DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

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*"

Riflessioni a margine di Cass., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 3258 e di Cass., Sez. IV, 12 marzo 2013, n.16981.

di Sandra Recchione

Abstract. *La prova dichiarativa nei processi per abuso sessuale su minore appare sempre più strettamente legata alla prova scientifica, ovvero alla indagine psicologica sulla idoneità a testimoniare che implica la valutazione della suggestionabilità specifica del dichiarante.*
La giurisprudenza della Corte di cassazione offre indicazioni non del tutto univoche. La Corte, se da un lato cerca di delimitare le aree di competenza ribadendo con forza che la valutazione della attendibilità del dichiarato è un fatto giudiziale, non appaltabile all'esperto (la cui presenza accanto alla parte pubblica nel corso dell'audizione unilaterale viene ritenuta facoltativa), dall'altro introduce un inedito, quanto rivoluzionario, inquadramento della analisi sulla capacità a testimoniare come accertamento a "ripetibilità limitata" cui segue l'onere di tempestiva attivazione del contraddittorio (proprio) sulla prova scientifica, che ne risulta evidentemente valorizzata.
Sullo sfondo emerge la ricerca di una via scientifica alla valutazione dell'attendibilità del dichiarato, che sconfina nella tendenza ad affidarsi alle analisi neuroscientifiche, che promettono maggiore obiettività rispetto a quelle psicologiche.
L'approfondimento giurisprudenziale ha comunque offerto un inquadramento della testimonianza come fatto "tridimensionale" che viene generato dalle interazioni tra intervistato ed intervistatore e che si struttura attraverso la fusione dei contenuti elaborati nel corso delle diverse audizioni. Tale tridimensionalità affiora, in sede nazionale, nella valorizzazione della suggestione come fatto inquinante ed, in sede europea, nel riconoscimento della iniquità delle condanne fondate su rivalutazioni antagoniste della testimonianza "cartolare".
In prospettiva, si coglie ancora una volta l'insopprimibile "umanità" del fenomeno processuale, soprattutto quando esso si declina nell'evento dichiarativo.

Editore Luca Santa Maria | Direttore Responsabile Francesco Viganò (cc) BY-NC-ND 2010-2013 Diritto Penale Contemporaneo

SOMMARIO: 1. La prova dichiarativa del minore al vaglio della Suprema corte. – 2. L'inquadramento dell'accertamento della capacità a testimoniare come accertamento a (prevedibile) irripetibilità sopravvenuta. – 3. La presenza dell'esperto durante l'audizione investigativa. – 4.La questione delle dichiarazioni "*de relato*" e la loro compatibilità con le garanzie previste dalla Convenzione EDU.

1. La prova dichiarativa del minore al vaglio della Suprema corte.

1.1. Il tema della prova dichiarativa del minore (presunta) vittima di abuso sessuale è stato di recente affrontato dalla Corte di cassazione che, in due rilevanti pronunce, ne ha ulteriormente definito i parametri di legittimità.

Con la prima decisione è stato affrontato il tema della natura (ripetibile od irripetibile) della consulenza tecnica disposta in fase d'indagine per valutare la capacità a testimoniare del minore[1]. La Corte, in modo inedito, partendo dal riconoscimento della sopravvenuta irripetibilità dell'accertamento dovuta alla modifica dell'assetto psichico del teste, ha censurato l'acquisizione dell'elaborato *cartolare* all'esito dell'esame dibattimentale del consulente. Secondo i giudici di legittimità tale elaborato avrebbe dovuto essere acquisito solo previa verifica delle condizioni indicate dall'art. 512 c.p.p., ovvero in seguito ad espressa richiesta di parte, ed all'esito di una prognosi (postuma) favorevole circa la "imprevedibile irripetibilità" della analisi scientifica delegata in fase investigativa.

Con l'altra decisione è stato affrontato il tema della presenza dell'esperto durante l'esame del minore effettuato nel corso delle indagini dal pubblico ministero[2]. In questo caso Corte ha (inaspettatamente) "ridotto" la portata della previsione introdotta dalla L. n. 172 del 2012 (di ratifica della Convenzione di Lanzarote), interpretando la nuova modalità di escussione come meramente *facoltativa*.

Nell'interpretazione proposta, il ricorso all'ausilio del tecnico è stato inquadrato come una semplice *facoltà* del pubblico ministero e non come un *obbligo* (una interpretazione diversa poteva discendere dalle suggestioni scaturenti dalla locuzione "si avvale" che, appunto, evoca obblighi piuttosto che mere facoltà). Ridimensionata la portata dell'affiancamento dell'esperto, è stato chiarito che, qualora il pubblico ministero decida di non avvalersi della facoltà esplicitamente concessa, non ci si trova in presenza di una violazione di legge produttiva di inutilizzabilità.

Si tratta di due interventi significativi, che incidono sensibilmente sul tema della formazione (e conseguente valutazione) della prova dichiarativa del minore presunta vittima di abuso sessuale.

Non è un caso che entrambe le pronunce analizzino il rapporto, stretto e di difficile gestione, tra l'intervento nel processo (meglio: nella fase investigativa) degli esperti psicologici e la dichiarazione del minore.

1.2. Nei processi per abuso sessuale la connessione tra prova scientifica e prova dichiarativa è strettissima, a tratti (patologicamente) inestricabile. Tale intreccio rende

[1] Si tratta di Cass., sez. III, 4 dicembre 2012, n. 3258.
[2] Si tratta di Cass., sez. IV, 12 marzo 2013, n.16981.

particolarmente difficoltosa la definizione dei rispettivi ambiti di competenza. Si assiste così ad una pericolosa commistione di parametri valutativi: non di rado la valutazione giudiziale viene effettuata facendo ricorso ad analisi di vaga matrice psicologica, che poco hanno a che fare con la (asettica, quasi matematica per il vero) verifica dell'attendibilità giudiziale. Di contro, le analisi psicologiche spesso sconfinano in valutazioni "paragiudiziarie" che le allontanano dall'area tecnico-scientifica entro la quale dovrebbero rimanere confinate[3].

1.3. Le difficoltà sono aumentate in seguito alla entrata in vigore della legge n. 172 del 2012 che, comunque la si veda, ha riconosciuto all'esperto un ruolo "strutturale", fondante, nella formazione dell'elemento di prova dichiarativa raccolto nel corso delle indagini.

L'intreccio di competenze, la vulnerabilità intrinseca del testimone e, soprattutto, la ineluttabile centralità della prova dichiarativa nei processi per abuso sessuale, rende necessario uno sforzo finalizzato alla delimitazione degli ambiti d'intervento: tecnico-scientifico da un lato e giudiziale dell'altro.

Allo stesso modo, si presenta quanto mai urgente l'esigenza di accrescere le competenze degli operatori impegnati nella raccolta delle dichiarazioni del minore.

Ogni intervento, sulle prassi e sulle norme, meriterebbe comunque di essere effettuato non perdendo di vista la necessità del bilanciamento tra il diritto del teste vulnerabile (il minore appunto) ad essere tutelato "dal" processo, e il diritto di difesa dell'accusato: allo scopo di formare un elemento di prova genuino, non manipolato; in sintesi: affidabile.

---

[3] Diversi i tentativi di sistematizzazione effettuati dalla Corte di legittimità secondo cui "la valutazione del contenuto della dichiarazione del minore – parte offesa – in materia di reati sessuali, in considerazione delle complesse implicazioni che la materia stessa comporta, deve contenere un esame: dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo utile ed esatto;della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne. Proficuo è l'uso dell'indagine psicologica, che concerne due aspetti fondamentali: l'attitudine del bambino a testimoniare, sotto il profilo intellettivo ed affettivo, e la sua credibilità. Il primo consiste nell'accertamento della sua capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessa, da considerare in relazione all'età, alle condizioni emozionali, che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e natura dei rapporti familiari. Il secondo – da tenere distinto dall'attendibilità della prova, che rientra nei compiti esclusivi del giudice – è diretto ad esaminare il modo in cui la giovane vittima ha vissuto ed ha rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna" (Cass., Sez. III, 3.7.1997, n. 8962, C.E.D. Cass., n.208447)"; o che "... la credibilità di un bambino deve essere esaminata in senso omnicomprensivo, valutando la posizione psicologica del dichiarante rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne, la sua attitudine a testimoniare – che coinvolge la capacità di recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle -, le sue condizioni emozionali in riferimento alle relazioni con il mondo esterno ed alle dinamiche familiari, nonché i processi di rielaborazione cognitiva delle vicende vissute, processi tanto più limitati quanto più il bambino è in tenera età" (Cass., Sez. III, 6.4.2004, n. 23278, C.E.D. Cass., n. 229421); o che "in tema di reati contro la libertà sessuale, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenne deve contenere un esame sia dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo esatto, ovvero di recepire le informazioni, raccordarle con altre e di esprimerle in una visione complessa, sia della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne che hanno regolato le sue relazioni con il mondo esterno" (Cass., Sez. III, 10.4.2008, n. 20568, C.E.D. Cass., n. 239879)

Il bilanciamento del diritto di difesa con il diritto della vittima (presunta) ad essere protetta dal processo è la sfida che gli operatori quotidianamente affrontano nella gestione di eventi giudiziari complessi, caratterizzati dal fatto di essere centrati sulle dichiarazioni di un teste (ritenuto) particolarmente esposto a manipolazioni, induzioni e (anche inconsapevoli) suggestioni.

2. L'inquadramento dell'accertamento della capacità a testimoniare come accertamento a (prevedibile) irripetibilità sopravvenuta.

La importante novità che si coglie dalla lettura della prima delle due sentenze segnalate è l'inedito inquadramento dello stato psichico del minore come condizione a *stabilità temporalmente limitata*, scaturente dalla fisiologica "mobilità" dell'assetto della personalità in fase evolutiva[4].

[4] La Corte espressamente afferma che i minori "presentano strutture mobili della personalità che si evolvono e si modificano ; tale condizione della mente umana infantile è stata osservata in ambito neuroscientifico con strumenti quali la risonanza magnetica-funzionale. Deriva che una nuova perizia a distanza temporale potrebbe non essere più utilmente praticabile per la condizione mutata in cui versa l'oggetto di indagine in rapporto all'epoca della consulenza. Da questo rilievo non consegue la conclusione della radicale impraticabilità del ricorso allo art. 359 cod. proc. pen. per l'indefettibile carattere della irripetibilità dell'indagine psicologica di minori, anche piccoli, la cui evoluzione non è così rapida da non permettere, di norma, un successivo esame in contraddittorio con l'imputato a breve termine" (Cass., sez. III, 4 dicembre 2012, n. 3258) così contraddicendo precedenti pronunce che avevano riconosciuto una generale stabilità allo stato psichico del minore qualora dagli atti non emergessero in concreto elementi idonei a far ritenere tale stato "precario". Così era stato stabilito che proprio in un caso di abuso su minore di quasi 15 anni "il carattere irripetibile dell'accertamento non va giudicato in astratto secondo la tipologia dell'accertamento stesso, ma va valutato in concreto secondo le caratteristiche particolari della situazione da accertare e della sua prevedibile modificabilità. Nel caso concreto, nulla faceva prevedere che la maturità psicologica della persona offesa, non affetta da particolari patologie, fosse esposta nel tempo breve del processo a rilevanti modificazioni" (Cass., Sez. III , 8 marzo 2006 n. 19397, in C.E.D. Cass. n. 234168). Più di recente nello stesso senso era stato stabilito che "la giurisprudenza di questa Corte che esclude la natura di atto irripetibile della consulenza psicologica effettuata su minore vittima di abuso sessuale. Tale esclusione, infatti, è giustificata dal fatto che un'indagine sullo stato psichico di una persona, quando riguarda una condizione costante e non contingente e, per tale ragione, non suscettibile di modificazione, non presenta caratteristiche di irripetibilità condizione, questa, che deve essere considerata non in astratto, secondo la tipologia dell'accertamento stesso, ma in concreto secondo le caratteristiche particolari della situazione da accertare e della sua prevedibile modificabilità (Sez. III, n. 19397, 6 giugno 2006; v. anche Sez. III, n. 9734, 30 luglio 1999). La richiamata decisione ricordava, peraltro, che spetta comunque alla parte che invoca l'applicazione dell'art. 360 c.p.p. provare che ne ricorreva il presupposto, consistente appunto nella irripetibilità dell'accertamento cosa che, nella fattispecie, non è avvenuta. In ogni caso, nessun elemento induce a ritenere che le condizioni psicofisiche della minore abusata, valutate dalla Corte territoriale con riferimento alla sussistenza di un evento traumatico riconducibile alla violenza ed ai maltrattamenti subiti e alla spontaneità del narrato, siano suscettibili di considerevoli mutamenti in futuro, pur potendosi ipotizzare una possibile attenuazione della sintomatologia più evidente con il trascorrere del tempo ed in tal senso devono essere considerate le affermazioni del consulente che il ricorrente valorizza, invece, come segno evidente di irripetibilità dell'atto" (Cass., Sez. III, 16 febbraio 2011 n. 8427 C.E.D. Cass. n. 249365).

Secondo la Corte la struttura psichica del minore in età evolutiva rimane stabile solo per un periodo di tempo limitato, entro il quale deve essere concessa all'accusato la possibilità di "contraddire" metodi e risultati dell'analisi scientifica, attraverso la attivazione del contraddittorio. Trascorso questo tempo di stabilità, l'assetto psichico si trasforma e l'accertamento diventa irripetibile, con significative conseguenze in tema di utilizzabilità dello stesso come fonte di prova[5].

L'intervento ermeneutico è particolarmente incisivo in quanto impone una seria revisione delle modalità di conduzione delle indagini nella delicata materia dell'abuso sessuale su minori.

Diverse le riflessioni indotte dalla lettura della pronuncia.

2.1. Una osservazione preliminare riguarda la stessa "capacità dimostrativa" dell'accertamento sulla idoneità a testimoniare, ovvero l'effettiva incidenza di tale analisi sull'impianto probatorio; soprattutto ora, dopo l'autorevole riconoscimento della precarietà dell'assetto psichico delle persone in età evolutiva effettuato dalla Cassazione.

La analisi sulla idoneità a testimoniare comporta di regola l'esame della permeabilità del minore alle suggestioni, della sua (eventuale) dipendenza da specifiche figure adulte e della possibilità che tale legame possa produrre effetti "suggestivi" sulla dichiarazione giudiziale; di regola vengono anche analizzate eventuali anomalie del percorso evolutivo, con specifico riguardo alle capacità cognitive, la cui valutazione è necessaria per stabilire se il minore abbia correttamente compreso i fatti che narra.

In proposito, non può negarsi che si tratta di una valutazione di sicura rilevanza; in alcuni casi, indispensabile[6]. L'accertamento in questione si occupa tuttavia

---

[5] La Corte in motivazione precisa: "nel caso in cui l'esaminando sia un bambino in tenera età. Ragioni di prudenza consigliano di utilizzare con cautela la formalità non garantita per questi soggetti che presentano strutture mobili della personalità che si evolvono e si modificano; tale condizione della mente umana infantile è stata osservata in ambito neuroscientifico con strumenti quali la risonanza magnetica-funzionale. Deriva che una nuova perizia a distanza temporale potrebbe non essere più utilmente praticabile per la condizione mutata in cui versa l'oggetto di indagine in rapporto all'epoca della consulenza. Da questo rilievo non consegue la conclusione della radicale impraticabilità del ricorso allo art. 359 cod. proc. pen. per l'indefettibile carattere della irripetibilità dell'indagine psicologica di minori, anche piccoli, la cui evoluzione non è così rapida da non permettere, di norma, un successivo esame in contraddittorio con l'imputato a breve termine.
Concludendo la Corte rileva che nessuna norma impone al Pubblico Ministero di espletare la consulenza personologica di soggetti minori con le modalità dell'art. 360 cod. proc. pen. o di chiedere incidente probatorio (Sez. III sentenza 37147/2007). Tuttavia, l'organo della accusa, prima di optare per la procedura art. 359 cod. proc. pen., deve valutare – avendo come referente le peculiarità del caso concreto ed, in particolare, l'età , le condizioni del bambino e la prevedibile durata delle indagini – se l'accertamento possa essere utilmente ripetuto dopo l'arco di tempo entro il quale è necessario tutelare la segretezza delle investigazioni"(Cass., Sez. III, 4 dicembre 2012 n. 3258, cit.).

[6] Va ricordato che se, da un lato è stato stabilito che "in tema di reati sessuali su minori in tenera età, è illegittimo, per violazione del principio della formazione della prova in contraddittorio, il rifiuto del giudice di disporre una perizia psicologica in contraddittorio, al fine di accertare l'aderenza alla realtà o meno della narrazione dei fatti, in dipendenza di eventuali elaborazioni fantasiose proprie dell'età o della struttura personologica del minore" (Cass., Sez. III, 23.2.2001, n. 26692, C.E.D. Cass. n.250629), dall'altro è

di un "fatto" che, alla luce della nuova consapevolezza circa la dinamicità dell'assetto psichico, appare (inevitabilmente) "circoscritto" quanto a capacità dimostrativa: l'idoneità del minore a rendere una testimonianza può evidentemente essere valutata limitatamente al periodo di tempo prossimo a quello in cui l'accertamento viene effettuato. Non si tratta più di un accertamento "assoluto" a validità permanente, ma di una analisi "relativa", la cui efficacia dimostrativa è riferibile solo ad un determinato stadio della età evolutiva del teste.

La prima conseguenza del riconoscimento della mobilità dell'assetto psichico del minore è dunque la necessità di ripetere l'accertamento ogni volta che la struttura della personalità si modifica e debba, comunque, essere effettuata una nuova audizione giudiziale.

In astratto non si può escludere che chi era "non capace" lo diventi o, viceversa, a causa dell'incidenza di fattori, fisiologici e non, idonei ad incidere sulla idoneità a rendere testimonianza.

Se il quadro psichico del minore è destinato a "decadere" e mutare, la preliminare valutazione circa la idoneità a rendere testimonianza (prerequisito dell'intervista giudiziale) non può che essere rinnovata in occasione di ogni audizione effettuata oltre il periodo di stabilità, cioè dopo che sia trascorso il lasso di tempo in cui si ritenga che l'assetto psichico resti invariato; è solo entro tale limitato periodo, infatti, che restano "validi" i risultati del primo esame tecnico, che in tale segmento temporale si presenta ancora come pienamente ripetibile.

2.2. Vale la pena di ribadire, nello sforzo di delimitazione degli ambiti, che dall'analisi tecnica deve essere accuratamente espunto ogni profilo volto alla valutazione della attendibilità della testimonianza. Analisi, questa, squisitamente giudiziale che, pur "basandosi" sull'accertamento della capacità a deporre, che ne costituisce un presupposto imprescindibile, riguarda la coerenza intrinseca ed estrinseca della dichiarazione, e richiede una valutazione fondata su parametri giudiziari e non su indicatori importati dalla scienza psicologica. Parametri che, in sintesi, possono individuarsi nella coerenza della dichiarazione con i dati oggettivi emergenti dal processo e con la manifestazione di un assetto logico-argomentativo coerente con l'età e lo sviluppo psichico del teste.

La dichiarazione è attendibile, e convince, se risulta compatibile con i dati di contesto e, soprattutto, se "progredisce" in modo fisiologico. Le divergenze tra i vari *steps* dichiarativi non sono infatti necessariamente indicativi di inattendibilità. Anzi, soprattutto quando ad essere rieditato è un fatto potenzialmente traumatico, come un

---

stato anche affermato che "in tema di reati sessuali nei confronti di minori, il mancato espletamento della perizia in ordine alla capacità a testimoniare non rende per ciò stesso inattendibile la testimonianza della persona offesa, giacché un tale accertamento, seppure utile laddove si tratti di minori di età assai ridotta, non è tuttavia un presupposto indispensabile per la valutazione dell'attendibilità, ove non emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità" (Cass., Sez. III, 24.10.2011, n. 38211, C.E.D. Cass. n. 251381).

abuso sessuale, è del tutto plausibile, se non ordinario, che la dichiarazione non sia sempre uguale a sé stessa[7].

Non può non essere preso in considerazione il fatto che l'abuso sul minore di regola non viene agito attraverso l'esercizio della forza o della violenza, ma attraverso la persuasione, che fa leva sul naturale affidamento del minore nelle figure adulte (le quali, specie se caricate di oneri di protezione, sono percepite come particolarmente affidabili).

Tale tessitura relazionale induce nel minore la percezione della complicità. Questa, a sua volta, genera profondi sensi di colpa, proprio nel momento in cui l'abuso viene *riconosciuto* come tale (non sono rari i casi in cui, all'inizio, la percezione dell'illecito non è chiara, essendo i contatti erotici proposti attraverso come gioco). Al senso di colpa consegue – non di rado – la associazione allo svelamento (percepito come necessario, ma vissuto in modo "colpevole") ad un sentimento di tradimento del patto di lealtà implicitamente stipulato con l'abusante a garanzia del consenso e, spesso, del silenzio.

Insomma: la complessa relazione che lega l'abusante al minore rende lo svelamento faticoso ed, inevitabilmente, progressivo. Pertanto le dichiarazioni *robot like*, sempre uguali a sé stesse si presentano, di regola, non coerenti con la complessità relazionale descritta e richiedono un vaglio particolarmente attento, in quanto possono essere sintomatiche di etero-induzione o, peggio, di predisposizione dei contenuti, in una parola: di inattendibilità[8].

2.3. Chiarito l'ambito materiale su cui incide l'accertamento tecnico psicologico, si coglie meglio la rilevanza delle indicazioni della Cassazione circa la qualifica dello stesso come esame a ripetibilità limitata.

La Corte non ha negato in via generale la ripetibilità dell'accertamento, ma ha ridotto l'area temporale della stessa, dimensionandola al periodo in cui lo stato psichico si presume stabile.

Tale ripetibilità "temperata" viene riconosciuta (anche) sulla base della valorizzazione delle esigenze di segretezza e della necessità di garantire tempestivi interventi cautelari a tutela della vittima.

Dalla presa d'atto di un presupposto fenomenico (la mobilità dell'assetto psichico del minore) fino ad ora non riconosciuto con questa chiarezza[9], discendono rilevanti conseguente in diritto: la consulenza tecnica di parte, nella misura in cui diventa assimilabile, per la decadenza del periodo di stabilità, ad un atto irripetibile

---

[7] Sia consentito rinviare a S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della convenziona di Lanzarote*, in *questa Rivista*, 8 marzo 2013.

[8] Sulla complessità dei processi di rielaborazione mnestica cfr F.C. BARTLETT, *La memoria*, Milano, 1974; A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2010.

[9] Era stato infatti deciso che non è atto irripetibile la consulenza tecnica sullo stato psichico di una persona, quando si configura come indagine sulla condizione costante e non contingente. (Nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto atto ripetibile la consulenza psicologica disposta dal PM su soggetto minorenne vittima di un delitto di violenza sessuale di gruppo, in quanto non è prevedibile che la maturità psicologica della persona offesa, non affetta da particolari patologie, possa essere esposta in breve tempo a rilevanti modificazioni: Cass., Sez. III, 8 marzo 2006 n. 19397, C.E.D. Cass. n. 234168).

(ad irripetibilità *sopravvenuta*, precisamente) deve essere gestito nel rispetto dei parametri indicati dall'art. 512 c.p.p. Dunque: occorre la richiesta di parte e la prognosi postuma positiva circa l'imprevedibilità dell'atto.

La trasformazione dell'assetto psichico è tuttavia ineluttabilmente *prevedibile*, nella misura in cui si assume come certo il mutamento delle strutture della personalità in relazione alla fisiologica progressione delle fasi evolutive.

L'accertamento sulla capacità a testimoniare non può, allora, che essere inquadrata come un attività ad irripetibilità *sopravvenuta prevedibile.* Il che, sottolinea la Corte, impedisce di "leggere" in dibattimento l'atto formato durante le indagini ed osta alla acquisizione della relazione di consulenza al fascicolo del dibattimento.

Dunque, l'atto predibattimentale "cartolare", una volta trascorso il periodo di stabilità, diventa inutilizzabile e non è più fruibile a fini probatori.

Alla critica stabilità dello stato psichico, al rinnovato riconoscimento della rilevanza dell'analisi scientifica ed alla necessità di tutelare il diritto di difesa consegue perciò – è questo il punto rilevante – l'individuazione in capo al pubblico ministero dell'onere di attivare il contraddittorio incidentale sull'accertamento tecnico, che dovrà essere "ripetuto" entro il limitato periodo di tempo in cui lo stato psichico si assume costante. In questo modo si "salva" l'utilizzabilità della prova scientifica che, per quanto abbia la limitata capacità dimostrativa indicata, risulta così fruibile, in quanto formata nella pienezza del contraddittorio.

Resta viva anche l'opzione del ricorso allo strumento previsto dall'art. 360 c.p.p., attraverso l'attivazione immediata del confronto preprocessuale con la difesa: tuttavia tale scelta oltre ad essere distonica con il pacifico riconoscimento della iniziale natura ripetibile dell'accertamento, non salvaguarda le esigenze di segretezza e si presenta, comunque, meno garantita rispetto alla analisi "ripetuta" con le forme della perizia in contraddittorio incidentale.

La difficoltà di inquadramento del lasso di tempo in cui l'analisi può (deve?) essere ripetuta dipende evidentemente dalle specifiche caratteristiche del testimone. Tale periodo, non prevedibile in astratto ed in via generale, dovrebbe essere individuato in concreto da un tecnico, cui dovrebbe essere affidato l'incarico (ripetibile?) di individuare il lasso temporale di "stabilità" della condizione psichica, ovvero il segmento temporale entro cui è possibile cristallizzare la prova scientifica in contraddittorio.

2.4. La Corte, nella sentenza in commento, si sofferma in via incidentale anche sul tema della ammissibilità della testimonianza del tecnico di parte.

Si chiarisce che il consulente del pubblico ministero può essere interrogato al dibattimento come testimone e "per una sorte di conversione con quello *praeter peritiam* previsto dall'art. 233 cod. proc. pen.), può introdurre nel processo il contributo specialistico del suo sapere tecnico scientifico: può fornire pareri ed esporre ipotesi ricostruttive utili, in particolare, se viene escusso nella piena dialettica processuale con l'esperto che ha cercato la verità per conto della difesa"[10].

[10] Cass., Sez. III sentenze nn. 22268 del 2008, 37490 del 2011.

Tuttavia, secondo la Corte, l'apporto testimoniale del consulente non può introdurre nel processo contenuti inutilizzabili perché emersi in seguito ad analisi prevedibilmente "irripetibili", che avrebbero richiesto l'attivazione di tempestive contromisure processuali idonee a garantire il contraddittorio tecnico[11].

Sulle circostanze relative a tali contenuti, dunque, la testimonianza non dovrebbe essere ammessa.

L'estensione della patologia dall'elaborato tecnico cartolare alla testimonianza dell'esperto, che quell'atto scritto ha redatto, non è un fatto nuovo, ma già esplorato dalla Cassazione con riferimento a casi di irripetibilità originaria non tempestivamente riconosciuta. In questi casi la Corte prendendo atto della nullità degli accertamenti

[11] Secondo la Corte "l''apporto conoscitivo dello esperto della accusa, tuttavia, non può dilatarsi fino a svalutare la disciplina specifica dei consulenti investigativi del Pubblico Ministero introdotta con gli artt. 359, 360 cod. proc. pen.; tale apporto non può estendersi fino a convogliare nel processo ai fini probatori indagini, il cui contenuto è stato contestato dalla controparte, effettuate senza preventivo contraddittorio con il consulente della difesa e senza la possibilità – come è avvenuto nel caso concreto – di un controllo postumo reso impraticabile (Sez. III sentenza 37490/2011). Invero, il consulente del Pubblico Ministero non aveva videoregistrato i colloqui con il minore e non aveva allegato i protocolli dei *tests* per cui diventava impossibile la verifica sulla correttezza delle metodologie utilizzate, sulla affidabilità del dato raggiunto e sulle conclusioni dell'esperto. (Al fine che non si verifichino inconvenienti quali quello in esame, è opportuno che il Pubblico Ministero inviti il suo consulente, nominato a sensi dell'art. 359 cod. proc. pen., a procedere con modalità controllabili" (Cass., Sez. III, 4 dicembre 2012 n. 3258, cit.).Seppur meno chiaramente in altra pronuncia della Corte si legge analoga diffidenza verso l'utilizzo a scopi probatori dei contenuti della consulenza di parte laddove si osserva – in relazione al diniego di perizia sul contenuto dell' accertamento tecnico unilaterale – che "la Corte di appello da un lato, ha negato la ripetizione della prova nelle modalità garantite del contraddittorio tra le parti, dall'altro, ha finito per attribuire valore di prova alla consulenza del Pubblico Ministero, "validata" attraverso il disposto "contraddittorio" (così si esprime la sentenza di primo grado, pag. 3) tra i consulenti tecnici del PM, dell'imputato e delle parti civili, tenutosi nel corso del dibattimento di primo grado. Anche se tale modalità di assunzione dell'esame dei consulenti tecnici di parte non può essere annoverata in senso stretto ne' tra le nullità, ne' tra le inutilizzabilità, certamente la stessa non può sopperire a quel contraddittorio nell'assunzione del mezzo di prova che è garantito, invece, dall'espletamento di una perizia, ovvero avrebbe potuto essere garantito da una consulenza tecnica disposta dal P.M. ex art. 360 c.p.p., che, secondo quanto sembra suggerire un orientamento giurisprudenziale (...), potrebbe essere utilmente impiegato nei caso di abusi sessuali in danno di minori in età prescolare"; da cui discende la censura: "la motivazione del rigetto non può essere fondata su un mero atto di fede sulle risultanze della consulenza disposta dal P.M., non accompagnata da una puntuale ed esaustiva analisi dei punti di criticità segnalati sulla stessa con l'atto di appello e da una specifica motivazione sulle ragioni per le quali gli stessi possano dirsi superati alla luce delle linee interpretative fornite dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alla valutazione processuale delle dichiarazioni rese dai minori sotto il profilo della loro credibilità e, soprattutto, della loro attendibilità" (Cass., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 17339, C.E.D. Cass. n. 255284). La violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio è alla base anche di una pronuncia di annullamento con rinvio in relazione al "diniego di perizia". In tal caso è stato deciso che "in tema di reati sessuali su minori in tenera età, è illegittimo, per violazione del principio della formazione della prova in contraddittorio, il rifiuto del giudice di disporre una perizia psicologica in contraddittorio, al fine di accertare l'aderenza alla realtà o meno della narrazione dei fatti, in dipendenza di eventuali elaborazioni fantasiose proprie dell'età o della struttura personologica del minore"(Cass., Sez. III, 23.2.2001, n. 26692, C.E.D. Cass. n. 250629).

effettuati con le forme non garantite indicate dall'art. 359 c.p.p., ha ritenuto che l'escussione dibattimentale fosse affetta da invalidità derivata[12].

Se si condivide il percorso logico alla base dell'estensione della nullità, deve ritenersi che l'audizione del consulente non possa essere uno strumento per aggirare il divieto di utilizzabilità previsto dall'art. 512 c.p.p., norma-presidio dell'opzione accusatoria effettuata dalla Costituzione.

Di contro, l'esame testimoniale del consulente può svilupparsi, se ritenuto opportuno, su un'area circostanziale "aspecifica", riferita a contenuti scientifici *non* direttamente connessi all'esame effettuato in concreto. Del pari: il tecnico potrà essere sentito su dati fattuali "percettivi" in relazione ai quali egli rimane testimone "semplice" e non "esperto".

Il testimone esperto è infatti un dichiarante speciale[13].

Questi, è del tutto assimilabile al testimone ordinario quando riferisce dati "percepiti" durante la sua attività, sui quali deve testimoniare con il vincolo dell'obbligo di verità (così dovrà dire, ad esempio, se il bambino piangeva durante gli incontri clinici, come era vestito, chi lo aveva accompagnato etc), ma si trasforma in teste "esperto" sia nei casi in cui riporta contenuti generali attinenti l'area scientifica di pertinenza, sia quando riferisce dati specifici emergenti dall'attività tecnica delegata.

Sui contenuti generali l'esperto può riferire ogni volta che le informazioni non scaturiscano dalla (sebbene in astratto "ineriscano"alla) analisi divenuta irripetibile. Così ad esempio allo psicologo potrà essere chiesto se esistono gli indicatori di abuso, se è inferibile da un disturbo post-traumatico da stress il patimento di un abuso sessuale, se e con quali tempi, lo stato psichico del minore in età evolutiva si modifica, etc.

Diversamente sui contenuti specifici delle analisi delegate egli non potrà riferire ogni volta che l'accertamento, al tempo della celebrazione del dibattimento, venga classificato come irripetibile.

Relativamente all'area scientifico valutativa, sia essa generale, sia essa specificamente riferibile alla analisi delegata, il teste esperto non ha obbligo di verità, poiché, di regola, i contenuti scientifici presuppongono un apprezzamento che li estrae dall'area propriamente testimoniale, che è quella della mera "percezione", per

---

[12] In particolare la Corte ha affermato che "è affetto da nullità d'ordine generale a regime intermedio l'esame dibattimentale del consulente tecnico del pubblico ministero sui risultati dell'accertamento tecnico irripetibile eseguito senza il previo avviso all'indagato ed al suo difensore, la cui nullità sia stata rilevata nei termini di legge" (Cass., sez. 2, 23 gennaio 2009 n. 11052 CED Cass. n. 243861, nello stesso senso Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009 n. 3908, CED Cass. n. 246022).

[13] L'esperto, diversamente dai testi "semplici": a) in caso di perizia può essere presentato a dibattimento, senza citazione ai sensi dell'art. 153 disp. att. c.p.p.; b) può, anzi deve, assistere alla assunzione delle testimonianze rilevanti per le sue valutazioni (in tal senso Cass., Sez. III, 9 giugno 2009, n. 35702, C.E.D. Cass. n. 244423 secondo cui "dà luogo ad una nullità di ordine generale, da ritenersi sanata se non dedotta immediatamente dopo la pronuncia della relativa ordinanza, il diniego di autorizzazione alla parte di farsi assistere dal consulente nel corso dell'esame testimoniale in dibattimento"; c) non ha l'obbligo di verità sui contenuti esposti di matrice valutativa e non percettiva.

introdurli nell'area delle valutazioni discrezionali (sebbene orientate da parametri scientifici condivisi).

Riassumendo le indicazioni che provengono dalla Corte di legittimità, allo stato:

a) in caso di irripetibilità *originaria* l'invalidità affligge, l'accertamento tecnico in via *diretta* nella dimensione cartolare, ed, in via *derivata,* nella dimensione orale connessa all'esame testimoniale dell'esperto. Quest'ultimo non può essere ammesso a testimoniare sui contenuti dell'accertamento, in quanto con l'audizione si otterrebbe il risultato di introdurre nel processo dati intrinsecamente viziati da nullità.

L'estensione dell'invalidità dall'accertamento alla testimonianza presuppone la scelta di ritenere essenziale il contraddittorio *nella* formazione della prova e la piena valorizzazione dei principi fissati dall'art. 111 c.p.p., sotto questo specifico profilo, più garantisti di quelli previste dall'art. 6 della Convenzione di Roma, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo che, della dialettica *sulla* prova, già formata, a volte si "accontenta"[14].

b) Ancora più severe appaiono le conseguenze della irripetibilità *sopravvenuta prevebibile*.

In tal caso, la consulenza cartolare è fisiologicamente inutilizzabile in fase dibattimentale, ma tale inutilizzabilità non può che estendersi alle aree della testimonianza che riguardano l'accertamento divenuto (più che prevedibilmente) irripetibile. Se la testimonianza su quei contenuti fosse considerata ammissibile si consentirebbe, anche in questo caso, la "riabilitazione" di contenuti pacificamente inutilizzabili. Difficilmente, assunta la prevedibile irripetibilità dell'accertamento, potrà negarsi l'estensione della invalidità alla prova dichiarativa, che ha la capacità di "importare" i contenuti dell'analisi effettuata senza contraddittorio nel fascicolo del giudizio e di assegnare, in via mediata, dignità di prova ad un accertamento effettuato in violazione del diritto di difesa.

Per quanto l'inquadramento offerto dalla Corte di legittimità, che dichiara inutilizzabile l'elaborato scritto perché afflitto da (prevedibile) irripetibilità sopravvenuta sia ineccepibile, forse, il "fuoco" del problema andrebbe individuato nella ammissibilità dell'esame dell'esperto sui contenuti dell'accertamento. Anche perché l'elaborato, una volta ammesso l'esame dibattimentale del consulente, di regola, avviene acquisito automaticamente, attraverso il meccanismo individuato dall'art. 501 c.p.p..

Il punto pertanto, non sembra essere tanto quello della acquisizione al fascicolo del dibattimento dell'elaborato scritto, quanto quello della ammissibilità della testimonianza dell'esperto.

In sintesi, potrebbe dirsi che nei casi in cui l'accertamento in fase investigativa sia stato correttamente qualificato come stabilmente ripetibile, l'audizione è possibile ed, all'esame dell'esperto consegue la (automatica) acquisizione della consulenza attraverso il meccanismo previsto dall'art. 501 c.p.p. Diversamente, nel caso in cui

[14] V. S.N. v. Sweden, Corte EDU, prima sezione, 2 ottobre 2010.

l'accertamento sia erroneamente qualificato come ripetibile, essendo *originariamente* irripetibile, si genera una nullità generale a regime intermedio che colpisce in via *diretta* l'elaborato ed in via *derivata* l'esame testimoniale[15]. Nel caso infine in cui l'accertamento sia correttamente inquadrato come ripetibile *ab origine*, ma poi si trasformi in irripetibile, la prevedibilità di tale modifica impedisce l'utilizzo come prova dell'analisi tecnica sia nella dimensione cartolare, che in quella testimoniale.

2.5. Diverse sono le indicazioni circa la modifica del corretto percorso di gestione della fase investigativa che scaturiscono dal nuovo assetto proposto.

La corretta gestione processuale dell'accertamento tecnico sulla capacità a testimoniare richiederebbe, infatti:

- da un lato, che sia tempestivamente individuato il periodo entro il quale lo stato psichico si assume stabile,

- dall'altro, che entro tale lasso di tempo sia attivato il contraddittorio incidentale sulla prova scientifica.

Tuttavia, qualora il processo progredisca in modo rapido e si concluda *prima* della modifica dello stato psichico, nulla impedisce di trattare la consulenza tecnica come accertamento ripetibile. In tal caso il tecnico potrà essere udito in dibattimento anche sui contenuti dell'analisi delegata e la consulenza cartolare potrà essere sicuramente acquisita[16].

Diversamente, se la progressione processuale fosse più lenta (sic!) l'inquadramento dell'accertamento come atto ad irripetibilità sopravvenuta sembra ineluttabile. Ne consegue, altrettanto ineluttabilmente, la sua inutilizzabilità (fisiologica però: dunque limitata alla fase dibattimentale).

2.6. Se questo è il quadro che sembra emergere dalle linee interpretative tracciate dalla Cassazione, occorre verificare quale sia l' effettiva incidenza di tali novità sull' assetto dei processi in corso..

In primo luogo essendo l'inutilizzabilità in questione di tipo fisiologico (come si ricava dall'utilizzo dello schema di recupero del predibattimentale individuato dall'art. 512 c.p.p.), la stessa non può essere fatta valere ogni volta che l'imputato scelga di accedere al rito abbreviato. Si tratta evidentemente di una inutilizzabilità che riguarda solo i processi che progrediscono nella fase del dibattimento.

In ambiente dibattimentale può invece verificarsi il caso, questo sì critico, in cui il contraddittorio si sia sviluppato solo sulla prova dichiarativa e non su quella scientifica (non sono rari i casi in cui il pubblico ministero sceglie di non chiedere la

---

[15] Cass., Sez. II, 23 gennaio 2009 n. 11052 C.E.D. Cass. n. 243861 , nello stesso senso Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, C.E.D. Cass. n. 246022.

[16] Sul punto la Corte di legittimità aveva chiarito che "l'accertamento effettuato in sede di consulenza tecnica non garantita disposta dal P.M. ai sensi dell'art. 359 cod. proc. pen. può essere utilizzato solo per le determinazioni che l'organo dell'accusa assume nella fase delle indagini preliminari; lo stesso, quindi, non può, di regola, assumere valore probatorio al dibattimento, salve restando le ipotesi di consenso delle parti in tal senso, di sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'accertamento e di escussione in dibattimento del consulente nella piena dialettica del contradditorio e dell'esame incrociato. (fattispecie di indagine psicologica ripetibile giacché svolta su persone adulte con caratteristiche personologiche stabilizzate: Cass., Sez. III, 24 aprile 2008 n. 22268. C.E.D. Cass. n. 240258).

rinnovazione dell'esame sulla capacità a testimoniare in occasione dell'attivazione del contraddittorio incidentale sulla testimonianza, né quelli i in cui sia il Gip a non accogliere la relativa richiesta). In tale caso, se si accerta che lo stato del teste nel lasso di tempo intercorrente tra l'accertamento e l'assunzione della dichiarazione in contraddittorio si sia modificato, l'analisi tecnica sarà inutilizzabile: l'elaborato non potrà essere acquisito e l'esperto non potrà essere escusso sui contenuti dell'analisi delegata.

Il collegio dovrebbe disporre tuttavia della documentazione relativa all'incidente probatorio che, di regola, è videoregistrata. L'esame delle videoregistrazione permette anche *ex post*, l'analisi dell'assetto comportamentale e comunicativo del minore che resta impresso nei filmati e si presenta in una dimensione stabilmente fruibile. L'accertamento in questione potrebbe quindi essere effettuato sulla base della analisi della videoregistrazione della testimonianza e, se esistente (come auspicabile) anche della videoregistrazione degli incontri con il tecnico di parte. In tal caso la prova scientifica si formerebbe non sulla base della analisi diretta del minore, ma sulla valutazione dei dati emergenti dalle videoregistrazioni.

I filmati, nella misura in cui assicurano una fedele riproduzione dell'assetto comunicativo e comportamentale del teste, potrebbero essere la base per effettuare una analisi "ora per allora" della valutazione sulla capacità[17].

Diversamente se il minore dovesse essere nuovamente sentito in dibattimento la rilevanza dell'esame sullo stato psichico all'atto della prima audizione perderebbe buona parte della sua rilevanza. In tal caso il luogo privilegiato di formazione della prova dichiarativa è il dibattimento. Sicchè rileva la capacità a testimoniare *attuale* del teste, mentre le precedenti dichiarazioni entrano nel processo (attraverso le contestazioni) solo come fatti idonei a valutare la coerenza ed affidabilità della progressione dichiarativa.

In tale scenario, si decentra (fino a disperdersi) anche la rilevanza dell'accertamento tecnico dello stato psichico effettuato in via unilaterale durante le indagini.

Per quanto il "primo svelamento", anche giudiziale, sia rilevante ai fini della valutazione del percorso dichiarativo[18], e dunque dell'attendibilità della testimonianza

---

[17] Anticipando tale conclusione, senza passare attraverso la valutazione della irripetibilità sopravvenuta della prova era stato osservato che "la difesa, infatti, non ha avuto la possibilità di contestare, sul piano scientifico, le conclusioni della CT di parte, secondo la quale il contenuto delle dichiarazioni del bambino non era il risultato di una elaborazione fantasiosa propria o dell'età o della struttura personologica del minore. D'altra parte, esattamente il ricorrente lamenta la violazione del principio dalla formazione della prova in contraddittorio, posto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6, lett. d), della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. È vero che nel presente processo questo principio è stato rispettato per quanto riguarda l'esame del minore nel corso della incidente probatorio, ma è anche vero che l'imputato aveva il diritto di assistere, per mezzo di propri consulenti, agli esami cui era stato sottoposto il minore, o quanto meno di far verificare da propri consulenti la documentazione, anche audiovisiva, di tali esami" (Cass., Sez. III, 23 febbraio 2011, n. 26692, C.E.D. Cass. n. 250629).

[18] La Corte di cassazione ha osservato che "gli studi sulla memoria infantile hanno comprovato come i bambini, della età delle attuali parti lese, presentino modalità relazionali orientate in senso imitativo ed

dibattimentale, la sua fruibilità come prova si presenta drasticamente ridimensionata dalla impermeabilità del processo agli elementi raccolti in fase investigativa (con le eccezioni indicate dagli artt. 431, 500 comma 4, 512 e 512 bis c.p.p., che qui non rilevano).

In coerenza con l'inquadramento della condizione psichica del minore come transeunte, la valutazione circa la capacità a testimoniare dovrebbe essere rinnovata ed "attualizzata", in occasione di ogni *perfomance* dichiarativa, in modo sintonico e parallelo con la modifica del quadro personologico. Se l'audizione del minore viene ripetuta in dibattimento, l'accertamento sulla capacità dovrà essere (evidentemente) attualizzato e rinnovato, con perizia, nella pienezza del contraddittorio tecnico e processuale.

In sintesi: l'inquadramento dell'accertamento sulla capacità a testimoniare come riferibile ad uno stato psichico in evoluzione comporta la necessità della sua reiterazione in occasione delle diverse audizioni. Se lo stato muta, è probabile che ne risulti sensibilmente modificata anche la capacità a testimoniare.

2.7. Il nostro modello processuale, rigidamente accusatorio in punto di utilizzabilità consente (ciononostante) l'emersione della progressione dichiarativa attraverso le contestazioni, che assicurano la "visualizzazione" del percorso di svelamento e consentono un'affidabile valutazione giudiziale dell'attendibilità[19].

Se la valutazione di attendibilità comporta lo "studio" dello svelamento, la emersione di eventuali profili critici in ordine alla suggestionabilità emergenti all'atto della prima dichiarazione (di regola non assunta in contraddittorio) conservano una residuale rilevanza solo in ordine alla valutazione della affidabilità dello sviluppo dello svelamento. Ed è in tale limitata dimensione che esser refluiscono sulla valutazione della attendibilità della testimonianza dibattimentale, che è l'unica "prova" dichiarativa utilizzabile.

La eventuale mancanza di contraddittorio sull'analisi della capacità all'atto della prima dichiarazione avrà, perciò, conseguenze limitate proprio perché l'esame

---

adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e -non avendo adeguate risorse critiche e di giudizio ed un distinto sentimento del sè-tendano a non differenziare le proprie opinioni da quelle dello interlocutore. Pertanto, è necessario che colui che li interroga non ponga inopportune domande inducenti o suggestive e non trasmetta informazioni che vengono recepite dai bambini ed utilizzate nel rispondere; ogni occasione narrativa, se posta in essere con un non corretto metodo verificazionista di una tesi preconcetta, potrebbe condizionare negativamente il ricordo del fatto da parte del minore. Per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sua aspettative, è utile potere ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l'incremento del racconto sia dovuto alla abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze" (Cass., Sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, C.E.D. Cass. n. 247285).

[19] La rilevanza della analisi della attendibilità attraverso la valutazione della progressione dichiarativa trova conferma anche nella sentenza in commento laddove "svaluta" la credibilità delle dichiarazioni dibattimentali (rese a distanza di oltre cinque anni dai fatti) proprio in ragione di alcune incoerenze nello sviluppo della progressione (oltre che di alcune discrasie con i dati di contesto).

tecnico inutilizzabile si riferisce solo al primo *step* dichiarativo, esso stesso fisiologicamente inutilizzabile fuori dall'area delle contestazioni.

3. La presenza dell'esperto durante l'audizione investigativa

Di estremo rilievo anche l'altra pronuncia (citata in apertura) relativa alla interpretazione della disciplina introdotta dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote (legge n.172 del 2012) in materia di modalità di raccolta delle dichiarazioni del minore in fase investigativa.

Si tratta, anche in questo caso, di un rilevante intervento che incide sulla configurazione dello statuto della prova dichiarativa del minore.

3.1.La legge n. 172 del 2012 ha "riscritto" il ruolo dell'esperto in psicologia nel processo penale prevedendo la sua fisiologica presenza nel corso della raccolta unilaterale delle dichiarazioni del minore. Stante la *ratio* della novella, individuabile nell'obiettivo di tutelare il minore dalla vittimizzazione secondaria scaturente dall'impatto con la giurisdizione, il ruolo dell'esperto dovrebbe essere quello di *mediare* l'audizione, con l'obiettivo di attutire, se non eliminare, gli eventuali effetti traumatici che possono derivarne. L'incarico di mediazione può essere conferito da solo o insieme a quello di valutare la capacità a testimoniare.

Nel loro primo intervento interpretativo i giudici della Cassazione hanno recisamente escluso che il legislatore abbia voluto introdurre un *obbligo* di presenza dell'esperto durante la acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali ed hanno "ridotto" la portata della locuzione "si avvale", ritenendo che l'affiancamento è "cautela rimessa alla valutazione del pubblico ministero, ai fini del giudizio di attendibilità e genuinità della deposizione del minore". Dunque quello che *prima facie* appariva un obbligo (seppur sprovvisto di sanzione) viene interpretato dalla Corte come una mera facoltà concessa al pubblico ministero.

Interessante è la individuazione della *ratio* dell'affiancamento dello psicologo: esso, secondo la Corte, dovrebbe essere disposto tenendo conto dell'esigenza di garantire l'attendibilità della deposizione e, più ancora, la genuinità dell'elemento di prova.

Se da un lato, dunque, si nega recisamente che all'assenza dell'esperto sia associabile la sanzione dell'inutilizzabilità, dall'altro si riconosce al tecnico la funzione di garantire la corretta acquisizione delle dichiarazioni, evidentemente con l'obiettivo di evitare interventi manipolativi, suggestivi e comunque lesivi della personalità del teste, ritenuto naturalmente fragile e particolarmente esposto a suggestioni[20].

3.2. Due osservazioni si impongono a prima lettura ed in attesa di nuovi interventi interpretativi della Suprema corte.

La prima è che l'operazione di "riduzione" della presenza dell'esperto a mera *facoltà*, esercitabile in presenza di determinate condizioni, appare riferibile solo alle

[20] Cass., Sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, C.E.D. Cass. n. 247285, cit.

audizioni effettuate dalla parte pubblica (pubblico ministero e polizia giudiziaria). Nel caso in cui sia invece il difensore a raccogliere le dichiarazioni in assenza del tecnico, violando così il disposto dell'art. 391 bis comma 5 bis c.p.p (come formulato dalla legge n.172 del 2012), la sanzione di inutilizzabilità scaturisce ineluttabilmente dal successivo comma 6 dello stesso articolo, che la prevede espressamente.

Allo stato, pertanto, se è il difensore ad assumere le dichiarazioni in modo non conforme alle nuove previsioni, tali elementi di prova sono radicalmente inutilizzabili [21]: La diversa intensità di tutela (forse generata non del tutto consapevolmente) è sicuramente una irrazionale discrasia del sistema.

La seconda osservazione è che la Corte, tra le righe, ha assegnato all'esperto la funzione di garantire l'attendibilità delle dichiarazioni ed al pubblico ministero, congiuntamente alla polizia giudiziaria il potere di decidere *quando* tale garanzia deve essere attivata.

Poiché l'esperto dovrebbe entrare in campo fin dalla "prima" dichiarazione giudiziale, viene da chiedersi sulla base di *quali* elementi il pubblico ministero e la polizia possono decidere di ricorrere alla mediazione del tecnico.

Sarebbe opportuno che tale valutazione, per quanto ancorata alle emergenze del caso concreto (e particolarmente critica quando viene effettuata d'urgenza) fosse fondata sulla valutazione di validi e condivisi indici di vulnerabilità.

Anche in assenza di una condivisa individuazione di tali indici è ragionevole che la scelta dell'affiancamento venga effettuata valorizzando alcune caratteristiche della persona e del contesto come l'età del minore, la gravità dei fatti emersi, la presenza di crisi relazionali nella comunità (famiglia, scuola etc.) all'interno del quale si è verificato il presunto abuso, la presenza di eventuali patologie della personalità.

La indicazione della necessità di tale valutazione anticipa, per via giurisprudenziale, l'introduzione dell'obbligo di inquadramento preventivo sul grado di vulnerabilità della vittima che è previsto, in via generale, dall'art. 22 della direttiva 2012\29 UE[22].

---

[21] V. C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Archivio penale*, 2013, 2.

[22] L'articolo 22 della Direttiva si riporta di seguito: "1. Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni.

2. La valutazione individuale tiene conto, in particolare, degli elementi seguenti:

a) le caratteristiche personali della vittima;

b) il tipo o la natura del reato;

c) le circostanze del reato.

3. Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità

3.3. La Corte, pur offrendo una interpretazione che "libera" il pubblico ministero dal rispetto di un vincolo procedurale (che, di fatto potrebbe anche tradursi in una mera garanzia formale)[23], individua comunque, nell'esperto uno "strumento" capace di garantire la genuinità della dichiarazione. Dunque, di incidere sulla corretta formazione della prova dichiarativa, ovvero la "prova regina" nei processi per abuso, maltrattamento e violenza sessuale in danno di minori.

Non è irragionevole che, in futuro, valorizzando i profili di vulnerabilità del teste, la Corte possa inquadrare la mancata presenza del tecnico come una irregolarità che, per quanto non produttiva di inutilizzabilità, abbia comunque la capacità di incidere sugli oneri motivazionali del giudice che ritenga di fondare la condanna (nei casi in cui si proceda a con il giudizio abbreviato, evidentemente) sulle dichiarazioni del minore assunte in assenza del tecnico.

Tale percorso interpretativo ricalcherebbe quello più volte intrapreso nei casi in cui non siano state rispettate le regole per l'assunzione della prova dichiarativa[24]. L'effetto finale di tale operazione ermeneutica potrebbe essere quello di richiedere una più attenta analisi dell'attendibilità giudiziale, con conseguente prevedibile valorizzazione degli elementi di conferma esterni al dichiarato.

Anche in questo caso peraltro, quando l'esame del minore si sia svolto in contraddittorio (incidentale o dibattimentale) gli elementi di prova raccolti in via unilaterale sono destinati a perdere "fisiologicamente" rilevanza e ad assumere la

---

organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità.
4. Ai fini della presente direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto nel paragrafo 1 del presente articolo.
5. La portata della valutazione individuale può essere adattata secondo la gravità del reato e il grado di danno apparente subito dalla vittima.
6. La valutazione individuale è effettuata con la stretta partecipazione della vittima e tiene conto dei suoi desideri, compresa la sua eventuale volontà di non avvalersi delle misure speciali secondo il disposto degli articoli 23 e 24.
7. Qualora gli elementi alla base della valutazione individuale siano mutati in modo sostanziale, gli Stati membri provvedono affinché questa sia aggiornata durante l'intero corso del procedimento penale. oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità".

[23] Sia consentito rinviare a S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni,* cit.

[24] Secondo la Corte di cassazione "in tema di esame testimoniale, la violazione del divieto di porre domande non pertinenti o suggestive, da un lato, non determina l'inutilizzabilità della testimonianza, in quanto tale sanzione riguarda le prove vietate dal codice di rito e non la regolarità dell'assunzione di quelle consentite, dall'altro, non è sanzionata da nullità in virtù del principio di tassatività (Cass., sez 3, 25 giugno 2008, n. 35910 C.E.D. Cass. n. 241090); in dottrina, P. FERRUA, *Domande nocive e domande suggestive, tra equivoci del legislatore e contrasti giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza commentata*, 2012, p.70; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p.60.

diversa, e limitata funzione di garantire il controllo della coerenza della progressione dichiarativa attraverso le contestazioni.

3.4. Se da un piano puramente formale si passa ad un livello di analisi sostanziale, deve evidenziarsi come la nuova architettura della prova dichiarativa del minore emergente dagli interventi giurisprudenziali e normativi in esame, si connota per la assegnazione al tecnico-psicologo di un ruolo "strutturante", fondamentale per la prova, che richiede una adeguata specializzazione della categoria degli esperti in psicologia giuridica ed una loro stretta integrazione, anche culturale, con gli organi giudiziari.

Tanto per fare qualche esempio, la sensibilità all'evitamento delle domande suggestive dovrebbe essere ampiamente condivisa dai tecnici, come dovrebbero essere conosciute e condivise anche le tecniche di intervista giudiziale, mirate a raccogliere un percorso dichiarativo "controllabile" attraverso la coerenza con i dati di contesto. Ancora: i tecnici incaricati della sola mediazione dovrebbero evitare di aggravare l'intervista con richieste dirette alla effettuazione di valutazioni "cliniche", non richieste nei casi in cui l'incarico affidato sia solo quello della "mediazione", e non anche quello, più complesso, della valutazione della capacità a testimoniare.

3.5. Un punto della sentenza in commento merita ancora di essere sottolineato. Si tratta della chiara (accorata) indicazione della opportunità di procedere alla videoregistrazione delle dichiarazioni. Osserva la Corte che il ricorso alla videoregistrazione proviene (massicciamente) dalle Carte internazionali e tale forma di documentazione aggravata è di norma "*necessaria* e *sufficiente* per soddisfare le esigenze di riscontro dell'attendibilità e genuinità della deposizione"[25].

La videoregistrazione si presenta infatti come una modalità di documentazione aggravata capace di rendere immutabilmente fruibile, nel corso dell' intero sviluppo processuale non solo i dati di comunicazione verbale, ma anche quelli di espressione extraverbale che stanno trovando un continuo ed incessante riconoscimento nella valutazione della attendibilità[26]. Il passaggio della sentenza rileva anche per la

---

[25] Testualmente: Cass., sez. IV, 12 marzo 2013, n.16981.

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

sottolineatura della natura squisitamente giudiziaria della valutazione sulla credibilità del teste che resta di esclusiva competenza del giudice. Tale analisi pur basandosi su acquisizioni che hanno un qualche addentellato nella scienza psicologica[27] resta ancorata al rispetto di parametri tecnico-giudiziari, come la coerenza intrinseca del racconto e la compatibilità estrinseca con i dati di contesto emergenti dal processo. Di qui, la possibile "sufficienza" della audizione registrata anche in assenza dell'esperto ai fini di un affidabile valutazione di attendibilità dell'elemento di prova dichiarativa.

4. La questione delle dichiarazioni "*de relato*" e la loro compatibilità con le garanzie previste dalla Convenzione EDU.

Di particolare interesse anche l'esame della valutazione della legittimità delle dichiarazioni *de relato*[28] (sulle quali, nel caso sottoposto alla Corte[29] si fondava la condanna).

4.1. Nel caso in esame i difensori avevano evidenziato che la dichiarazione di responsabilità si fondava esclusivamente sulle dichiarazioni dei genitori del minore e non su quelle del teste-diretto degli abusi, ovvero il minore-offeso, in contrasto con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione EDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Questi non solo non era stato mai sentito[30], ma la sua audizione non era stata mai richiesta.

La Cassazione ha rilevato che il mancato esercizio della facoltà di chiedere l'esame del minore è idonea a legittimare l'utilizzo probatorio delle dichiarazioni indirette, ogni volta che, come nel caso sottoposto al suo esame, le stesse fossero state sottoposte a "satisfattivo vaglio di attendibilità". E' stato ancora evidenziato come il diritto di difesa risultasse comunque garantito da "misure alternative" come richiesto dalla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di legittimità ha dunque ritenuto che fondare la condanna sulla dichiarazione accusatoria indiretta sia, operazione compatibile sia con il sistema

---

[27] Ad esempio è di matrice psicologica l'assunto che le domande suggestive hanno un potenziale inquinante particolarmente intenso nei confronti del teste vulnerabile e del minore in particolare.

[28] La pronuncia è ancora Cass, sez. IV, n. 16981 del 12 marzo 2013 analizzata sub § 2.

[29] La pronuncia è ancora Cass, sez. IV, n. 16981 del 12 marzo 2013 analizzata sub § 2.

[30] Vale la pena di ricordare che la Corte legittima l'utilizzo delle dichiarazioni indirette anche nel caso di teste diretto silente; così è stato deciso che "la testimonianza "de relato" è inutilizzabile solo quando sulla richiesta di parte il giudice non chiami a deporre il teste diretto, ma quando il teste diretto, chiamato, non abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze indirette, che devono essere configurate, al pari di ogni altra prova storica, come rappresentazione dello stesso fatto che si assume di voler provare, sia pure soggettivamente mediata attraverso il testimone indiretto e non come prova logica o indizio, dal quale desumere un fatto diverso" (fattispecie relativa alla testimonianza indiretta dei genitori in relazione ad abusi sessuali subiti dal figlio minore, che, chiamato a deporre nelle forme dell'incidente probatorio, non abbia risposto alle domande: Cass., Sez. III, 29 novembre 2006 n. 9801, C.E.D. Cass. n. 236005).

costituzionale, che con quello convenzionale, come disegnato dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

4.2. Va detto tuttavia che la Corte EDU, prima della pronuncia "Tahery-Al Khawaya v. Regno Unito"[31], aveva ritenuto costantemente incompatibile con le garanzie convenzionali la condanna fondata sulle dichiarazioni *de relato* di teste assente, anche se veicolate nel processo dal teste indiretto. L'incompatibilità era stata accertata in diverse occasioni: anche quando il teste diretto non era stato escusso perché irreperibile[32], morto[33], o volutamente "protetto" dal trauma del contraddittorio[34], cioè quando alla base della mancata audizione vi fosse una ragione di natura oggettiva.

In particolare, nel caso "P.S. v. Germania" la Corte europea, proprio in un caso di abuso su minore, aveva ritenuto leso il diritto di difesa perché la condanna si fondava sulle dichiarazioni *de relato* dei genitori della presunta vittima, che non era stato mai udita, allo specifico scopo di tutelare la sua integrità psicofisica. In quel caso era stato deciso che: "*the procedure followed by the judicial authorities cannot be considered as having enabled the defence to challenge the evidence of S., reported in court by third persons, one of them a close relative. 30. Finally, the information given by the girl was the only direct evidence of the offence in question and the domestic courts based their finding of the applicant's guilt to a decisive extent on S.'s statements*".

Per comprendere la radicale distanza del nostro sistema dalle indicazioni che provenivano, in allora, dalla Corte di Strasburgo è sufficiente ricordare il contenuto della decisione emessa in un caso analogo a quello deciso nel caso "P.S. v. Germania", in cui la Corte di cassazione aveva stabilito che erano – invece – utilizzabili le deposizioni "*de relato*" aventi ad oggetto le dichiarazioni del minore vittima di reati sessuali ove all'esame di questi non si fosse fatto luogo "in ragione dell'accertamento di possibili danni, anche transeunti, alla sua salute, collegati all'assunzione della testimonianza, non essendo di contro sufficiente la previsione di un mero disagio da essa derivante"[35].

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo posta "in reazione" con il sistema nazionale evidenziava dunque una vera e propria criticità strutturale della nostra normativa processuale laddove questa consente di fondare (in modo esclusivo o determinante) le sentenze di condanne sulle dichiarazioni dell'assente, importate nel processo dai testi *de relato*.

4.3. Il quadro è tuttavia sensibilmente mutato.

Con la pronuncia di Grande camera "Tahery, Al Kawaya v. Regno Unito", i giudici di Strasburgo hanno operato una (rivoluzionaria e non prevedibile) rimodulazione delle linee interpretative fino ad allora proposte, ritenendo compatibile con le garanzie convenzionali anche la condanna fondata su dichiarazioni decisive

---

[31] Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011.
[32] Tra gli altri: caso Majadallah v. Italia, Corte EDU, prima sezione, 26 marzo 2007.
[33] Caso V.D. v. Romania, Corte EDU, terza sezione, 16 febbraio 2010.
[34] Caso P.S. v. Germania, Corte EDU, terza sezione, 4 dicembre 2002.
[35] Cass., sez, 3 11 giugno 2009 n. 30964, C.E.D. Cass. n. 244939.

assunte in via unilaterale, ogni volta che la procedura nel suo complesso risulti "equa" ed il sacrificio del diritto di difesa (ovvero l'impossibilità di interrogare direttamente il teste fondamentale) appaia bilanciato da "adeguate garanzie procedurali".

Il mutamento di indirizzo giurisprudenziale ha creato un notevole disorientamento nel nostro sistema, che si era distinto per avere effettuato una imponente opera di interpretazione convenzionalmente orientata degli artt. 512 e 512 bis c.p.p.[36].

All'*overruling* europeo consegue infatti la rinnovata legittimità dell' utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni assunte in via unilaterale, ogni volta che si rinvengano quelle (sfuggenti, a dire il vero) garanzie procedurali di cui parla la Corte europea dei diritti dell'uomo.

A leggere la giurisprudenza successiva alla pronuncia di Grande camera si coglie, peraltro, una vera e propria modifica delle tecniche e delle modalità di giudizio[37] della stessa Corte di Strasburgo.

Le garanzie procedurali – che, a ben guardare, altro non sono che i "dati di contesto" compatibili con la testimonianza "critica" – vengono analizzate dal giudice europeo con un approccio analitico assonante, se non coincidente, con le analisi del fatto e degli elementi di prova tipici del giudizio di merito nazionale. Il che, in qualche modo, contraddice l'affermazione, più volte ripetuta, che è estraneo alla Corte dei diritti umani il compito di decidere nel merito circa la responsabilità dei ricorrenti, essendo la sua funzione solo quella di verificare l'equità della procedura nel suo complesso.

4.4. Il mutamento di indirizzo giurisprudenziale, oltre a rendere di nuovo convenzionalmente legittima la condanna basata sulla dichiarazione non sottoposta al vaglio del contraddittorio, ha un suo innegabile effetto anche nell'area dell'utilizzo come prova "decisiva" delle dichiarazioni *de relato*, quando il teste diretto non venga sentito.

La testimonianza indirette infatti *importa* nel processo la dichiarazione di un teste non sottoposto al confronto con l'accusato:il dichiarante è quindi solo un *mediatore*, mentre la fonte diretta delle accuse resta inascoltata.

Se prima dell' *overruling* "Tahery al Khawaja" la scelta di fondare la condanna solo sulla dichiarazione indiretta era in chiaro contrasto con le garanzie convenzionali, dopo l'"ammorbidimento" conseguente alla pronuncia di Grande camera è ragionevole che il rispetto dei parametri indicati dalla Corte di cassazione[38] per la valutazione della

---

[36] Tra le altre, autorevolmente Cass., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918 C.E.D. Cass. n. 250197 nel corpo della quale si legge "l'ammissibilità di una prova testimoniale unilateralmente assunta dall'accusa può risultare conforme al dettato del citato art. 6, ma affinché il processo possa dirsi equo nel suo insieme in base ad una lettura congiunta dell'art. 6, commi 1 e 3 lett. d), una condanna non deve fondarsi esclusivamente o in maniera determinante su prove acquisite nella fase delle indagini e sottratte alla verifica del contraddittorio, anche se differito". L'asserzione, oggi andrebbe rivista.

[37] tra le altre Tseber v. Repubblica Ceca, 22 novembre 2012; Gani v. Spagna, 19 febbraio 2013.

[38] Così è stato chiarito che "in tema di testimonianza indiretta, il giudice ha l'obbligo di valutarla con speciale cautela, atteso il carattere "mediato" che ha la rappresentazione del fatto da provare, pur

attendibilità della fonte indiretta si traduca di fatto nel rispetto dei parametri convenzionali, e possa essere considerato sufficiente ad integrare il rispetto di quelle "garanzie procedurali" richieste dalla Corte europea per assicurare l'equità della procedura[39].

Se il contrasto con il sistema convenzionale nella configurazione precedente alla pronuncia di Grande camera appariva piuttosto netto nei casi in cui si utilizzava la dichiarazione mediata quando il teste diretto fosse morto, irreperibile o psichicamente infermo (nel pieno rispetto delle indicazioni previste dall'art. 195 c.p.p.), diverso era, anche nel precedente assetto, il caso in cui all'audizione del teste diretto non si fosse proceduto perché nessuno la aveva richiesta ed il giudice aveva ritenuto di non disporla d'ufficio.

Nel nostro sistema infatti la legittimità dell'utilizzo delle dichiarazioni del teste indiretto in assenza di richiesta della parte e dell'iniziativa ufficiosa del giudice è sempre stato fuori discussione.

Tale impianto normativo consente di ritenere formato una sorta di "silenzio assenso" sulla mancata audizione del teste diretto, che vede protagonista anche l'accusato, il quale rinuncia consapevolmente alla garanzia del contraddittorio.

Tale rinuncia alla garanzia rendeva (e rende) compatibile il nostro sistema con le garanzie convenzionali: nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, la rinuncia consapevole alle garanzie è sempre stata considerata capace di riequilibrare la valutazione sulla equità complessiva della procedura, che pur nella sua dimensione sbilanciata, lesiva del diritto di difesa, risulta in qualche modo "accettata", e dunque sanata, dal titolare della garanzia[40].

---

dovendosi escludere che la stessa necessiti di elementi di riscontro a fini probatori". (Cass., Sez. III, 13 novembre 2007 n. 2001, C.E.D. Cass. n. 238849.

[39] Di recente sono stati indicati dalla Corte di cassazione gli stringenti parametri interpretativi che per la valutazione della attendibilità delle chiamate in reità indirette, ed è stato deciso che "la chiamata in correità o in reità "*de relato*", anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, ai fini della prova della responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore, purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) risulti positivamente effettuata la valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) siano accertati i rapporti personali fra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) vi sia la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante, in relazione a circostanze rilevanti del "*thema probandum*"; d) vi sia l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) sussista l'autonomia genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti di informazione diverse" (Cass., Sez. un, 29 novembre 2012, n. 20804 C.E.D. n. 255143).

[40] La volontà dell'accusato è stata sempre valorizzata dalla Corte EDU che, ad esempio, la ha ritenuta decisiva per la valutazione della compatibilità con le garanzie convenzionali di una condanna basata sulle dichiarazioni di un minore che il difensore aveva "rinunciato" ad interrogare (Corte EDU, prima sezione, S.N. v. Sweden, 22 luglio 2002).