

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/156617> since 2022-07-25T09:01:13Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

This is the author's final version of the contribution published as:

LAVARINI Barbara. La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore. LA LEGISLAZIONE PENALE. None (3) pp: 233-244.

When citing, please refer to the published version.

Link to this full text:

<http://hdl.handle.net/2318/156617>

LA TESTIMONIANZA INDIRETTA SULLE DICHIARAZIONI DEL MINORE¹.

di BARBARA LAVARINI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Limiti soggettivi: il problema dell’“esperto” ex artt. 351 co. 1-bis e 362 co. 1-bis c.p.p. – 3. L’impossibilità di sentire il minore come limite al divieto d’uso dei relata: letture *contra legem* e problemi di tutela del contraddittorio. – 4. I criteri di valutazione dei relata: a) in caso di mancata audizione del minore per “impossibilità”. – 5. b) in caso di rifiuto del minore di rispondere all’esame. – 6. Conclusioni.

1. La testimonianza indiretta, la quale abbia ad oggetto dichiarazioni di un minore che si assume “abusato” – in particolare se si tratti di un bambino in tenera età –, può efficacemente qualificarsi “prova debole al quadrato”.

Agli ordinari profili di criticità propri della testimonianza indiretta, collegati all’esigenza di un “doppio controllo” di attendibilità – del dichiarante e della dichiarazione *de relato*, del dichiarante e della dichiarazione di riferimento – si aggiungono infatti, con esponenziale moltiplicazione dei problemi, i profili di criticità “speciali” collegati, da un lato, all’affidabilità della fonte di riferimento – della quale potrebbe essere dubbia finanche l’idoneità a rendere dichiarazioni, *sub specie* di capacità “naturale” di percepire, ricordare e raccontare un fatto² –, dall’altro, alla “peculiarità” dello stesso testimone indiretto, che è, di regola, un “adulto coinvolto” (spesso il genitore, l’insegnante, o il professionista che ha seguito privatamente il minore).

D’altra parte, questa *species* di testimonianza *de relato* riveste fondamentale importanza nei procedimenti per i reati qui d’interesse, dato che, come la Cassazione ha più volte affermato, l’audizione degli adulti, che per primi abbiano raccolto le confidenze, o ascoltato i racconti, del minore, aiuta a capire il contesto del c.d. “disvelamento” dell’abuso, con particolare riguardo alla spontaneità o no della rivelazione e al suo carattere eventualmente “progressivo”, il che può essere determinante ai fini dell’accertamento³.

Onde contemperare “criticità” e “utilità” del mezzo di prova in esame, una disciplina *ad hoc* – sul piano acquisitivo o, almeno, su quello valutativo – sarebbe quantomai opportuna: invece, non solo mancano, allo stato, regole positive “dedicate”, ma la giurisprudenza tende altresì a depotenziare, in nome di una pur fondamentale esigenza

1 Il presente lavoro è la rielaborazione, corredata da note, della relazione svolta al Convegno “L’audizione del minore presunta vittima di abusi”, presso l’Università degli Studi di Milano Bicocca, in data 13.6.2014.

2 Sull’idoneità testimoniale, e sul relativo accertamento ex art. 196 co. 2 c.p.p., v. per tutti R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano 2011, 95 ss.

3 Cfr., da ultimo, Cass., 18.12.2013, n. 7510, in www.iusexplorer.it.

di tutela del minore dalla “vittimizzazione secondaria”, le regole deputate a risolvere *sul piano generale* le criticità della testimonianza indiretta. Operazione, questa, che – in ciò anticipiamo una conclusione – non può condividersi ove finisca per tradursi non tanto nel ragionevole “bilanciamento” di interessi contrapposti – quello del minore a non subire un nuovo trauma e quello dell’imputato a fruire di un “giusto processo” –, quanto nell’irrimediabile sacrificio di uno di questi⁴. Del resto, nemmeno la più recente, ed avanzata, normativa sovranazionale di tutela della vittima, si spinge sino a “dimenticare” le garanzie dell’imputato: si pensi alle numerose clausole di salvaguardia dei «diritti della difesa» che la direttiva n. 2012/29/UE antepone alla pur capillare rete di misure protettive della vittima vulnerabile, e ciò anche se si tratti di una vittima a “doppia vulnerabilità presunta” – in ragione del tipo di reato subito e della peculiare condizione personale⁵ – qual è, appunto, il minore “abusato”⁶.

2. Come è noto, fra le regole di esclusione probatoria previste dalla legge in materia di testimonianza indiretta devono distinguersi i divieti di acquisizione “a monte” della prova – *in primis* il divieto “soggettivo”, gravante *ex art.* 195 co. 4 c.p.p. sulla polizia giudiziaria, di deporre sulle dichiarazioni acquisite nel corso delle indagini –, dalle condizioni, necessarie ed eventuali, per l’uso dei *relata* una volta acquisiti, fra le quali ci interessa la regola, sancita dall’art. 195 co. 1 e 3 c.p.p. a garanzia del contraddittorio, secondo cui, allorché una parte chieda l’esame del testimone di riferimento, la dichiarazione *de auditu* è inutilizzabile ove il giudice non lo disponga, a meno che l’esame stesso «risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità».

Sotto il primo profilo – i divieti di acquisizione “a monte” – va chiarita la posizione, in ordine alla testimonianza indiretta, dell’esperto in psicologia o neuropsichiatria infantile che, nominato dal pubblico ministero, abbia assistito la polizia giudiziaria, o lo stesso pubblico ministero, nell’audizione “unilaterale” del minore a norma

4 V. per tutti G. Giostra, *Profili giuridici della testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Testimoni e testimonianze deboli*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova 2006, 139 ss.

5 Cfr., quanto ai parametri “presuntivi” della vulnerabilità, l’art. 2, §§ 3 e 4, della direttiva. A proposito della “vulnerabilità presunta” della vittima minore cfr., recentemente, F. Cassibba, *Oltre Lanzarote. La frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, 6, in www.penalecontemporaneo.it.

6 Cfr., in particolare, gli artt. 18, 20, 23 della direttiva – tutti recanti in apertura la clausola «fatti salvi i diritti della difesa», nonché i “considerando” nn. 12 – secondo cui «i diritti previsti dalla presente direttiva fanno salvi i diritti dell’autore del reato» – e 58, ove si afferma che la «portata» delle misure di tutela delle vittime vulnerabili «dovrebbe essere determinata lasciando impregiudicati i diritti della difesa...». Analoghe clausole di salvaguardia sono previste dall’art. 20 della direttiva 2011/92/UE, relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

degli artt. 351 co. 1-ter e 362 co. 1-bis c.p.p., ovvero dell'analogo esperto che abbia assistito il difensore ai sensi dell'art. 391-bis co. 5-bis c.p.p.⁷

Nessun problema si porrebbe, invero, se l'esperto *de quo* fosse qualificabile 'ausiliario' del pubblico ministero (o del difensore) – ipotesi interpretativa certo non azzardata, vista la lettera della citate disposizioni («...si avvale dell'*ausilio*») –, e dunque incorresse nell'incompatibilità a testimoniare *ex art. 197 lett. d c.p.p.* Tuttavia questa soluzione, che in passato trovava qualche riscontro giurisprudenziale⁸, è oggi nettamente respinta dalla Cassazione, che dà di 'ausiliario' una lettura restrittiva, inidonea ad includere l'esperto di cui si tratta⁹.

7 Come è noto, le disposizioni citate nel testo sono state introdotte dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale. Nonostante il dato letterale, in ragione dell'indicativo «si avvale», deponga per l'obbligatorietà della presenza dell'esperto all'assunzione delle informazioni dal minore (fra gli altri A. M. Capitta, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 7), parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che la relativa nomina sia discrezionale (cfr. Cass., 12.3.2013, n. 16981, in *CP* 2014, 1174 ss.; C. Santoriello, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *AP* 2013, n. 2, in www.archiviopenale.it). Tra i fautori dell'obbligatorietà, vanno invece distinti quanti ritengono che l'assenza dell'esperto renda le dichiarazioni del minore inutilizzabili (C. Cesari, *Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, in *CP*, 2014, 1183; N. Pascucci, *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni*, *ivi*, 2985, nonché, con qualche diversa sfumatura, S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *DPP* 2013, 887; F. Tribisonna, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *DPP* 2013, 273 s.) o dia luogo a una nullità intermedia *ex art. 178 lett. b o c* (M. Daniele, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *questa rivista* 2013, 72), e quanti ravvisano in detta assenza una mera irregolarità, sebbene suscettibile di rilevare sul piano valutativo, imponendo maggiore cautela nel vaglio di attendibilità delle dichiarazioni del minore (Cass., 10.12.2013, n. 3651, in *CP* 2014, 2976; S. Recchione, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni "de relato"*, 15 s., in www.penalecontemporaneo.it, la quale peraltro distingue il caso in cui l'esperto sia assente all'assunzione di informazioni da parte del difensore, riconducibile alla fattispecie di inutilizzabilità "speciale" *ex art. 391-bis co. 6 c.p.p.*).

8 Cfr., con riguardo all'esperto "spontaneamente" nominato dal pubblico ministero prima della "novella" del 2012, Cass., 26.11.2001, Er Regraui, in *CEDCass*, m. 221052, ove a sostegno dell'incompatibilità a testimoniare *ex art. 197 lett. d c.p.p.* si era condivisibilmente richiamata la *ratio* della norma, che «è quella di assicurare la genuinità e la spontaneità della fonte testimoniale per preservarla dal pericolo che colui che depone rappresenti i fatti secondo una sua elaborazione soggettiva influenzata dall'opinione che si sia fatta presenziando o contribuendo dall'interno direttamente alla formazione di uno o più atti processuali»: considerato, quindi, che l'esperto neuropsichiatra nominato dal pubblico ministero «contribuisce alla formazione di un assai rilevante atto del processo, l'assunzione a sommarie informazioni della persona offesa, e non certamente in un ruolo passivo o secondario, ma in posizione di assoluta centralità», non è «giuridicamente ammissibile che nel corso del giudizio assuma la veste di testimone quello stesso ausiliario del pubblico ministero che, nell'ambito dello stesso procedimento, abbia contribuito ad un rilevante atto d'indagine...con il compito di sollecitare il minore a raccontare i fatti e raccogliergli la deposizione, ovviamente valutandone anche l'attendibilità»; analogamente Cass., 27.3.2003, Chiapperini, in *CEDCass*, m. 225376; Id., 16.11.2005, Lazzini, *ivi*, m. 233066.

9 V. Cass., 9.10.2008, Amicarelli, in *CEDCass*, m. 241426, ove, sul presupposto che 'ausiliario' vada inteso in senso restrittivo – quale «collaboratore intraneo all'amministrazione della giustizia» –, onde evitare deroghe arbitrarie al principio per cui chiunque può rendere testimonianza, si è escluso che detta qualifica competa all'esperto in neuropsichiatria infantile che abbia coadiuvato il pubblico ministero nell'assunzione di informazioni dal minore offeso dal reato. Negli stessi termini Cass., 7.4.2010, D.S.B., in *CEDCass*, m.

D'altro canto, la pressoché unanime dottrina qualifica il c.d. “esperto Lanzarote” come consulente tecnico, con ciò escludendone l'incompatibilità testimoniale¹⁰. Di qui il problema – in assenza di una previsione *ad hoc* – di individuarne gli eventuali limiti alla testimonianza indiretta, giacché, se l'esperto potesse indiscriminatamente deporre sulle dichiarazioni rese dal minore nel contesto degli atti *ex artt.* 351 co. 1-*ter* e 362 co. 1-*bis*, si arriverebbe all'assurdo di consentire, attraverso i *relata*, il travaso dibattimentale di un atto d'indagine¹¹, in palese elusione, fra l'altro, del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria *ex art.* 195 co. 4 c.p.p.

Ad evitare siffatto paradosso, e la violazione che ne discenderebbe alla “regola d'oro” del processo accusatorio¹², può forse invocarsi l'art. 228 co. 3 c.p.p.¹³, che consentendo «*solo ai fini dell'accertamento peritale*» l'uso delle notizie che il perito – a cui la giurisprudenza assimila il consulente tecnico¹⁴ – acquisisca dalla persona offesa o da altre persone sentite «*ai fini dello svolgimento dell'incarico*», impedisce, di fatto, che dette notizie divengano oggetto di una testimonianza *de relato*¹⁵. L'estensione dell'art. 228 co. 3 c.p.p. al caso che ci occupa richiede però qualche “acrobazia interpretativa”, posto che all'“esperto Lanzarote” non si richiede – come la disposizione sembra invece presupporre – un accertamento tecnico che sia “altro” rispetto all'assunzione di informazioni dal minore, ma proprio l'assunzione di tali informazioni (sia pure con un ruolo di mero “supporto” all'organo inquirente¹⁶). A ciò si aggiunga che, sebbene la prevalente giurisprudenza di legittimità pretenda il rigoroso rispetto del divieto *ex art.* 228 co. 3

247869; Id., 3.12.2010, C., *ivi*, m. 249406; Id., 27.11.2012, *ivi*, m. 254137. Per un quadro riassuntivo delle diverse posizioni cfr. la *Rel. n. 22/13* dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione, in www.cortedicassazione.it.

10 Cfr. S. Recchione, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, 9, in www.penalecontemporaneo.it; F. Tribisonna, *op. cit.*, 275, nonché, con qualche diversa sfumatura, A.M. Capitta, *op. cit.*, 8; appare peculiare la posizione di C. Santoriello, *op. cit.*, 10 ss., il quale sembra ipotizzare che spetti al pubblico ministero qualificare l'esperto alla stregua di ausiliario o consulente, in tale modo condizionandone la compatibilità a testimoniare.

11 O d'investigazione difensiva, quanto all'eventualità della deposizione *de relato* dell'esperto *ex art.* 391-*bis* co. 5-*bis* c.p.p.

12 Per tutti P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*³, Bologna 2012, 148.

13 Per un indiretto spunto S. Recchione, *Le dichiarazioni*, cit., 16; F. Tribisonna, *op. cit.*, 276.

14 *Ex plurimis*, Cass., 12.3.2013, n. 16981, in *CP* 2014, 1174; Id., 13.1.2007, n. 2001, in *CEDCass*, m. 238849.

15 Esplicitamente in questi termini Cass., 11.10.2012, n. 46717, in www.iusexplorer.it, ove si afferma che «il divieto dell'art. 228 comma 3 non può nemmeno essere eluso ricorrendo ad altre disposizioni quali l'art. 195 c.p.p., escludendo evidentemente il divieto contenuto nella prima disposizione il ricorso alla disciplina della testimonianza *de relato* restando altrimenti frustrate le finalità che si sono intese perseguire con il divieto».

16 Deve infatti escludersi che pubblico ministero e polizia giudiziaria possano delegare integralmente all'esperto il compimento dell'atto: cfr. S. Lorusso, *op. cit.*, 887; S. Recchione, *Le dichiarazioni*, cit., 5 s.; F. Tribisonna, *op. cit.*, 275 s.

c.p.p.¹⁷, non manca qualche decisione più ambigua, ove ad esempio si afferma la piena utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni, rese dal minore davanti al perito incaricato di accertarne l'idoneità a testimoniare, "in nome" dell'esigenza di evitare al minore stesso il turbamento psichico che gli deriverebbe da un'audizione "diretta" ad opera dell'autorità giudiziaria¹⁸.

In un simile panorama, ci si chiede se non sarebbe preferibile, con riguardo al c.d. "esperto Lanzarote", valorizzare i già richiamati dati testuali per sostenerne senza esitazioni la qualifica di "ausiliario", e dunque la radicale incompatibilità a testimoniare.

3. Un secondo profilo critico, della testimonianza indiretta sul "narrato" di un minore che si assume abusato, nasce dalla lettura elastica data dalla giurisprudenza all'"impossibilità" di sentire il teste di riferimento, quale condizione idonea ad evitare l'inutilizzabilità dei *relata* quando, a fronte della richiesta di parte di sentire detto teste, il giudice non ne disponga l'audizione (art. 195 co. 1 e 3 c.p.p.)¹⁹.

Il dato normativo è assai chiaro: se la difesa lo chiede²⁰, il giudice *deve* disporre l'audizione del teste "diretto", pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni *de relato*, salvo che l'esame «risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità» di costui. La Cassazione, invocando l'esigenza di tutelare il minore dalla vittimizzazione secondaria, arriva però spesso ad estendere la clausola di salvaguardia ben oltre il consentito dalla *littera legis*, in termini, fra l'altro, di dubbia compatibilità costituzionale.

17 Cfr. Cass., 11.10.2012, n. 46717, cit.; Id. I, 11.1.2012, n. 12731, in *www.usexplorer.it*; Id., 22.12.2010, n. 4229, *ivi*; Id. III, 1.2.2006, n. 12647, *ivi*.

18 Cass., 14.6.2007, Battisti, in *CEDCass*, m. 237500; v. anche Cass., 18.12.2013, n. 7510, cit., ove, pur ribadendosi che «le dichiarazioni rese da minori vittime di reati sessuali al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero sono utilizzabili solo ai fini delle conclusioni dell'incarico di consulenza..., ma non ... quali dichiarazioni testimoniali ai fini della ricostruzione del fatto, giusta il divieto posto dall'art. 228 comma 3», si ritiene che nella specie il giudice di merito abbia «rispettato questo principio, giacché il richiamo alla c.t. è stato fatto solo *ad abundantiam*, per argomentare il giudizio di complessiva attendibilità che si è inteso attribuire al riconoscimento dell'imputato ed escludere in proposito alcun dubbio», così, di fatto, finendo per attribuire alla prova inutilizzabile un rilievo tutt'altro che secondario.

19 Ci riferiamo al caso in cui il minore non sia già stato sentito nell'incidente probatorio: in questa seconda eventualità, infatti, la nuova audizione in dibattimento incorrerebbe nei limiti speciali *ex art. 190-bis c.p.p.*, da ritenersi applicabili anche quando la nuova audizione sia richiesta a norma dell'art. 195 co. 1 c.p.p. Cfr., con qualche diversa sfumatura, A. Romeo, *Abusi sessuali su minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *DPP* 2008, 1160.

20 La giurisprudenza è pacifica nell'escludere qualunque limite alla fruibilità probatoria della dichiarazione *de relato* quando le parti non chiedano l'esame del teste di riferimento, in ciò ravvisando una sorta di rinuncia al contraddittorio, pienamente compatibile coi principi costituzionali (cfr., fra le altre, Cass., 13.11.2007, n. 2001, cit.). Resta da chiedersi se, nel caso peculiare che qui interessa, non sarebbe preferibile imporre, anziché consentire, al giudice di disporre d'ufficio l'audizione del minore: per uno spunto in questo senso C. Gabrielli, *La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*, in *RIDPP* 2014, 392.

Ciò attraverso due percorsi alternativi: a) una prima “lettura” parte dal presupposto che la morte, l’infermità e l’irreperibilità non rappresentino i soli casi di “impossibilità oggettiva” idonei a giustificare il sacrificio del contraddittorio, ben potendosi aggiungere all’elenco, per identità di *ratio*, il caso in cui il sottostare all’esame – anche con modalità protette – possa provocare al minore un grave *stress* psicologico²¹. Trattasi di soluzione evidentemente non condivisibile, dato il carattere eccezionale dei limiti che l’art. 195 co. 3 c.p.p. consente di apporre al diritto dell’imputato, ex art. 111 co. 3 Cost., di confrontarsi con chi renda dichiarazioni a suo carico²².

b) Una seconda, più sofisticata, “lettura”, ravvisa invece nella particolare situazione del minore “abusato”, a forte rischio di vittimizzazione secondaria, una condizione di *infermità*, talvolta attraverso un’inaccettabile equivalenza “tenere età/infermità”²³, talaltra qualificando ‘infermità’ il mero pericolo che questa si produca in conseguenza della deposizione quale fattore di intollerabile *stress* emotivo, sia pure – secondo le sentenze più “illuminate” – nel solo caso in cui il minore rischi un vero e proprio “danno” e non un semplice “disagio”, e a condizione che tale rischio sia accertato da un professionista competente²⁴. Anche questo orientamento è secondo noi

21 Cfr. Cass., 11.1.2012, n. 12731, cit., secondo cui «pur individuando l’art. 195 c.p.p., comma 3, solo tre casi di impossibilità (per morte, infermità o irreperibilità), deve escludersi che tale elenco sia tassativo e che non possano essere individuati, nella pratica, altri casi di impossibilità oggettive, analoghi a quelli elencati dal legislatore...»; Id., 25.3.1998, Sandrelli, *GD* 1998 (23), 87.

22 Fra gli altri, C. Cesari, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorene*, in *Il minorene fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano 2008, 269.

23 Cass., 6 aprile 1999, Mandalà, in *CP* 1998, 2424. Tale equiparazione è fra l’altro chiaramente incompatibile con la disciplina della capacità/idoneità a testimoniare, dato che l’art. 196 co. 2 c.p.p. lascia intendere come nemmeno l’accertamento negativo dell’idoneità a testimoniare precluda l’assunzione della prova, che, quindi, non è certo di “impossibile” acquisizione: v. C. Angeloni, *Il silenzio del minore e la testimonianza de relato*, in *CP* 2007, 4764; G. Di Paolo, *L’acquisizione nel processo penale delle «dichiarazioni a contenuto testimoniale» del minorene*, ivi 2003, 1675 s.; C. Cesari, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano 1999, 134.

24 Cfr. Cass., 11.6.2009, n. 30964, in *CEDCass*, m. 244939, secondo cui «la necessità di contemperare le due contrapposte posizioni [dell’imputato e della vittima] in un punto di equilibrio che non appaia ingiustificatamente lesivo di nessuna di esse» può consentire di «rinunziare al racconto diretto degli avvenimenti da parte della giovane vittima, ricostruendo legittimamente la vicenda storica attraverso l’apporto informativo dei testi *de relato*, allorché un professionista competente, con un motivato parere, segnali che il piccolo ha una personalità così fragile da potersi equiparare ad un’infermità oppure evidenzi la *possibilità di insorgenza di danni, anche transeunti, alla salute del bambino, collegati alla testimonianza*». V. anche Id., 18.12.2013, n. 7510, cit. In termini parzialmente più rigorosi cfr. Id., 25.9.2013, n. 39766, in *DPP* 2014, 978, ove, sottolineando come non sia consentita un’interpretazione estensiva dell’art. 195 co. 3 c.p.p., si afferma che non basta, a giustificare il diniego dell’esame dibattimentale del minore, la mera previsione che l’audizione possa produrgli una sofferenza psichica, occorrendo piuttosto accertare se sia davvero impossibile sentire il teste senza causare danni alla sua salute; v. anche Id., 12.2.2004, Cerciello Parisi, in *CEDCass*, n. 228628, la quale non si accontenta della “possibilità” che la deposizione arrechi un danno al bambino, ritenendo inutilizzabili le dichiarazioni *de relato* quando l’esame del teste diretto sia rifiutato, salvo che «l’equilibrio psichico delle minori...sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità».

incompatibile con la lettera dell'art. 195 co. 3 c.p.p., che sacrifica il diritto della difesa al contraddittorio *quando sia l'infermità ad impedire l'esame* – o quantomeno a renderlo inutile²⁵ –, non quando sia *l'esame a poter determinare un'infermità* (in un caso l'infermità “provoca” l'impossibilità di testimoniare, nell'altro la testimonianza “rischia di provocare” l'infermità): si tratta di una situazione affatto diversa, che andrebbe qualificata come “inesigibilità”, più che “impossibilità”, dell'esame. Situazione senz'altro degna di tutela, ma estranea alla lettera dell'art. 195 co. 3 c.p.p., anche perché, a preservare il minore dai rischi che l'esame comporta per la sua salute psichica, sono deputati altri strumenti – *in primis* l'esame protetto –, compatibili, nella prospettiva di un adeguato bilanciamento fra interessi contrapposti, col diritto costituzionale dell'imputato al contraddittorio²⁶.

4. Qualora si voglia accedere ad una lettura estensiva di ‘infermità’, per tale via ampliando i margini di utilizzabilità dei *relata* sulle dichiarazioni di un minore mai sentito in contraddittorio, resta da chiedersi se, quantomeno, possa individuarsi qualche limite sul piano valutativo. Non bisogna infatti dimenticare che l'esame del teste di riferimento, oltre a rappresentare una garanzia difensiva, è strumento di verifica giudiziale dell'attendibilità di una prova “debole” – la testimonianza indiretta –, a maggior ragione se “debole al quadrato” – la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni del minore.

Nell'assenza di specifici criteri legali di valutazione, un'indicazione di particolare rigore si ricava – o forse dovremmo dire si ricavava? – dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, almeno fino al *revirement* del 2012 *in re* Al-Khawaya e Tahery c. Regno Unito²⁷, riteneva incompatibile con le garanzie convenzionali una condanna fondata in modo «esclusivo o determinante» sulle dichiarazioni *de relato* di una persona, a cui la difesa non avesse mai potuto porre domande: ciò, quand'anche tali dichiarazioni fossero introdotte nel processo tramite l'esame in contraddittorio del testimone indiretto, e a prescindere dalle ragioni “oggettive” alla base del mancato esame, fra cui la morte, l'irreperibilità o – è il nostro caso – l'intento di proteggere il teste dal “trauma” del contraddittorio. E' emblematica di tale orientamento la sentenza “P.S. c. Germania”, del 2001, che ha ravvisato una violazione del diritto di difesa – e quindi

25 E' il caso, ad esempio, della c.d. amnesia patologica: cfr. C. cost. 19.1.1995, n. 20, in *GC* 1995, , nonché, con specifico riguardo all'impossibilità *ex art.* 195 co. 3 c.p.p. di sentire un minore, siccome affetto da “amnesia retrograda”, Cass., 24.6.1998, Scardaccione, in *GD* 1998 (37), 88.

26 V. anche C. Cesari, *La “campana di vetro”*, cit., 269 s.

27 C.Eur. GC, 15.12.2011, Al Khawaya e Tahery c. Regno Unito, in <http://echr.coe.int>.

dell'art. 6, par. 2, lett. *d* Cedu – nel fatto che una condanna per “abuso sessuale” si fondasse sulla testimonianza *de relato* dei genitori della vittima, e dell'agente di polizia che ne aveva unilateralmente raccolto le prime dichiarazioni, senza che la minore fosse stata mai sentita con la partecipazione della difesa, proprio allo scopo di tutelarne l'integrità psicofisica²⁸.

Dalla citata giurisprudenza “europea” – peraltro in parte recepita, sia pure ad altri fini, dalla Cassazione²⁹–, si poteva trarre, se non la completa inutilizzabilità della dichiarazione *de relato*, quantomeno il suo “degrado” a mero elemento suscettibile di “concorrere” a fondare un accertamento anche *aliunde* conseguito³⁰: qualcosa di simile, in altre parole, alle nostre regole di valutazione *ex art.* 192 co. 3 e 4 c.p.p.³¹

A partire dalla sentenza “Al-Khawaya”, la Corte dei diritti umani ha però ammesso che, in circostanze particolari di oggettiva impossibilità di assumere la prova in contraddittorio – fra le quali la stessa Corte include il rischio di un “trauma” psichico in danno del dichiarante – anche la dichiarazione di un soggetto, con cui la difesa non abbia mai potuto confrontarsi nel corso del procedimento, possa fondare da sola la decisione, a

28 C.Eur., 20.12.2001, P.S. c. Germania, in <http://echr.coe.int>; v. anche Id., 10.11.2005, Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi, *ivi*.

29 Cfr. Cass. S. U., 25.11.2010, D.F., in *CP* 2012, 858, in materia di lettura *ex art.* 512-*bis* c.p.p. delle dichiarazioni unilaterali del teste assente, ove si afferma che «dall'art. 6 della CEDU, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto – recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nella L. 4 agosto 1955, n. 848, art. 2 – che prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo penale, nel senso che una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento».

30 Salva la difficoltà di stabilire cosa dovesse intendersi – nella prospettiva della Corte di Strasburgo – per prova “determinante” o “non determinante”: cfr. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 203 s.

31 Cfr. A. Balsamo - A. Lo Piparo, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo - R. E. Kostoris, Torino 2008, 352. Un esplicito richiamo all'art. 192 co. 3 c.p.p. si rinviene in Cass. S.U. 25.11.2010, D.F., cit., ove si afferma che, nella prospettiva di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, si può fare «ricorso all'applicazione analogica dell'art. 192 c.p.p., comma 3» ritenendo la «necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro...anche quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante, considerando che l'assenza del controesame abbassi fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato. Del resto, nel quadro di una razionale e motivata valutazione delle prove, il metodo con cui è stata assunta la dichiarazione è rilevante almeno quanto la qualifica del dichiarante (che in alcuni casi, come per l'imputato di reato connesso o del testimone assistito, richiede la presenza di riscontri esterni che ne confermino l'attendibilità)». Per una critica della “traduzione” attraverso l'art. 192 co. 3 e 4 c.p.p. della regola europea della prova “esclusiva o determinante” cfr. G. Ubertis, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *DPP* 2010, 374 s.

condizione che tale *handicap* difensivo sia bilanciato da altre – non meglio identificate, a dire il vero – garanzie procedurali³².

Parrebbe trarsene una nuova legittimazione “europea” di quegli orientamenti giurisprudenziali “nostrani”³³ secondo cui la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni di un minore mai sentito in contraddittorio, purché sottoposta ad uno scrupoloso vaglio di attendibilità, potrebbe anche da sola fondare una condanna³⁴, anche se – in verità – qualche più recente decisione della Corte dei diritti umani sembra “registrare” una minima “marcia indietro”.

Può richiamarsi, in particolare, la sentenza “Rosin c. Estonia”, ove – pur richiamandosi i *dicta* “Al-Khawaya” – si è ravvisata una violazione dell’art. 6 Cedu nel fatto che la condanna del ricorrente si fondasse in modo determinante sulle prime dichiarazioni rese agli inquirenti dal minore vittima di abuso, e ciò, nonostante la mancata audizione di costui in contraddittorio – ripetutamente tentata – fosse giustificata dal concreto rischio, certificato da un esperto, che obbligando il minore stesso a ripetere, a distanza di tempo, quanto detto nelle indagini, gli si arrecasse un significativo danno psicologico. Secondo la Corte, infatti, l’autorità procedente avrebbe dovuto cautelarsi “a monte”, dando alla difesa un’occasione di rivolgere domande al teste nella fase investigativa, quando il pregiudizio per il minore sarebbe stato più contenuto³⁵. Quest’ultima decisione europea, “calata” nella realtà italiana, offre tra l’altro un significativo spunto, da un lato, in favore di un ampio e tempestivo ricorso all’incidente probatorio “speciale”³⁶, dall’altro, ad includere fra i parametri, a cui ancorare la regola di esclusione *ex artt.* 195 co. 1-3 c.p.p. ed i relativi limiti, la *prevedibilità* dell’“impossibilità per infermità” di assumere in contraddittorio le dichiarazioni del teste di riferimento –

32 C. Eur. GC, 15.12.2011, Al Khawaya e Tahery c. Regno Unito, cit.; C. Eur., 22.11.2012, Tseber c. Repubblica Ceca, in <http://echr.coe.int>.; C. Eur., 19.2.2013, Gani c. Spagna, *ivi*.

33 *Ex plurimis*, Cass., 13.11.2007, n. 2001, cit.

34 Cfr. S. Recchione, *La prova dichiarativa*, cit., 21 s.

35 Cfr. C. Eur., 19.12.2013, Rosin c. Estonia, in <http://echr.coe.int>, ove significativamente si afferma: «*although the Court has no doubt that the judicial authorities made a genuine attempt to secure the applicant's defence rights, it appears that at the stage of the proceedings it was already too late to remedy the investigating authorities' failure to give the applicant an opportunity to put questions to the presumed victim, which would have been possible at an earlier stage of the proceedings*».

36 La dottrina è ampiamente concorde nel ravvisare in tale istituto lo strumento “elettivo” – nella prospettiva di un corretto bilanciamento fra la tutela della vittima vulnerabile e quella dell’accusato – per l’audizione del minore “abusato”: *ex plurimis*, G. Giostra, *op. cit.*, 141 ss.; C. Pansini, *L’audizione del minore nel processo penale*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, Piacenza 2010, 570.

sulla falsariga della previsione *ex art. 512 c.p.p.* –, quando costui sia un minore “abusato” a forte rischio di vittimizzazione secondaria³⁷.

A prescindere dal contesto europeo, riveste un certo interesse quella – certamente non univoca – giurisprudenza di legittimità secondo cui la dichiarazione *de relato* sul narrato del minore rappresenterebbe un mero ‘indizio’, inidoneo, da solo, a provare la responsabilità dell’imputato³⁸. Orientamento, a dire il vero, che potrebbe apprezzarsi non solo nella prospettiva – più delicata – dell’uso di una dichiarazione *de relato* quando il teste di riferimento non sia mai stato sentito in contraddittorio –, ma anche in quella, già emersa in dottrina³⁹, della valenza da attribuire alla dichiarazione indiretta quando il minore *sia stato* sentito in contraddittorio, ed abbia reso dichiarazioni significativamente divergenti da quelle “riferite” (dato il tenore testuale dell’art. 195 c.p.p. entrambe le dichiarazioni sono infatti utilizzabili⁴⁰). Precisiamo che, comunque si voglia intendere la prova indiziaria – quale prova “indiretta”, contrapposta alla prova “diretta” in ragione del diverso oggetto (fatto principale o secondario)⁴¹, oppure quale prova “narrativa”, contrapposta alla prova “critica” in ragione della diversa “tecnica di prova” (la narrazione, o qualsiasi altro fatto diverso dalla narrazione)⁴² – ricondurvi la testimonianza indiretta non è agevole⁴³: considerato, però, che indizi e testimonianza indiretta sono accomunati, quantomeno, dalla pluralità di passaggi inferenziali che la relativa valutazione richiede, l’estensione al caso che qui interessa del criterio legale di valutazione *ex art. 192 co. 2 c.p.p.* sembra possibile per via analogica⁴⁴.

37 Per quanto la lettera dell’art. 195 co. 3 c.p.p., diversamente da quella dell’art. 512 c.p.p., non conforti questa soluzione, l’inutilizzabilità della testimonianza indiretta quando l’impossibilità di sentire il teste di riferimento fosse prevedibile è già stata sostenuta, sia pure da una corrente minoritaria: cfr. C. Carini, *Le condizioni di utilizzabilità della testimonianza de relato*, in *GI* 1999, 2132; F. Falato, *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari: sistemi di recupero*, in *CP* 1998, 1818.

38 Cass., 11.1.2012, n. 12731, in *www.iusexplorer.it*; Id., 15.7.2009, Borghese, in *CEDCass*, m. 245187; Id., 3.5.1996, Nocchiero, in *CP* 1997, 3539; v. anche, incidentalmente, Cass. S.U., 29.11.2012, n. 20804, Aquilina e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*; *contra*, Cass., sez. III, 29.11.2006, n. 9801, B., in *CP* 2007, 4752; Id., 5 marzo 2004, Pulcini, in *CEDCass*, m. 229967; Id., 7.6.2002, Dalfino, in *CP* 2004, 610.

39 Cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*⁹, 2014, 236, secondo cui, in caso di esame del teste di riferimento, le dichiarazioni *de relato* sono valutabili dal giudice «alla stregua del principio del libero convincimento», ma «non possono che avere valore meramente indiziario».

40 P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, cit., 134.

41 G. Lozzi, *op. cit.*, 208; M. Scaparone, *Procedura penale*³, vol. I, Torino 2013, 286 ss.

42 P. Ferrua, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher, Torino 2013, 10 ss.

43 Cfr. M. Scaparone, *op. cit.*, 304, nota 33: «La testimonianza indiretta non è necessariamente una prova indiretta (nel senso di indiziaria), giacché tanto la deposizione del testimone indiretto, quanto quella del teste di riferimento possono avere ad oggetto sia un fatto principale sia un fatto secondario».

44 Sottolinea la duplicità dei passaggi inferenziali P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, cit., 134 s., secondo cui «il secondo passo inferenziale, che si esprime nel passaggio dal fatto materiale della dichiarazione oggetto alla verità di essa», è «ad alto rischio» e conseguentemente inidone[o] a fondare da sol[o] una sentenza di condanna; non perché vi si opponga una regola legale, ma per l’impossibilità pratica, d’ordine empirico, di

5. Deve infine accennarsi al caso in cui del minore, le dichiarazioni del quale siano state acquisite *de relato*, sia stato, bensì, disposto l'esame in contraddittorio – nel dibattimento o nell'incidente probatorio – ottenendone, peraltro, un rifiuto di rispondere (eventualità tutt'altro che rara quando si abbia a che fare con bambini in tenera età). Tale situazione certamente non rientra nella regola di esclusione *ex art. 195 co. 1-3 c.p.p.* – posto che un esame è stato disposto, e il dato normativo non richiede altro per l'utilizzabilità dei *relata*⁴⁵ –, ma è riconducibile alla regola valutativa *ex artt. 111 co. 4, 2° periodo, Cost. e 526 co. 1-bis c.p.p.*, con conseguente inidoneità, comunque, della testimonianza indiretta a fondare una dichiarazione di colpevolezza⁴⁶.

Resta però da chiedersi se, ed in che termini, possa dirsi che il minore, il quale decida di non rispondere all'esame – pur condotto con modalità protette –, lo faccia per “libera scelta”. Sotto questo profilo, lungi dal potersi ricorrere ad alcuna forma di “presunzione negativa” fondata esclusivamente sull'età, occorrerà un accertamento caso per caso⁴⁷.

Va da sé che, quand'anche il silenzio del minore non possa dirsi ascrivibile ad una “libera scelta”, e la dichiarazione *de relato* non incorra quindi nei limiti valutativi *in damno* di cui all'art. 526 co. 1-*bis* c.p.p., rimane intollerabile che tale dichiarazione possa *da sola* fondare una condanna, come pure continua ad affermare una parte della giurisprudenza⁴⁸.

6. Per concludere, non può che ribadirsi come la tutela del minore e quella dell'imputato abbiano certamente pari dignità. Ad evitare, però, che per assicurare l'una si finisca per compromettere irrimediabilmente l'altra, sarebbe forse auspicabile un

motivare da solo una conclusione così temeraria».

45 A. Balsamo - A. Lo Piparo, *op. cit.*, 369; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 163 ss. *Contra* G. Di Paolo, *Testimonianza indiretta*, in *DigDPen*, III agg., 2005, 1697 ss., secondo cui la testimonianza indiretta è inutilizzabile, a norma dell'art. 195 co. 3 c.p.p., anche nel caso in cui il teste di riferimento, chiamato a rendere l'esame, rifiuti di rispondere.

46 Fra gli altri, C. Angeloni, *op. cit.*, 1350; C. Cesari, *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali*, II, 1, 2008, 1143; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 166 s.

47 Non appare quindi condivisibile Cass., 9.3.2004, Tangari, in *CEDCass*, m. 229040, ove l'applicabilità dell'art. 526 co. 1-*bis* c.p.p. in un caso in cui una bambina di non ancora dieci anni, vittima di reati sessuali, aveva rifiutato di rispondere, dichiarando di avere già riferito i fatti ad altra persona, è stata esclusa sull'apodittico presupposto che «non si [possa] ritenere che il comportamento di un minore, soprattutto se inferiore ai dieci anni, sia stato determinato da una scelta libera e cosciente e da una volontà altrettanto cosciente». Cfr., in termini estremamente critici verso tale orientamento giurisprudenziale, G. Giostra, *op. cit.*, 140 s.; O. Mazza, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *GI* 2012, 479.

48 Cass., 29.11.2006, n. 9801, B., cit.

intervento legislativo *ad hoc* che, da un lato, meglio delinea – con specifico riguardo ai *relata* sul narrato del minore – i contorni delle regole di esclusione *ex art. 195 c.p.p.* e dei relativi limiti, dall'altro, introduca un apposito criterio valutativo, atto a radicalmente impedire la condanna dell'imputato in difetto di elementi "altri" rispetto ai *relata de quibus*. A questo secondo fine, come si è giustamente osservato⁴⁹, dovrebbe invero bastare – in un sistema in cui la condanna richiede l'accertamento della responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio – un oculato esercizio del libero convincimento giudiziale, ma la casistica evidenza, purtroppo, l'elevato pericolo che il difetto di un criterio legale – sulla falsariga di quelli dettati dall'art. 192 co. 2-4 per elementi probatori analogamente "deboli" – offra un "lasciapassare" ad atteggiamenti di minor rigore valutativo.

49 P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 96 ss., 135.