalla citata legge contro la violenza sessuale, prevedendo che il giudice stabilisca, tempi, luoghi e "*modalità particolari*" attraverso cui procedere all'incidente probatorio per garantire le esigenze di tutela del minore ("*delle persone*" nella sua attuale formulazione).

A tal fine, l'udienza può svolgersi anche in un luogo diverso dal Tribunale (es. strutture specializzate di assistenza) o anche presso l'abitazione della persona da sentire.

Il comma 5 *ter* consente al giudice di ricorrere alle predette "*modalità particolari*" anche quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità "*desunta anche dal titolo di reato per cui si procede*".

Altre modalità particolari si ricavano dall'art. 498 c.p.p., la cui applicabilità all'incidente probatorio è consentita mediante l'espresso richiamo contenuto nell'art. 401, comma 5, alle "*forme stabilite per il dibattimento*" nell'assunzione e documentazione delle prove.

Il riferimento è, in primo luogo, al comma 4 *ter*, che prevede, nel caso in cui la persona da esaminare sia un minore (o un soggetto infermo di mente) vittima dei reati ivi espressamente indicati (catalogo che corrisponde a quello contenuto nell'art. 392, comma 1 *bis*) l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.

In tali casi, l'esame del minorenni è condotto direttamente dal giudice (art. 498, comma 4, c.p.p.), il quale può avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia infantile.

Inoltre, il comma 4 *quater* prevede che "*in ogni caso*" (dunque a prescindere dal titolo di reato per cui si procede, quando occorre assumere la testimonianza di una persona offesa (anche maggiorenne) che versa in condizioni di particolare vulnerabilità, il giudice dispone l'adozione di "*modalità protette*" (es. uso di un paravento).

La Corte di Cassazione ha di recente chiarito che tra tali modalità protette possa rientrare anche l'esame condotto direttamente dal giudice (Sez. 2, Sentenza n. 27743 del 13/06/2024 Ud., Rv. 286907).

La *ratio* della disposizione di cui al comma 1 *bis* dell'art. 392 c.p.p. è duplice.

Da un lato, di favorire una rapida rimozione dell'esperienza traumatica nella vittima, evitando la "*vittimizzazione secondaria*", vale a dire il fenomeno per il quale la parte offesa è portata a rivivere sentimenti di paura, ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto con rischio quindi di non riuscire durante l'esame testimoniale a comunicare e a rievocare correttamente con precisione i fatti (Corte Costituzionale n. 92/2018).

Dall'altro, di evitare l'alterazione o la dispersione del contenuto dichiarativo del soggetto “*debole*” attraverso la formazione della prova in un momento quanto più prossimo all'episodio criminoso, atteso che in una determinata tipologia di reati non è infrequente il rischio di autosuggestioni, contaminazioni del ricordo o rimozione dello stesso, dunque di garantire la stessa genuinità della prova.

La Corte Costituzionale⁴, in una recente pronuncia (Sentenza del 5 febbraio 2021, n. 14) avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale del comma 1 *bis* dell'art. 392 c.p.p., ne ha rimarcato la duplice finalità.

La prima, di natura extraprocessuale, è quella di tutelare la libertà e la dignità del minore dal rischio del trauma psicologico associato alla sua esperienza in un contesto giudiziario penale, che implicano: il dover deporre in pubblica udienza nell'aula del tribunale, l'essere sottoposti all'esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante (sentenza n. 92 del 2018). L'assunzione anticipata della testimonianza del minore, attraverso il ricorso all'incidente probatorio speciale, deve essere pertanto in primo luogo ricondotta al rilievo costituzionale da attribuirsi ad esigenze di salvaguardia della personalità del minore (sentenza n. 262 del 1998), che nella norma censurata si traducono in una presunzione di indifferibilità o di non ripetibilità del relativo contributo testimoniale, rivolta in prima battuta a preservare il minore “*dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in rapporto alla [sua] peculiare condizione*” (Corte Cost., Sentenza n. 92 del 2018), mediante la sua sottrazione, in linea di principio, allo *strepitus fori* e la previsione di una sua rapida fuoriuscita dal circuito processuale;

La seconda, di natura endoprocessuale è connessa alla circostanza che l'anticipazione della testimonianza alla sede incidentale, tanto più laddove si proceda per reati attinenti alla sfera sessuale, è rivolta anche a garantire la genuinità della formazione della prova, atteso che la assunzione di essa in un momento quanto più prossimo alla commissione del fatto costituisce anche una garanzia per l'imputato, perché lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore, anticipare, attraverso il ricorso all'incidente probatorio, l'assunzione di testimonianze appare, piuttosto, essenzialmente intesa ad assicurare efficacia e genuinità della prova, quando si tratti di raccogliere testimonianze potenzialmente soggette a subire, col decorso del tempo, per le particolari condizioni del minore (o comunque del soggetto vulnerabile), condizionamenti che le possano rendere meno genuine o meno utili al fine degli accertamenti cui è volto il processo.

La Corte, nella pronuncia in discorso, fornisce importanti indicazioni circa le modalità di assunzione della testimonianza: “*È doveroso infine osservare come l'eccezione che la disposizione censurata introduce rispetto al principio di immediatezza della prova e alla sua conseguente formazione in dibattimento risulta compensata dalla circostanza che le modalità di assunzione anticipata della prova testimoniale del minore e, più in generale, del soggetto vulnerabile sono disciplinate dalle disposizioni codicistiche sopra richiamate in modo tale da garantire il diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini, con particolare riferimento al contributo che questi può dare alla formazione della prova nel rispetto del principio costituzionale del contraddittorio*”.

Alcuni strumenti di tutela del diritto di difesa, volti a bilanciare la deroga ai principi di oralità e immediatezza, sono forniti dalla legge stessa, la quale prevede la documentazione integrale delle dichiarazioni con mezzi di produzione fonografica e audiovisiva.

⁴ Con la pronuncia in discorso, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1 *bis* del codice di rito, in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minore che non sia anche persona offesa dal reato.

Altri strumenti di tutela devono essere garantiti da tutti i soggetti che partecipano all'incidente probatorio e, in primo luogo, dal giudice.

Si tratta infatti di una parentesi fondamentale e delicata che richiede ad ognuno dei soggetti coinvolti di tener sempre ben presente la necessità di contemperare le esigenze di tutela del soggetto fragile, minore o comunque vulnerabile con le esigenze di tutela del diritto di difesa.

Il difensore non deve guardare all'incidente probatorio come ad una limitazione ai diritti dell'indagato o come un momento di indebolimento della garanzia del contraddittorio.

Con il suo apporto, il difensore può giocare un ruolo importante nel contribuire a formare una prova dotata di genuinità (ad esempio, fornendo elementi che portino a ritenere sussistente o ad escludere in capo alla persona da sentire la condizione di particolare vulnerabilità, al fine di stabilirne le modalità di audizione e di valutarne le dichiarazioni).

D'altra parte, però, gli altri soggetti che intervengono a vario titolo prima e durante l'incidente probatorio (p.g., P.M., Giudice, Servizi Sociali, psichiatri, psicologi) devono evitare di "prendere le parti" del minore o della persona comunque vulnerabile che deve essere sentita.

Quando si procede ad incidente probatorio si ha quasi sempre a che fare con fattispecie di reato che suscitano in ognuno di noi un moto di riprovazione, soprattutto se si assumono commesse nei confronti di minori, il che determina la tendenza a "sposare la causa" della presunta vittima rischiando, da un lato, di pregiudicare le garanzie difensive e la presunzione di innocenza, dall'altro di minare la genuinità della prova e, infine, di deresponsabilizzare la vittima stessa da quello che è il suo ruolo cruciale in questa tipologia di reati ove la prova dichiarativa è sovrana.

In fase di incidente probatorio occorre sempre tenere presente che "*qui ed ora*" stiamo facendo il processo: tutto quello che accadrà in dibattimento è "un contorno" perché si tratta di reati rispetto ai quali la prova regina è la dichiarazione della persona offesa.

L'incidente probatorio, se condotto in maniera adeguata ed il più neutrale possibile diventa un momento fondamentale di verifica della sussistenza o meno del reato che si assume commesso dall'indagato.

Un buon incidente probatorio può incidere anche sulla futura scelta processuale dell'indagato, il quale potrà decidere di rinunciare al dibattimento, optando per un rito alternativo, in base all'esito dello stesso.

D'altra parte, un incidente probatorio condotto in maniera errata, spiccatamente suggestivo da parte dell'accusa ovvero marcatamente solidale da parte del giudice o del P.M. con la persona offesa, può portare ad un indebolimento della prova, arrecando un *vulnus* alla genuinità della stessa.

Invero, pur apparendo preclusa la proponibilità di ogni questione relativa all'utilizzabilità della prova dichiarativa per violazione delle regole dell'esame, possono sorgere possibili questioni sulla legittimità della motivazione, in punto di valutazione dell'attendibilità della testimonianza, nel caso in cui vengano poste domande suggestive (anche da parte del giudice).

Occorre contemperare tanto più le esigenze di tutela della difesa nei casi in cui le viene sottratta la possibilità di procedere all'esame diretto, senza la mediazione del giudice.

Il giudice non deve correre il rischio di mostrarsi eccessivamente protettivo nei confronti della persona offesa non garantendo appieno alla difesa di approfondire anomalie che poi, in dibattimento, se rimaste irrisolte, potranno portare ad una pronuncia assolutoria.

Per questo è necessario che tutti siano neutrali e facciano emergere le contraddizioni la mancanza di linearità nel racconto, in modo da chiarire circostanze che resteranno cristallizzate ed incideranno inevitabilmente sulle sorti del processo che, di fatto, si sta celebrando in questo momento.

Occorre sempre dare la possibilità alla difesa di far emergere le incongruenze nel racconto della persona sentita mediante le contestazioni che, restando verbalizzate, consentono a chi in futuro leggerà quelle dichiarazioni, di valutarne la linearità ed attendibilità.

Una accurata verbalizzazione è fondamentale per rendere intellegibile ogni sfumatura della dichiarazione (es. dare atto se teste piange, se si blocca nel parlare, se esprime particolari emozioni, etc).

La adesione dell'esame alle richieste di parte è, inoltre, una condizione di legittimità della testimonianza, che deve essere verificabile attraverso la lettura del verbale.

In realtà se tutti partecipano in modo adeguato il contraddittorio viene garantito appieno: dare la possibilità alla difesa di fare contestazioni, di far emergere contraddizioni soprattutto quando esame viene condotto dal giudice, verbalizzare in modo adeguato tutto ciò che accade durante l'incidente probatorio (richieste e osservazioni delle parti, linguaggio non verbale della persona esaminata, etc.). La salvaguardia del diritto delle parti di "chiedere" chiarimenti al teste protetto su circostanze ritenute rilevanti consente di "salvare" la procedura da eventuali censure di iniquità per violazione dell'art. 6 C.E.D.U. (Accardi c. Italia, C. eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2005).

L'incidente probatorio è un momento in cui il giudice è chiamato a svolgere un compito che spesso va oltre la sua formazione, richiede competenze multidisciplinari e presuppone la collaborazione di varie figure professionali, per questo sono opportune occasioni di formazione comune e di confronto, al fine di comprendere e correggere le criticità riscontrate nella prassi delle aule di giustizia.

L'incidente probatorio un processo anticipato che vede coinvolte figure quali il curatore del minore, l'esperto in psicologia infantile di cui può avvalersi il giudice nell'esame del minore, il perito chiamato a valutare l'idoneità del soggetto a rendere testimonianza.

Ognuna di queste figure gioca un ruolo fondamentale nel garantire un giusto processo e tutelare i diritti dell'indagato nella stessa misura in cui si intende tutelare, mediante l'assunzione anticipata della prova, i diritti persona che viene esaminata.

2. Il minore. La presunzione di vulnerabilità e di non indifferibilità dell'assunzione della relativa testimonianza. La perizia psicodiagnostica. Le modalità di audizione.

Nel caso di un soggetto minore, rispetto al quale l'esigenza di indifferibilità della prova è presunta dalla legge (anche quando lo stesso non è persona offesa del reato, secondo le indicazioni della sentenza n. 14/2021 della Corte Costituzionale) i principali problemi che vengono in rilievo sono la valutazione della sua idoneità a testimoniare e le modalità di assunzione della sua testimonianza.

Sebbene la perizia in ordine alla idoneità a testimoniare del minore non sia considerato un presupposto indispensabile per la valutazione dell'attendibilità, ove non emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità, si tratta comunque di un accertamento utile a fronte di minori di età assai ridotta⁵.

La Carta di Noto sostiene la necessità, per soggetti minori di età inferiore ai dieci anni, (salvo in casi di eccezionali e comprovate ragioni di tutela del minore), che sia disposta perizia al fine di verificarne la idoneità a testimoniare.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità⁶ ha avuto modo di osservare che *"La valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua*

⁵ Sez. 3, Sentenza n. 38211 del 07/07/2011, Rv. 251381.

⁶ Sez. 3, Sentenza n. 29612 del 05/05/2010, Rv. 247740.

credibilità in senso onnicomprensivo, dovendo tenersi conto a tal riguardo dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni".

Pertanto, l'idoneità a rendere testimonianza del minore sulla quale il perito è chiamato ad esprimersi, deve comprendere sia le capacità generiche che quelle specifiche.

Le prime riguardano funzioni cognitive quali la memoria, l'attenzione, le capacità di comprensione e di espressione linguistica, la capacità di individuare la fonte delle informazioni, le capacità di discriminare realtà e fantasia, il verosimile dal non verosimile, ecc., nonché il livello di suggestionabilità e di maturità psico-affettiva.

Le capacità specifiche riguardano l'abilità del minore di organizzare e riferire il ricordo in relazione alla complessità esperienziale di quello che si suppone essere avvenuto e l'eventuale presenza di influenze suggestive, interne o esterne (derivanti dall'interazione con adulti o con coetanei) che possano avere interferito nel racconto.

Il tema è anche quello del falso ricordo ovvero del "contagio dichiarativo" che può realizzarsi a seguito della interazione del minore con altri soggetti.

Per questo si tratta di un quesito particolarmente importante quando vi è discrepanza tra le s.i. e le dichiarazioni rese in incidente probatorio.

Ciò consente anche di anticipare possibili obiezioni della difesa in sede dibattimentale (es. se il minore ne ha parlato con altri soggetti che sono stati suggestivi).

Il parere dell'esperto chiamato a rendere perizia, dovrà chiarire e considerare le modalità attraverso le quali, prima del proprio intervento, il minore ha narrato i fatti a familiari, P.G., magistrati ed altri soggetti, adulti o coetanei.

Più in particolare, il perito dovrà dar conto:

- a) delle sollecitazioni e del numero di ripetizioni del racconto;
- b) delle modalità utilizzate per sollecitare il racconto;
- c) delle modalità della narrazione dei fatti (se spontanea o sollecitata, se riferita solo dopo ripetute insistenze da parte di figure significative);
- d) del contenuto e delle caratteristiche delle primissime dichiarazioni, nonché delle loro modificazioni nelle eventuali reiterazioni sollecitate.

Altro quesito importante riguarda la valutazione del contesto in cui è avvenuta la narrazione del minore in merito ai fatti.

Per questa ragione è importante acquisire relazioni aggiornate dei Servizi Sociali che hanno in carico il minore, per mettere il perito nelle condizioni di comprendere il contesto in cui vive il minore e valutare possibili fattori di inquinamento dichiarativo.

Occorre considerare sempre la possibilità di estendere il quesito.

Ad esempio, se il minore appare riluttante nel corso dell'esame è opportuno chiedere al perito se la comunicazione non verbale è congrua rispetto al racconto.

Chiedere quale valore/significato può avere quella ritrattazione.

In caso di audizioni ripetute, soprattutto se effettuate a distanza di tempo, è opportuno chiedere di valutare mutata condizione psicologica rispetto all'epoca dei fatti e interferenza di potenziali fattori di inquinamento del ricordo.

Nella valutazione della testimonianza di un bambino, le primissime dichiarazioni spontanee sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non “inquinare” da interventi esterni che possono alterare la memoria dell’evento.

Pertanto è importante demandare al perito anche un’indagine sulla genesi delle prime narrazioni.

Attenzione particolare va riservata ad alcune situazioni specifiche, idonee ad influire sulle dichiarazioni dei minori come:

- a) separazioni coniugali caratterizzate da inasprimento di conflittualità dove si possono verificare, ancor più che in altri casi, situazioni di falsi positivi o falsi negativi;
- b) allarmi generati solo dopo l’emergere di un’ipotesi di abuso;
- c) fenomeni di suggestione e di contagio ‘dichiarativo’;
- d) condizionamenti o manipolazioni anche involontarie (es. contesto psicoterapeutico, scolastico, ecc.).

Una volta accertata l’idoneità del minore a rendere testimonianza, il problema successivo è dell’audizione.

Importanti indicazioni sul punto provengono dalla Carta di Noto⁷, la quale ha messo in risalto la maggiore sensibilità della psiche dei bambini a quei meccanismi di rielaborazione del ricordo naturalmente propri della mente umana, in ragione della loro elevata suggestionabilità, e della maggiore difficoltà di distinguere chiaramente tra esperienze e accadimenti effettivamente vissuti, osservati, o invece narrati da altri, caratteristiche che si uniscono ad altre peculiarità, quali la tendenza a formulare risposte tendenti a compiacere l’adulto che le pone.

La Carta di Noto, nella sua prima versione del 1996, riguarda unicamente il minore vittima di abuso sessuale e si rivolge unicamente all’esperto incaricato dal giudice di assisterlo durante la sua audizione ovvero di valutarne la capacità a testimoniare.

Nel 2002 la platea di soggetti a cui si rivolgono le linee guida viene ampliata fino a ricomprendervi “*qualunque soggetto che nell’ambito del procedimento instauri un rapporto con il minore*”.

Viene inoltre esplicitata la necessità del rispetto della distinzione dei ruoli e dei soggetti coinvolti a vario titolo nell’incidente probatorio (“*La funzione dell’esperto incaricato di effettuare una valutazione sul minore a fini giudiziari deve restare distinta da quella finalizzata al sostegno e trattamento e va pertanto affidata a soggetti diversi*”).

La nuova versione della Carta di Noto del 2007, oltre ad affermare che “*L’incidente probatorio è la sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore nel corso del procedimento*”, ribadisce la necessità di una specifica formazione da parte dei soggetti che intervengono come ausiliari dell’A.G..

In sede di raccolta delle dichiarazioni del minore ritenuto idoneo a testimoniare occorre:

- a) garantire che egli sia sentito in contraddittorio il più presto possibile;
- b) garantire che l’incontro avvenga in orari, tempi, modi e luoghi tali da assicurare, per quanto possibile, la sua serenità;
- c) informarlo dei suoi diritti e del suo ruolo in relazione alla procedura in corso;
- d) consentirgli di esprimere esigenze e preoccupazioni;
- e) evitare, anche nella fase investigativa, modalità comunicative anche non verbali che possano compromettere la spontaneità e le domande che possano nuocere alla sincerità e genuinità delle risposte;

⁷ Documento che raccoglie le linee guida per l’indagine e l’esame psicologico del minore nato dalla collaborazione interdisciplinare di magistrati, avvocati, psicologi, psichiatri, neuropsichiatri infantili, criminologi e medici legali nel corso del Convegno su “*Abuso sessuale di minore: ruoli e responsabilità*” che si è svolto a Noto nei giorni 6-9 giugno 1996.

f) contenere la durata e le modalità del colloquio in tempi rapportati all'età e alle condizioni emotive del minore, nel rispetto comunque dei diritti processuali delle parti.

Di regola, la memoria non è una riproduzione precisa degli eventi percepiti in quanto essa è un processo dinamico e ricostruttivo. Il processo mnestico è molto sensibile alle influenze esterne che possono interferire a livello della codifica, del consolidamento e/o del richiamo.

Gli effetti dei processi di costruzione della memoria autobiografica assumono una particolare rilevanza nei bambini, a causa della loro maggiore suggestionabilità, della loro dipendenza dal contesto ambientale e dalla difficoltà nel corretto monitoraggio della fonte di informazioni (esperienza vissuta, assistita o narrata).

È probabile che eventuali vuoti nel ricordo siano colmati con elementi coerenti con l'avvenimento oggetto del ricordo inferiti da informazioni disponibili, per quanto non direttamente percepiti durante l'esperienza originaria.

L'amnesia infantile può essere totale, prima dello sviluppo del linguaggio (primi due anni di vita), o parziale, nel periodo in cui il bambino non ha ancora acquisito piena competenza linguistica (sino ai tre anni e mezzo circa). In ogni caso, i ricordi riferiti a questa fase evolutiva, per essere considerati accurati e credibili, devono essere corroborati da riscontri indipendenti ed estrinseci. I bambini sono sempre da considerarsi testimoni fragili perché educati a non contraddire gli adulti e non sempre consapevoli delle conseguenze delle loro dichiarazioni e, pertanto, propensi a confermare una domanda a contenuto implicito.

Richiesti da un adulto, i bambini possono mostrarsi compiacenti (cioè tendono a conformarsi a ciò che presuppongono sia desiderato dall'interrogante) e persino suggestionabili (cioè si convincono intimamente che le cose sono andate in un certo modo, così come più o meno esplicitamente suggerito dall'interrogante)⁸.

La giurisprudenza di legittimità, in più occasioni, ha avuto modo di affermare che, in tema di testimonianza di minore vittima di abusi sessuali, il giudice non è vincolato, nell'assunzione e valutazione della prova, al rispetto delle metodiche suggerite dalla Carta di Noto, i cui protocolli, non avendo valore normativo, si risolvono i meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni e la protezione psicologica del minore.

La violazione di tali prescrizioni, pur non comportando l'inutilizzabilità della prova così assunta, impongono al giudice un onere motivazionale sul punto tanto più grave sia stato, anche alla luce delle eccezioni difensive, lo scostamento dalle citate linee guida⁹.

Occorre sempre tenere presente che l'audizione del minore potrebbe causare modificazioni e alterazioni del ricordo.

Il che, tra l'altro, rende opportuno sentire subito eventuali altri minori con cui il dichiarante riferisce di essersi confidato in merito alle condotte subìte.

Nel caso dei minori è tanto più elevato il rischio che i ricordi sfumino e che si modifichi l'empatia tra i soggetti in base al rapporto (es. hanno smesso di frequentarsi successivamente alla rivelazione dell'episodio).

È necessario infondere un senso di responsabilità nel minore da sentire, senza spaventarlo.

Nel caso in cui il minore sottoponga al giudice domande in ordine alle conseguenze delle sue dichiarazioni è opportuno informarlo utilizzando degli esempi a lui comprensibili (*"a te cosa succede quando fai qualcosa di sbagliato"*, *"i tuoi genitori/i tuoi insegnanti ti mettono in punizione?"*). Si può rispondere spiegando che anche lo Stato, quando qualcuno commette qualcosa di sbagliato,

⁸ Premessa alla Carta di Noto del 14 ottobre 2017.

⁹ V., da ultimo, Sez. 3, Sentenza n. 6710 del 18/12/2020, Rv. 281005.

prevede delle punizioni; che non necessariamente la punizione è il carcere; che sono previste nell'ordinamento sanzioni alternative (es. i lavori socialmente utili).

Il diritto del minore di conoscere il suo ruolo e le conseguenze delle sue dichiarazioni varia in base all'età.

La persona deve essere avvertita della finalità della sua audizione con la possibilità di dire che “*non ricorda*” e “*non sa*”.

Nel proporre domande occorre evitare che esse lascino trapelare aspettative dell'interrogante o che diano per scontati fatti che sono oggetto di indagine.

Durante l'esame va verificato se il minore ha raccontato in precedenza i presunti fatti ad altre persone, in quali circostanze e con quali modalità.

Il merito dell'approfondimento compiuto dalla psicologia in materia di testimonianza (in genere e) del minore (in particolare) risiede essenzialmente nel fatto di avere evidenziato, da un lato, come i meccanismi del ricordo siano influenzati dal *setting* della audizione (e, principalmente, dal rapporto con l'intervistatore) e, dall'altro, come la testimonianza si presenta, di regola, non omogenea in occasione delle varie audizioni effettuate nel corso del procedimento e del processo: si assiste, in tali casi, alla emersione di una “*progressione dichiarativa*”, che si sviluppa attraverso le diverse fasi processuali, spesso (anche se non sempre) in coerenza con il richiamato percorso di (accresciuto o, talvolta, diminuito) affidamento del dichiarante alla autorità giudiziaria.

Per questa ragione è utile, all'inizio dell'esame, “*indurre il ricordo*” attraverso domande generali sulle condizioni di vita.

Le riposte fornite a tali domande, inoltre, sono utili per valutare capacità del minore di ricordare, di contestualizzare e di verificarne credibilità soggettiva e l'attendibilità del racconto.

È opportuno, in caso di fattispecie di reato che si assumono commesse in ambito familiare, approfondire il contesto in cui si sono svolte le condotte (es. domandare come è fatta la loro casa), il rapporto del minore con i propri familiari e di questi ultimi tra loro.

Nel caso di testimoni minori, è quanto più necessario evitare domande suggestive.

La stessa giurisprudenza di legittimità, nel recepire i principi della psicologia della testimonianza, ha osservato che:

“è sperimentalmente dimostrato che un bambino, quando è incoraggiato e sollecitato a raccontare, da parte di persone che hanno una influenza su di lui (e ogni adulto è per un bambino un soggetto autorevole) tenda a fornire la risposta compiacente che l'interrogante si attende e che dipende, in buona parte, dalla formulazione della domanda. Si verifica un meccanismo per il quale il bambino asseconda l'intervistatore e racconta quello che lo stesso si attende, o teme, di sentire; l'adulto in modo inconsapevole fa comprendere l'oggetto della sua aspettativa con la domanda suggestiva che formula al bambino. In sintesi, l'adulto crede di chiedere per sapere mentre in realtà trasmette al bambino una informazione su ciò che ritiene sia successo. Se reiteratamente sollecitato con inappropriati metodi di intervista che implicano la risposta o che trasmettano notizie, il minore può a poco a poco introiettare quelle informazioni ricevute, che hanno condizionato le sue risposte, fino a radicare un falso ricordo autobiografico; gli studiosi della memoria insegnano che gli adulti “raccontano ricordando” mentre i bambini “ricordano raccontando” strutturando, cioè, il ricordo sulla base della narrazione fatta. Una volta fornita una versione, anche indotta, questa si consolida nel tempo e viene percepita come corrispondente alla realtà. Tale accadimento è possibile perché la naturale propensione della mente umana è verificazionista; quando ci formiamo una idea, tendiamo naturalmente ed inconsapevolmente a confermarla attraverso l'acquisizione di nuove

informazioni coerenti con la stessa ed a destinare un trattamento opposto a quei dati che sembrano andare in direzione contraria”¹⁰.

È necessario prendere atto degli approdi della psicologia della testimonianza che hanno studiato le interferenze sui meccanismi del ricordo delle interviste suggestive, come anche di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, che hanno evidenziato che la motivazione sull’attendibilità delle dichiarazioni dei minori deve prendere in esame sia le interferenze causate da eventuali suggestioni (più o meno volontariamente) poste in essere dall’intervistatore, sia le altre condizioni esterne del *setting* auditivo.

La capacità di dettagliare un ricordo con la collocazione dei fatti in termini di adeguatezza percettiva e di orientamento spazio-temporale dipende da fattori inerenti l’età cronologica, la tipologia dei ricordi, il tempo intercorso tra i fatti e la narrazione. Poiché siamo in ambito evolutivo, è opportuno introdurre il concetto di “Amnesia infantile”, ovvero il concetto condiviso a livello scientifico che è molto difficile per un soggetto recuperare ricordi antecedenti ai tre anni. La rievocazione del ricordo in età adulta di eventi accaduti nell’infanzia è piuttosto carente più si va verso i primi anni di vita. Secondo gli studi i ricordi risalgenti ad un’età che va dai 3 ai 5 anni risultano piuttosto lacunosi, quelli dai 5 ai 7 anni leggermente più precisi (Wang, 2003). Eventi accaduti intorno agli 8-10 anni iniziano ad essere ricordati meglio perché le memorie episodiche ed autobiografiche iniziano ad apparire più simili a quelle dell’adulto, per quanto riguarda la struttura, il contenuto e l’organizzazione di un ricordo (Bauer, 2007, Wang, 2003). Più tempo intercorre tra gli eventi e il momento del ricordo, più vi sono aspetti che possono cadere nella dimenticanza. Un aspetto importante è relativo al fatto che nella valutazione di una testimonianza i ricordi resi non dovrebbero contenere informazioni e conoscenze che il bambino non poteva avere nella fase di codifica; ciò significa che se queste conoscenze emergono, è altamente probabile che esse siano state aggiunte in una fase successiva, anche solo a seguito di un processo rielaborativo spontaneo del soggetto.

Tutti gli operatori dell’ambito giuridico sanno ormai molto chiaramente che la testimonianza del minore risulta più accurata se gli viene concesso di ricordare e raccontare i fatti liberamente senza dover rispondere a domande specifiche e senza aiuti o suggerimenti esterni.

Un fenomeno che si incontra spesso, soprattutto quando è intercorso molto tempo tra l’evento e la raccolta della testimonianza, è il rischio di distorsione di un evento.

Il recupero di un ricordo avviene attraverso la ricostruzione di elementi che subiscono influenze ambientali, culturali ed emotive, soprattutto quando ci si trova di fronte a ricordi traumatici.

In queste situazioni è fondamentale essere attenti alle possibili fonti di distorsione. Spesso ci si trova di fronte all’influenza di fattori relazionali e comunicativi che contribuiscono alla costruzione di falsi ricordi.

Quando si tratta di minori è necessario considerare “l’effetto compiacenza”, dove al soggetto vengono rivolte le stesse domande più volte e alla fine il testimone risponde con ciò che l’esaminatore vuole sentirsi dire (Fornari, 2008).

In sintesi i ricordi, in particolare di eventi traumatici, subiscono l’influenza di fattori cognitivi, emotivo-affettivi e relazionali che possono influenzare o distorcere il recupero del ricordo.

¹⁰ Sez. 3, Sentenza n. 121 del 08/03/2007 ud. (dep. 17/01/2007).

Inoltre, secondo gli studi della psicologia forense, i minori tendono a “sommare interiormente” tutte le occasioni in cui hanno effettuato delle dichiarazioni circa l’esperienza traumatica, ravvisando nelle richieste di ripetizione di esse un indice di screditamento.

Per questo è opportuno non moltiplicare le occasioni di audizione ed è importante spiegare al minore la ragione per cui viene sentito di nuovo davanti al giudice.

È opportuno procedere all’esame del minore in modo graduale.

Tale modalità consente infatti di massimizzare il ricordo, al contempo minimizzando la contaminazione e lo stress.

1. Costruzione del rapporto. Si comincia parlando di argomenti neutri, quali la scuola, le materie ed i giochi preferiti o qualunque altra cosa che non abbia a che fare con l’esperienza in questione. Ciò consente di abbassare il livello di “allarme” e di valutare preliminarmente i canali e gli strumenti comunicativi del bambino, le sue capacità di comprensione ed espressive ed il suo “stile” cognitivo.

2. Introdurre l’argomento di interesse. Si può introdurre l’argomento di interesse attraverso una domanda neutra come “C’è qualcosa di cui vorresti parlarmi? Io sono qui per ascoltarti”, senza utilizzare troppi commenti e connotazioni rispetto a quanto accaduto e rispetto ai protagonisti della vicenda.

3. Libera narrazione. La domanda neutra precedentemente formulata è volta ad incoraggiare il bambino a fornire una libera narrazione dell’evento che dovrebbe essere descritto dall’inizio, senza trascurare alcun particolare. In questa fase il bambino viene lasciato libero di raccontare come vuole e quindi non dovrà essere né interrotto, né corretto, né messo alla prova. Occorre adottare pazienza anche relativamente a particolari irrilevanti. Si può incoraggiarlo intervenendo con frasi tipo: “*Poi che cosa accade?*”, insistendo sulla necessità che il bambino si concentri sul proprio ricordo e non sui racconti eventualmente resi in precedenza ad altri interlocutori.

4. Domande generali. Altre domande generali possono essere utilizzate per ottenere ulteriori particolari (sul “dove”, sul “come” e sul “quando”), ma dovranno derivare solo dalle informazioni fornite dal bambino, adatteranno la sua terminologia, non dovranno essere tendenziose o suggestive e dovranno essere poste in modo tale che il bambino abbia la possibilità di dire “non so”, “non ricordo” (per es. “*Tu hai detto Ti ricordi qualche cosa di più in proposito?*”).

5. Domande specifiche. La libera narrazione e le domande aperte dovrebbero aver esaurito la rievocazione dell’evento da parte del bambino, ma domande più specifiche possono portare a chiarificazioni ed estensioni delle risposte precedenti. Può venire chiesto al bambino di integrare la descrizione del contesto di un evento, oppure di assumere una diversa prospettiva. È importante evitare assolutamente di lodarlo relativamente al contenuto di ciò che sta raccontando, in quanto potrebbe apprendere a riferire più contenuti sullo stesso tema. Occorre, inoltre, fare sempre molta attenzione a non fornire al bambino informazioni che sono pervenute all’intervistatore da altre fonti. Le domande vanno comunque poste in una forma “aperta”, evitando formulazioni “chiuse” alle quali il bambino debba rispondere “sì” o “no”.

6. Conclusione. Solo durante questa fase è possibile rimandare al bambino quanto si sia capito dei contenuti del suo racconto, cercando di attenersi il più possibile al linguaggio utilizzato dal bambino stesso¹¹.

¹¹ Linee Guida della Questura di Roma per l’ascolto del bambino testimone.

In caso di “ritrattazione” è opportuno chiedere al minore la ragione per cui può aver raccontato una cosa diversa, se ha compreso la gravità dei fatti raccontati alla polizia giudiziaria o al Pubblico Ministero e se ha compreso chi sono le persone con cui ne aveva parlato.

Quando ci si trova di fronte ad un minore che non vuole parlare, può essere utile darli la possibilità di comunicare facendolo scrivere.

In proposito, la giurisprudenza di legittimità¹² pronunciata in tema di incidente probatorio, ha avuto modo di affermare che *“è consentito al giudice che procede all'audizione di un minore infrasedicenne per reati in materia di prostituzione e violenza sessuale, disporre l'assunzione della testimonianza in forma scritta (con domande orali e risposte scritte) quando questa modalità appare necessaria per tutelare la fragile psicologia del teste e la genuinità della deposizione. (In motivazione si afferma che tale forma non costituisce né una violazione del principio del contraddittorio, in quanto non impedisce alle parti presenti di rivolgere domande o fare contestazioni, né del principio dell'oralità, in quanto non si tratta di prova precostituita fuori dal processo ma formata in contraddittorio tra le parti come per le deposizioni del sordo o del sordomuto)”*.

4. La persona vulnerabile “atipica”. Il problema dell'individuazione.

Nell'ipotesi di vulnerabilità “atipica” introdotta dal d.lgs. n. 212/2015, occorre in primo luogo valutare se la persona da sentire versi in tale condizione.

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è costante nel senso di ritenere che: *“la verifica della sussistenza della condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa dal reato si risolve, alla stregua dei parametri indicati dall'art. 90 quater cod. proc. pen., in un accertamento in concreto, che postula l'indicazione delle ragioni per le quali il giudice ritenga integrata tale condizione o, se accertata da terzi, la riconosca motivatamente e che si sottrae al sindacato di legittimità se adeguatamente argomentato e privo del vizio di manifesta illogicità”* (Sez. 3, Sentenza n. 29821 del 05/04/2023, Rv. 284981).

Si tratta, con tutta evidenza, di un accertamento particolarmente delicato, in quanto idoneo ad incidere sulle modalità di assunzione della testimonianza.

Nell'ipotesi di persona maggiorenne in condizioni di particolari vulnerabilità “desunta anche dal tipo di reato per cui si procede”, potranno infatti adottarsi le “modalità particolari” di audizione previste per i minori dal comma 5 bis dell'art. 398 c.p.p. (per effetto del richiamo contenuto nel comma 5 ter dell'art. 398), ferma restando, comunque, la possibilità di adottare le “modalità protette” di cui al comma 4 quater dell'art. 498 c.p.p., quando si tratti di persona offesa particolarmente vulnerabile, a prescindere dal titolo di reato per cui si procede (comma 5 quater dell'art. 398)¹³.

Occorre tenere presente che la persona offesa, se ritenuta particolarmente vulnerabile (a prescindere dal titolo di reato per cui si procede) e pertanto sentita in incidente probatorio, non potrà di regola nuovamente essere escussa in dibattimento: l'art. 190 bis c.p.p. prevede infatti, quale regola generale, il divieto di riesaminare la stessa salvo si tratti di fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

Un problema che viene in rilievo è se le “modalità particolari” di cui all'art. 398, comma 5 bis, c.p.p. o “modalità protette” di cui all'art. 498, comma 4 quater, c.p.p. possano essere adottate

¹² Sez. 3, Sentenza n. 33180 del 25/05/2004, Rv. 229157

¹³ La Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 498, comma 4 ter e 498, comma 4 quater, cod. proc. pen., che prevedono l'audizione con modalità protette della vittima vulnerabile maggiorenne, per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost. e 6 Cedu, trattandosi di una forma di escussione che non viola né il diritto di difesa, inteso quale diritto al contraddittorio, né i principi dell'oralità e del giusto processo di matrice convenzionale, consentendo comunque all'imputato di interrogare o fare interrogare il testimone a suo carico davanti ad un giudice (Cass. Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, Rv. 274739).

d'ufficio dal giudice, da momento che le citate disposizioni prevedono la richiesta di parte, nel primo caso, e la richiesta della persona offesa o del suo difensore nel secondo caso.

Indicazioni in senso positivo sembrano provenire dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che: *“L'esame dibattimentale di persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità disposto con l'adozione di “modalità protette” in assenza di previa richiesta della stessa persona offesa o del suo difensore e condotto dal giudice su domande e contestazioni formulate dalle parti non è viziato da nullità o da inutilizzabilità, stante la mancanza di una previsione sanzionatoria specifica in tal senso”* (Sez. 2, Sentenza n. 27743 del 13/06/2024, Rv. 286907).

L'identità di *ratio* tra la disposizione di cui all'art. 498, comma 4 *quater* e quella di cui ai commi 5 *bis* e 5 *ter* dell'art. 398 c.p.p. consente di trasporre detto principio anche all'esame svolto in sede di incidente probatorio.

Sarebbe inoltre paradossale, da un lato, consentire al giudice, in sede di ammissione dell'incidente probatorio, valutare la condizione di particolare vulnerabilità di una persona e, dall'altro, impedirgli di adottare le opportune modalità di audizione (che, è opportuno ribadire, sono poste a tutela non solo della integrità psicofisica della persona ma anche della genuinità della prova).

In ogni caso, appare comunque opportuna una adeguata motivazione sul punto da parte del giudice in sede di ordinanza ammissiva dell'incidente probatorio.

Secondo il disposto dell'art. 90 *quater* c.p.p., la condizione di particolare vulnerabilità deve essere desunta da una serie di fattori, tra cui l'età, lo stato di infermità o di deficienza psichica, il tipo di reato, le modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Si tiene conto, inoltre, se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

Importanti indicazioni per riconoscere la condizione di vulnerabilità c.d. atipica di cui all'art. 90 *quater* c.p.p. provengono dalla dottrina.

In particolare, si è affermato¹⁴ che:

- l'età non deve essere intesa necessariamente intesa come “minore” età, essendo il parametro rilevante anche per riconoscere la vulnerabilità delle persone anziane;
- lo stato di “infermità”, per essere rilevante, deve incidere sulla capacità di reagire alle tensioni generate dal contraddittorio dibattimentale ordinario; non è sufficiente l'esistenza di una patologia fisica per definire lo stato di vulnerabilità, essendo necessario che la stessa interessi l'area psicologica e relazionale della persona, generando l'incapacità di reagire in modo fisiologico alle sollecitazioni processuali dell'esame in contraddittorio diretto;
- quanto allo stato di deficienza psichica, ogni volta che vi siano elementi indizianti l'esistenza di tale stato patologico, appare imprescindibile procedere ad accertamenti tecnici psicodiagnostici volti a verificare l'esistenza della stessa capacità a testimoniare;
- il tipo di reato è un parametro da utilizzare con particolare attenzione, in quanto deve essere verificata la specifica capacità di resilienza del dichiarante alla carica traumatizzante del reato nella sua manifestazione concreta; reati in astratto ad alto impatto traumatico possono essere, in concreto, non incisivi sulla capacità di reagire agli stimoli processuali (a causa dell'elevata resilienza della

¹⁴ Recchione S., La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti eventuali, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, Diritto penale contemporaneo, 2017.

vittima), mentre delitti in apparenza meno gravi possono produrre danni relazionali evidenti quando offendono persone con scarse capacità reattive;

- il parametro delle modalità e circostanze del fatto indica la necessità di valutare, ancora una volta in concreto, se la condotta delittuosa, anche in relazione alle caratteristiche della vittima, ha avuto effetti sulle capacità relazionali del dichiarante;

- deve inoltre essere valutato se il fatto è stato consumato con “*violenza alla persona*”, con odio razziale, o con finalità di discriminazione, trattandosi di modalità del delitto, in astratto, idonee ad incidere sul comportamento processuale del dichiarante. Anche la consumazione del reato con (generica) violenza nei confronti della persona diventa un parametro rilevante per il riconoscimento della vulnerabilità atipica. Le potenzialità della norma sono importanti, soprattutto ove, in coerenza con le indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità, si ritenga violenza anche la coazione psicologica: vulnerabili potranno essere anche vittime di estorsione ordinaria o mafiosa, gli usurati, le vittime dello sfruttamento della prostituzione;

- rileva anche il fatto che il reato sia consumato nell’ambito di fenomeni criminali che, di regola, annichiliscono le capacità reattive delle vittime, ovvero nell’ambito della criminalità organizzata, del terrorismo e della tratta di esseri umani;

- rileva, infine, il vincolo con l’autore del reato, ovvero il fatto che la persona offesa ne sia affettivamente, psicologicamente od economicamente dipendente. Il legislatore, in ossequio alle indicazioni della direttiva ha, inoltre, valorizzato la valenza traumatizzante del reato che si sviluppa nell’ambito di relazioni strette, che generano dipendenza. La relazione con l’autore del reato e, segnatamente, il rapporto di dipendenza materiale o psicologica, è uno dei più significativi indicatori della vulnerabilità, essendo idonea a modificare la capacità di reagire in modo fisiologico alle sollecitazioni dell’esame svolto con modalità ordinarie, ovvero in contraddittorio “*diretto*” ed in presenza dell’imputato.

Indicazioni per il riconoscimento della vulnerabilità sono state fornite anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ha riconosciuto detta condizione a fronte della scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali, ovvero della posizione socio-economica complessiva della persona (C. eur. Dir. Uomo, 11 gennaio 2007, Salah Sheekh c. Paesi Bassi).

Può apparire particolarmente arduo, in concreto, stabilire in via pregiudiziale *quali* siano i soggetti che hanno patito un trauma dall’evento idoneo a renderli vulnerabili e quando sia opportuno adottare modalità protette.

La resilienza agli effetti di un evento traumatico è infatti diversa per ogni individuo e, mentre alcune vittime si dimostrano capaci di affrontare la *cross examination* anche in forme non protette (nonostante possano essere considerate, in astratto e sulla base di massime di comune esperienza, riconducibili al *genus* delle vittime vulnerabili), altre manifestano una tendenza alla vittimizzazione secondaria, non facilmente prevedibile in relazione al fatto per cui si procede.

Viene infine demandato al giudice la valutazione in ordine al fatto se una presunta persona offesa debba o meno essere considerata “vulnerabile” ed essere trattata con le cautele processuali conseguenti.

Tale scelta se, da un lato, ha il difetto di introdurre nel processo un giudizio discrezionale prevedibilmente produttivo di contenzioso, dall’altro, presenta il pregio di evitare il ricorso a presunzioni assolute in una materia, come quella della tutela endoprocessuale delle vittime, che si caratterizza per le sue ricadute sulla tutela di diritti fondamentali della persona.

È quanto più necessaria, al tal fine, la collaborazione di tutti i soggetti che prendono parte all’incidente probatorio (P.M., difensore dell’indagato e della persona offesa), facciano emergere la condizione di vulnerabilità che non può evincersi dagli atti.

Come affermato in dottrina¹⁵, il riconoscimento della rilevanza dello stato di vulnerabilità porta a considerare la testimonianza come un “evento”, che dipende dalle condizioni soggettive del dichiarante, dall’ambiente in cui si svolge l’esame, oltre che dalle interazioni tra intervistato ed intervistatore.

La prima valutazione della vulnerabilità atipica viene effettuata dalla polizia giudiziaria o dal Pubblico Ministero nel momento in cui decidono avvalersi dell’ausilio di un esperto nell’assunzione di informazioni (art. 351, comma 1 *ter*, e 362, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Lo statuto speciale riservato alla raccolta della testimonianza della persona vulnerabile prevede non solo l’anticipazione della sua audizione, ma anche il suo svolgimento con modalità “particolari” (art. 398, comma 5 *bis* e *ter* c.p.p.) o “protette” (art. 398, comma 5 *quater*, e 498, comma 4 *quater*, c.p.p.).

Come già detto, le norme che consentono l’attivazione di speciali modalità di protezione non sono poste solo a tutela degli interessi del dichiarante, ma della stessa genuinità della prova: le modalità di assunzione della testimonianza incidono infatti sui processi di riedizione del ricordo ed, in definitiva, sull’attendibilità della prova testimoniale, sicché l’audizione in ambiente non tutelante, e con modalità non adeguate, potrebbe avere importanti conseguenze non solo sulla lesione di diritti del dichiarante, ma sulla stessa affidabilità della prova.

Per questo risponde anche all’interesse della difesa non “ostacolare” l’adozione di modalità particolari o protette per l’assunzione della testimonianza della persona vulnerabile.

Sul punto, la Direttiva 2012/29/UE, all’art. 22, par. 1, richiede una tempestiva valutazione individuale della vittima, al fine di adottare le specifiche modalità di protezione di cui all’art. 23, tra cui:

- audizioni della vittima in locali appositi o adatti allo scopo (par. 2, lett. a);
- misure per evitare il contatto visivo fra le vittime e gli autori dei reati, anche durante le deposizioni, ricorrendo a mezzi adeguati fra cui l’uso delle tecnologie di comunicazione (par. 3, lett. a);
- misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione (par. 3, lett. b);
- misure per evitare domande non necessarie sulla vita privata della vittima senza rapporto con il reato (par. 3, lett. e).

A riprova della necessità di tener conto delle specifiche condizioni soggettive e della inopportunità di ricorrere ad automatismi in materia, la medesima Direttiva prevede che la valutazione individuale della vittima, qualora gli elementi posti alla base della stessa siano mutati in modo sostanziale, debba essere “aggiornata” durante l’intero corso del procedimento (art. 22, par. 7).

4. Esame della persona vulnerabile.

A fronte di persone vulnerabili “tipiche” o “atipiche”, si pone il problema comune di stabilirne le modalità di audizione.

Occorre tener presente che le dichiarazioni accusatorie provenienti da vittime traumatizzate difficilmente sono immediatamente esaustive.

Spesso emergono a seguito di faticosi itinerari di rivisitazione e superamento del trauma patito.

A volte sono rese nella inconsapevolezza degli effetti processuali che producono. Appaiono dunque frammentarie, simboliche, non veritiere (per timore, vergogna, soggezione, induzione).

¹⁵ V. *supra*.

È raro che la vittima conceda immediatamente ed in un'unica soluzione la intera rappresentazione dei fatti per cui si procede, dato che essa dovrà confrontarsi con gli effetti del trauma primario denunciato e con gli esiti del trauma (secondario) scaturente dal processo.

Le dichiarazioni rese saranno anche condizionate dall'affidamento (o dal rifiuto) che la vittima maturerà nei confronti dell'autorità procedente durante un percorso giudiziario che si intreccia e confonde con quello psicologico di rielaborazione del trauma da reato.

Il merito dell'approfondimento compiuto dalla psicologia in materia di testimonianza risiede essenzialmente nel fatto di avere evidenziato, da un lato, come i meccanismi del ricordo siano influenzati dal *setting* della audizione (e, principalmente, dal rapporto con l'intervistatore) e, dall'altro, come la testimonianza si presenta, di regola, non omogenea in occasione delle varie audizioni effettuate nel corso del procedimento e del processo: si assiste, in tali casi, alla emersione di una *"progressione dichiarativa"*, che si sviluppa attraverso le diverse fasi processuali, spesso (anche se non sempre) in coerenza con il richiamato percorso di (accresciuto o, talvolta, diminuito) affidamento del dichiarante alla autorità giudiziaria.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità¹⁶ pronunciata in tema di valutazione della prova testimoniale, ha osservato che *"la natura progressiva delle dichiarazioni rese dalla vittima vulnerabile non è un elemento che può, da solo, determinare una valutazione di inattendibilità, in quanto tali dichiarazioni spesso non si esauriscono in un'unica soluzione, ma si sviluppano attraverso un complesso percorso di disvelamento, di regola condizionato dall'affidamento nei confronti dell'autorità procedente e intrecciato con quello psicologico di superamento del trauma, sicché il giudizio sull'attendibilità del dichiarato impone una valutazione d'insieme comprensiva di tutti gli stadi di tale percorso"*.

Sebbene, l'audizione del soggetto maggiorenne (anche se di minore età al momento dei fatti) non richieda il rispetto delle linee guida prescritte dalla Carta di Noto, trattandosi di documento che detta regole essenziali applicabili solo all'ascolto del minore testimone¹⁷, alcune indicazioni ivi contenute sono utili al fine di evitare di condurre l'esame con modalità che possano rappresentare un *vulnus* alla genuinità della prova.

Il riferimento è, in primo luogo, alla necessità di evitare (anche nella fase investigativa) modalità comunicative che possano compromettere la spontaneità del racconto e domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte.

Fondamentale in tal senso è procedere con modalità di audizione adeguate sin dal momento della raccolta della denuncia.

Accade di frequente, infatti, che la persona offesa non venga sentita su taluni aspetti ritenuti invece essenziali per la comprensione storica della vicenda e per l'inquadramento giuridico del fatto (abitualità della condotta violenta, anamnesi familiare, individuazione di possibili fonti di riscontro probatorio).

Anche in sede di incidente probatorio, può accadere che si assuma un atteggiamento eccessivamente tutelante nei confronti della presunta vittima.

Tale modalità, oltre a rappresentare una compromissione del diritto di difesa (es. precludendo al difensore di approfondire circostanze emerse nel corso dell'esame) lascia sospese anomalie del

¹⁶ Sez. 3, Sentenza n. 6710 del 18/12/2020, Rv. 281005

¹⁷ Sez. 3, Sentenza n. 23012 del 23/06/2020, Rv. 279966 (In motivazione, la Corte ha specificato che i principi ivi contenuti sono inapplicabili al maggiorenne anche ove lo stesso sia persona offesa dai reati ad alto impatto traumatico indicati dall'art. 392, comma 1 bis, c.p.p.).

racconto che, in sede dibattimentale, se rimaste irrisolte, potranno condurre ad una pronuncia assolutoria.

Per questo è necessario, da parte di tutti i soggetti che intervengono nell'incidente probatorio, tenere un atteggiamento il più possibile neutrale, facendo emergere le contraddizioni la mancanza di linearità nel racconto, in modo da chiarire circostanze che resteranno cristallizzate ed incideranno inevitabilmente sulle sorti del processo che, di fatto, si sta celebrando in questo momento.

Occorre sempre dare la possibilità alla difesa di far emergere le incongruenze nel racconto della persona sentita mediante le contestazioni che, restando verbalizzate, consentono a chi in futuro leggerà quelle dichiarazioni, di valutarne la linearità ed attendibilità.

5. La “presunta” non differibilità della prova in caso di soggetto vulnerabile “tipico” secondo l’ordinanza della Corte di Cassazione n. 27104 del 9/7/2024 e la questione rimessa alle SS.UU.

Con riferimento alle figure “*tipiche*” di soggetti vulnerabili, vale a dire le persone offese dei reati di cui al comma 1 *bis* dell’art. 392 c.p.p., si pone l’ulteriore problema di stabilire se, in dette ipotesi, residui in capo al giudice una discrezionalità circa la necessità o meno di procedere ad incidente probatorio.

Sul punto, esiste un contrasto all’interno della giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo, maggioritario, orientamento, la norma in esame rimette al potere discrezionale del giudice la decisione sulla fondatezza della istanza, da compiere bilanciando gli interessi contrapposti legati, da un lato, alle esigenze di tutela della vittima e, dall’altro, alle garanzie processuali del diritto di difesa dell’imputato e ciò anche nella prospettiva della rilevanza della prova da assumere ai fini della decisione dibattimentale.

Sulla base di tale premessa e dei criteri ermeneutici elaborati dalle Sezioni Unite in tema di atto abnorme (cfr. Sez. U, n. 21243 del 25/03/2010, Zedda, Rv. 246910; Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590; Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008, Battistella, Rv. 238240; Sez. U, n. 26 del 24/11/1999, dep. 2000, Magnani, Rv. 215094), è stata, pertanto, esclusa l’abnormità del provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di esame in incidente probatorio della persona offesa del reato di maltrattamenti, escludendone la condizione di vulnerabilità, trattandosi di provvedimento che non determina la stasi del procedimento né si pone fuori dal sistema processuale (Sez. 6, n. 46109 del 28/10/2021, Rv. 282354; in termini conformi, anche Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, Rv. 279604, relativa a rigetto dell’esame della persona offesa minorenni del reato di maltrattamenti in ragione della modestia del suo contributo dichiarativo, benché mai ascoltata, della sufficienza degli elementi investigativi raccolti e del carattere “pregiudizievole” della sua audizione in sede di incidente probatorio).

Sulla base delle medesime argomentazioni, è stata esclusa l’abnormità del provvedimento di rigetto dell’esame, con le forme dell’incidente probatorio:

a) della persona offesa maggiorenne del reato di atti persecutori (Sez. 1, n. 46821 del 08/06/2023, Rv. 285455, relativa a fattispecie in cui è stata esclusa la vulnerabilità della vittima per l’età, l’inserimento sociale e la reazione opposta alla condotta delittuosa con la proposizione della querela);

b) della persona offesa del reato di violenza sessuale commesso in suo danno da un parente allorché era ancora minorenni (Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, Rv. 281718, in relazione a fattispecie in cui è stata esclusa la vulnerabilità della vittima in quanto divenuta maggiorenne, inserita in una famiglia

“strutturata” che aveva interrotto i rapporti con l’abusante e per le modalità dell’abuso, consistite in tocamenti in presenza di terze persone;

c) del testimone minorenne del reato di atti persecutori commesso dal padre in danno della madre (Sez. 5, n. 2554 del 11/12/2020, dep. 2021, Rv. 280337).

Un opposto orientamento ha, invece, ritenuto che le fonti normative internazionali volte a proteggere le vittime e i familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta (in particolare, attraverso specifiche misure quali l’audizione della vittima senza indebito ritardo, il contenimento del numero delle audizioni e la loro registrazione audiovisiva), comportano l’obbligatoria ammissione dell’incidente probatorio al fine di salvaguardare l’integrità fisica e psicologica del soggetto vulnerabile e di contenere il rischio di vittimizzazione secondaria legato alla reiterazione dell’atto istruttorio.

Si è, pertanto, ritenuto che sussiste un vero e proprio obbligo del giudice di ammettere l’incidente probatorio finalizzato all’assunzione della deposizione di un soggetto vulnerabile ai sensi del comma 1 *bis* dell’art. 392 c.p.p., potendo rigettare la richiesta solo qualora difettino i presupposti normativamente configurati che legittimano l’anticipazione dell’atto istruttorio (vale a dire, che la richiesta provenga dal pubblico ministero o dall’indagato; che sia presentata nel corso delle indagini preliminari o in udienza preliminare per uno dei reati indicati nell’elenco contenuto nella norma; che abbia ad oggetto la testimonianza di un minore di età ovvero della persona offesa maggiorenne).

A sostegno di tale conclusione si è considerata la lettera della norma che prevede l’assunzione della prova “*anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1*”, senza esplicitare alcun ulteriore criterio di valutazione da parte del giudice.

Secondo l’indirizzo in esame, il legislatore ha modificato lo statuto della prova dichiarativa per talune categorie di reati espressamente indicati nel primo periodo del comma 1 *bis* dell’art. 392 c.p.p., prevedendo per questi, quale regola ordinaria, l’assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio.

Sulla base di tale premessa ermeneutica, si è affermato che è abnorme l’ordinanza del giudice per le indagini preliminari che, in ragione dell’assenza di motivi di urgenza che non consentano l’espletamento della prova nel dibattimento, respinga l’istanza del pubblico ministero di incidente probatorio avente ad oggetto l’assunzione della testimonianza della vittima di violenza sessuale (Sez. 3, n. 34091 del 16/05/2019, Rv. 277686).

Ad avviso della più recente giurisprudenza di legittimità “*La presunzione di vulnerabilità delle vittime dei reati elencati nel primo periodo del comma 1-bis dell’art. 392 cod. proc. pen., unita alla presunzione di non differibilità della prova, implica l’obbligo per il giudice di ammettere l’incidente probatorio finalizzato all’assunzione della deposizione del soggetto vulnerabile ai sensi dello stesso articolo, salvo quando manchino i presupposti normativamente configurati che legittimano l’anticipazione dell’atto istruttorio*”.

(Sez. 6, Ordinanza 09 luglio 2024 n. 27104)

Nella pronuncia in discorso, è stato rilevato che possono individuarsi chiari indici normativi della insussistenza di un potere discrezionale di rigetto della richiesta di incidente probatorio “speciale” previsto dal primo periodo del comma 1 *bis* dell’art. 392 c.p.p., rispetto a quello “ordinario” tipizzato al primo comma.

Ad avviso dei giudici della sesta Sezione, il legislatore ha introdotto una presunzione di vulnerabilità delle vittime dei reati compresi nel catalogo contenuto nel primo periodo del comma 1 *bis*.

Tale disposizione, infatti, non sembra consentire alcuna valutazione discrezionale al giudice, una volta accertato che il teste da escutere sia la persona offesa di uno dei reati inclusi nel catalogo o un minorenni.

Diversamente, in relazione alla fattispecie prevista nel secondo periodo, il legislatore ha rimesso alla discrezionalità del giudice la valutazione, secondo i canoni desumibili dall'art. 90 *quater* c.p.p., della vulnerabilità c.d. "atipica" delle vittime degli altri reati (negli stessi termini, si veda anche Sez. 2, n. 29363 del 24/03/2023, citata al par. 3.2).

Quindi, ad avviso della Corte, nella disposizione contenuta nel comma 1 *bis*, accanto alla ritenuta presunzione di vulnerabilità del teste, opera anche una seconda presunzione di non differibilità della prova, che emerge dalla differente formulazione della disposizione in esame rispetto a quella contenuta nel primo comma dell'art. 392.

Invero, a differenza dell'assunzione della testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio "ordinario" di cui al primo comma, in cui si individua come presupposto la sussistenza di un fondato motivo per ritenere *"che la persona non possa essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento"* ovvero che questa *"sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso"*, tale valutazione non è, invece, richiesta nelle due fattispecie contemplate al comma 1 *bis* in cui si consente di richiedere l'incidente probatorio *"anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1"*.

La norma, dunque, sembra escludere dal margine di discrezionalità del giudice non solo la valutazione della condizione di vulnerabilità del dichiarante, ma anche della sussistenza delle ragioni che giustificano l'anticipazione della prova.

Il contrasto ermeneutico sopra esposto, ha indotto i giudici della sesta Sezione a rimettere alle Sezioni Unite la seguente questione: *"se, e a quali condizioni, può ritenersi abnorme, e pertanto impugnabile con ricorso per cassazione, il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa del reato di maltrattamenti, o di altro dei reati compresi nell'elenco contenuto nel primo periodo del comma 1-bis dell'art. 392 cod. proc. pen."*.

Restando in attesa di chiarimenti da parte delle Sezioni Unite, può osservarsi, in senso critico, che la soluzione adottata nell'ordinanza di remissione, seppur dotata di argomenti solidi, sembra comunque trovare un ostacolo nella natura eccezionale dell'istituto dell'incidente probatorio, che deroga ai principi di oralità e immediatezza che sono alla base del nostro sistema accusatorio.

Occorre, inoltre, fare i conti con il disposto dell'art. 393, comma 1 lett. c), c.p.p. che prevede, a pena di inammissibilità della richiesta di incidente probatorio, che il P.M. indichi *"le circostanze che, a norma dell'art. 392 (richiamato integralmente), rendono la prova non rinviabile al dibattimento"*.

Infine, la soluzione proposta, sembra scontrarsi con il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

