

Testimonianza

In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale
condotto dal giudice

Francesca Zavaglia

La decisione

Testimonianza - Istruzione dibattimentale - Esame dei testimoni - Domande vietate - Divieto di domande suggestive - Riferibilità a tutti i partecipanti all'esame (C.p.p., artt. 499).

Il divieto di porre al testimone domande suggestive si applica a tutti i soggetti che intervengono nell'esame, operando, ai sensi del comma secondo dell'art. 499 c.p.p., per tutti costoro, il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e dovendo, anche dal giudice, essere assicurata, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma sesto del medesimo articolo.

CASSAZIONE PENALE, TERZA SEZIONE, 24 febbraio 2012 (p.u. 18 gennaio 2012)- DE MAIO, *Presidente* - LOMBARDI, *Relatore* - D'AMBROSIO, *P.M.(diff.)*.- B., *ricorrente*.

La motivazione della decisione annotata può essere consultata liberamente sul sito web.archiviopenale.it

Il commento

1. Con la sentenza in esame la Suprema Corte conferma l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, da ultimo formatosi, in ordine all'estensione del divieto di rivolgere domande suggestive al testimone (art. 499, co. 3, c.p.p.) anche al giudice allorquando lo stesso, nei casi normativamente previsti, abbia il dovere - ovvero la facoltà - di svolgere l'esame diretto della fonte dichiarativa.

La Corte si è pronunciata in sede di ricorso avanzato dal difensore dell'imputato, assolto in primo grado e condannato, invece, dalla Corte d'Appello di Venezia per il delitto di cui all'art. 609 *quater* c.p., commesso - in ipotesi d'accusa - in danno della figlia minore.

Richiamato il consolidato principio di diritto che impone un particolare rigore motivazionale al giudice che, in sede d'appello, riformi la sentenza assolutoria di primo grado, dovendo il giudicante, in tal caso, non solo esporre le ragioni che giustificano la decisione, ma anche confutare dettagliatamente gli argomenti posti dal giudice di primo grado a fondamento della diversa solu-

zione adottata, dando conto delle ragioni di incompletezza e incoerenza della motivazione del provvedimento censurato nonché dei contributi difensivi¹, ha ritenuto la Suprema Corte che tale onere motivazionale non fosse stato assolto.

I giudici d'appello, a fronte delle considerazioni svolte in prime cure circa le suggestioni che la piccola persona offesa (la principale fonte accusatoria) aveva subito, prima, ad opera della madre, poi, dell'esaminatore al cui cospetto le dichiarazioni erano state cristallizzate, si erano "trincerati" dietro la generica affermazione che il divieto di porre domande suggestive sancito dall'art. 499, co. 3, c.p.p. è imposto solo alle parti e non al giudice.

Muovendo dalle cautele che s'impongono nel corso dell'esame dei minori, specie se più piccoli («se da un lato si può affermare che i bambini non tendono a mentire consapevolmente, dall'altro deve tenersi conto che gli stessi presentano modalità relazionali orientate in senso imitativo e adesivo e risultano, perciò, influenzabili dalle suggestioni che possono essere insite nelle domande degli adulti e tendono a formulare risposte che ne assecondino le richieste»), ha rilevato la Corte che il divieto di porre domande suggestive deve considerarsi vigente, invece, anche nei confronti dell'organo giudicante.

Sul fronte sanzionatorio, la Corte si è allineata all'indirizzo giurisprudenziale consolidato² secondo il quale alla violazione delle regole prescritte dagli artt. 498 e 499 c.p.p. non consegue l'inutilizzabilità della prova ai sensi dell'art. 191 c.p.p., riferendosi l'inutilizzabilità all'assunzione della prova vietata dalla legge³ e non alla regolarità dell'assunzione di prove consentite; né può invocarsi la categoria della nullità, stante il principio di tassatività che la governa e la mancata riconducibilità dell'inosservanza delle norme indicate ad alcuna delle previsioni di cui all'art. 178 c.p.p.; la scorretta modalità di assunzione

¹ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231679; Id., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, *ivi*, n. 226093; Id., Sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri e altri, *ivi*, n. 233083; Id., Sez. III, 17 ottobre 2008, Pappalardo, *ivi*, n. 242330.

² Cass., Sez. I, 14 luglio 2005, Grancini e altri, in *Mass. Uff.* n. 232941; Id., Sez. II, 8 luglio 2002, Natalotto, *ivi*, n. 227360; Id., Sez. II, 5 febbraio 2008, Chiabra, *ivi*, n. 239547; Id., Sez. I, 6 maggio 2008, Sapone, *ivi*, n. 241227; Id., Sez. III, 25 giugno 2008, Ouertatani, *ivi*, n. 241090; Id., Sez. V, 17 luglio 2008, Cutone, *ivi*, n. 242025; in senso contrario si registra un unico precedente, non recente, secondo il quale la prova assunta all'esito di domande suggestive vietate è inutilizzabile ex art. 191 c.p.p. (Cass., Sez. I, 21 gennaio 1992, Daniele e altro, in *Mass. Uff.*, n. 189656).

³ Divieto probatorio che, secondo la giurisprudenza, sussiste in caso di carenza del potere istruttorio di acquisizione delle prove, sicché la prova è vietata o per la sua intrinseca illegittimità ovvero per effetto di un procedimento acquisitivo che si ponga del tutto al di fuori del sistema processuale (Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Mass. Uff.*, n. 204622).

della fonte di prova incide solo sul momento valutativo, rendendo il risultato non genuino e, pertanto, poco attendibile.

Di qui l'annullamento con rinvio della decisione impugnata.

La decisione in esame si allinea ad un precedente conforme⁴, emesso dalla medesima sezione pochi mesi prima, in un analogo caso di audizione officiosa e con modalità suggestive di un minore, le cui dichiarazioni - anche in quel caso - fondarono la pronuncia di condanna in grado d'appello in riforma del giudizio assolutorio di primo grado. Nello stesso contesto in cui si esige dai giudici d'appello una compiuta e rigorosa motivazione, la Suprema Corte, ancorché con un diverso argomentare più strettamente pertinente al caso dell'audizione del teste minorenni, è giunta a ritenere che sia inibito al giudice rivolgere a quest'ultimo domande suggestive, pena, altrimenti, l'inattendibilità della prova così conseguita, inidonea ad essere posta a fondamento dell'affermazione di colpevolezza.

Considerato che non si registravano precedenti in termini e che l'orientamento pregresso era, invero, copioso ed univoco nel ritenere consentito al giudice rivolgere alla fonte dichiarativa, nel corso dell'esame, anche domande suggestive⁵, sembrerebbe trattarsi di un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale. La problematica è però più complessa in quanto, da un lato, sconta alcune incertezze circa l'individuazione della concreta tipologia dei quesiti ammessi o vietati all'esaminatore e, dall'altro - per essere correttamente compresa - va inquadrata negli specifici casi nei quali l'ordinamento consente al giudice di "disporre direttamente" della fonte di prova, casi che, nel sistema accusatorio, sono fisiologicamente marginali e differenti nella loro *ratio* giustificativa e finalità.

2. La prova dichiarativa e, in particolare, la testimonianza costituisce la principale «prova rappresentativa»⁶. Anche nel moderno processo penale, nel quale avanzano nuovi e sempre più accreditati saperi scientifici, la stessa è irrinunciabile. La testimonianza ha il pregio di far entrare il fatto storico nel

⁴ Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, M., in *Mass. Uff.*, n. 250615, anche in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 585, con nota di PUSSINI.

⁵ Si tratta di casi per lo più relativi a reati di violenza sessuale per i quali spesso - ma non sempre - il teste esaminato era un minorenni (Cass., Sez. III, 12 dicembre 2007, Muselli, in *Mass. Uff.*, n. 238794, anche in *Cass. Pen.*, 2009, 1555, con nota di SILVESTRI; Id., Sez. III, 13 febbraio 2008, S., in *Mass. Uff.*, n. 239966; Id., Sez. III, 20 maggio 2008, B., *ivi*, n. 240261; Id., Sez. III, 28 ottobre 2009, C., *ivi*, n. 246205; cfr. anche Id., Sez. III, 24 giugno 2010, N., in *Dir. pen. proc.*, 2011, 581, con nota di MURRO).

⁶ TONINI, *Manuale di procedura penale*, 2005, 198 ss.

processo attraverso la forza dell'atto comunicativo, che tradizionalmente rappresenta lo strumento di base della nostra vita di relazione, il consueto modo di apprendimento umano degli eventi.

D'altro canto, la stessa è insidiosa in quanto, a parte la possibilità che il testimone ha di mentire (più o meno abilmente), sarebbe riduttivo ricondurre la testimonianza ad un'asettica "fotografia di un evento". Infatti l'atto del testimoniare implica una duplice mediazione, quella che deriva dalla selezione delle percezioni, per cui non tutti gli eventi vengono memorizzati da ogni persona nella stessa maniera⁷, e dai limiti linguistici del racconto dell'esperienza vissuta. Le problematiche sono poi acuite dal fatto che, molto spesso, il testimone è chiamato a narrare un evento traumatico (ove le emozioni notoriamente interagiscono con i processi di rievocazione mnemonica), a considerevole distanza di tempo dal fatto, in un contesto pubblico non tranquillizzante e sempre stimolato da un esaminatore⁸.

A siffatti rischi insiti nella prova testimoniale fanno da contrappeso, da un lato, il formale impegno a dire la verità assunto dal testimone (art. 497, co. 2, c.p.p.) e, dall'altro, il metodo di escussione della fonte dichiarativa prescelto dall'ordinamento, la tecnica eletta a metodo e costituzionalmente tutelata, *in primis*, proprio per la sua superiorità epistemologica, il contraddittorio: la prova che si forma nel contraddittorio di parti portatrici di interessi contrapposti avanti ad un giudice terzo e imparziale ha, infatti, un maggior grado di affidabilità, stante l'interesse degli antagonisti a far emergere eventuali incongruenze, contraddizioni, illogicità e quindi contiene al minimo il rischio di false dichiarazioni o errori⁹.

L'esame incrociato costituisce la "massima esaltazione" del metodo dialogico della formazione della prova, l'«epifenomeno dell'ideologia del processo ac-

⁷ I dati sensoriali non sono percezioni ma lo diventano attraverso un lavoro classificatorio automatico, quindi inconscio, connaturato alle caratteristiche della persona («Sarebbe stupefacente che medico, chiromante, *boutiquier* vedessero l'identico viso della persona»); poi il deperimento fisiologico del ricordo («la curva dell'oblio»), sicché «quando uno stimolo li rianima, non sono più gli stessi», CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 666.

⁸ «Il racconto del teste è sempre il prodotto di un'interazione che si instaura tra la domanda e la risposta: le reazioni del testimone sono sempre condizionate dal tipo di quesito, dal modo in cui esso viene posto e, più in generale, dall'atteggiamento dell'interrogante»: PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica della prova testimoniale"*, Torino, 2002, 3.

⁹ FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, 1992, 87; ovvero in *La prova nel dibattimento penale*, 3ª ed., Torino, 2010, 317 ss.

cusatorio»¹⁰, ancorché, a dispetto di ciò, il legislatore - verosimilmente non a caso trattandosi di istituto difficilmente regolabile in modo dettagliato sul piano normativo - gli abbia dedicato stringate disposizioni, gli artt. 498 («Esame diretto e controesame di testimoni») e 499 c.p.p. («Regole per l'esame testimoniale»)¹¹.

3. Hanno portata generale e si applicano ad ogni fase dell'esame incrociato¹² sia il divieto di ledere, nel corso dell'audizione, il rispetto della persona esaminata sia di rivolgerle domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte (art. 499, co. 2 e 4 c.p.p.).

Il primo è un divieto posto a presidio di un principio di civiltà, il secondo a garanzia dell'affidabilità del risultato di prova.

Sono considerate nocive le domande intimidatrici, subornanti o lusinghiere; quelle che tendono a trarre in errore il testimone, ad approfittare di sue debolezze emotive, psicologiche o culturali, a distorcerne il dichiarato.

Le domande suggestive (*“leading questions”*, nel linguaggio giuridico anglosassone) consistono in quelle domande che contengono già la risposta. Per questo motivo, potendo le stesse guidare l'esaminato verso il postulato assertivo che l'esaminatore potrebbe desiderare e limitandone quindi la libertà nel rispondere, non sono consentite alla parte che ha chiesto la citazione del teste¹³ e a quella che ha con la stessa un interesse comune (art. 499, co. 3, c.p.p.). Esse, infatti, compromettono la funzione dimostrativa, costruttiva di una tesi (o di un'antitesi, se ad esempio si tratta di teste indotto dalla difesa) propria dell'esame diretto. Sussiste fra interrogante e testimone un «legame simpatetico»¹⁴, ovvero, presupponendo che la parte che introduce un teste

¹⁰ MAMBRIANI, *L'esame delle fonti dichiarative*, Relazione tenuta a Roma il 24 giugno 2008 nell'ambito del Corso del CSM, *La prova nel dibattimento penale*; dello stesso A., *Esame e controesame delle parti; spunti sistematici*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 458.

¹¹ Regole applicabili, stante il rinvio normativo, anche all'esame dei periti, dei consulenti tecnici nonché all'esame delle parti private, degli imputati in procedimento connesso (artt. 501 e 503 co. 210, co. 5, c.p.p.), sostanzialmente per la formazione della prova dichiarativa dibattimentale.

¹² Sulle “microfasi” (esame diretto, controesame e riesame) nelle quali si articola l'esame incrociato, cfr. ADORNO, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale, diretto da Spangher*, 4.II, *Giudizio. Procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 283 ss.; MAMBRIANI, *L'esame delle fonti dichiarative*, cit.; di «fattispecie procedimentale a formazione progressiva che si articola in tre distinti ma concatenati momenti» parla KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1547.

¹³ Evidentemente il divieto si estende anche all'ipotesi di presentazione diretta del teste al dibattimento a norma dell'art. 468, co. 3, c.p.p..

¹⁴ PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica della prova testimoniale”*, cit., 206.

abbia in mente un'ipotetica narrazione del fatto a sé favorevole, non può il fatto originare dalle stesse parole del postulante prima ancora di quelle dell'esaminato.

L'estensione del divieto alla parte che ha un interesse comune con il richiedente la testimonianza (ciò che avviene, ad esempio, tra pubblico ministero e parte civile, tra imputato e responsabile civile o civilmente obbligato per la pena pecuniaria ovvero anche fra coimputati), si giustifica con la necessità di evitare che una parte possa sottrarsi al divieto limitandosi a non richiedere formalmente l'ammissione del teste (rimane da chiarire, poi, se il divieto vale in astratto ovvero si debba tenere conto di tutti gli indici rivelatori della omogeneità della posizione, esame, ad esempio, necessario allorché si tratti coimputati).

Le domande suggestive sono invece ammissibili in sede di controesame, la cui funzione è implicitamente esaltata proprio dalla disposizione che ne fa divieto in corso d'esame.

La parte che non ha chiesto la citazione del teste non ha interesse alla acquisizione di elementi di prova da quella fonte, ma ha sempre diritto¹⁵ a confutare quanto emerso *ex adverso* (la funzione del controesame non è pertanto costruttiva, bensì "distruttiva" o "confutativa"), facendo emergere la scarsa credibilità del teste ovvero arricchendo o contraddicendo quanto già da costui dichiarato. Il ricorso alle domande suggestive può rivelarsi, allora, utile a svelare la menzogna o far emergere l'inconsapevole errore¹⁶. La domanda suggestiva in controesame non può essere inibita, pena lo stesso depotenziamento del valore euristico della *cross-examination*¹⁷.

Se questa è la *ratio*, all'evidenza, le domande suggestive devono ritenersi vietate anche nel corso del riesame, ossia la fase (accessoria) riservata alla parte che ha introdotto il teste per "ricostruire" la credibilità dello stesso, eventualmente minata da un efficace controesame.

4. La regola dell'escussione diretta della fonte dichiarativa ad opera delle parti dettata dall'art. 498 c.p.p., secondo le cadenze ivi stabilite e nel rispetto delle

¹⁵ A prescindere da alcuna richiesta di "controesame" avanzata *ex art.* 493 c.p.p.

¹⁶ Il regime normativo delle domande suggestive fonda su alcuni postulati dell'esperienza pratica fatti propri dall'ordinamento: il soggetto non veridico sarà tentato a rispondere cogliendo la suggestione posta nella domanda mentre, d'altro canto, un soggetto veritiero, preciso e prudente non sarà indotto a modificare la propria deposizione solo perché gli vengono poste domande suggestive o dubitative: CARPONI SCHITTAR, *Modi dell'esame e del controesame*, Milano, 2001, 338 ss.

¹⁷ In tal senso cfr. Cass., Sez. I, 29 aprile 2010, Ben Mansour e altri, in *Mass. Uff.*, n. 247645.

indicazioni previste dall'articolo successivo, subisce alcune eccezioni¹⁸, prevedendo che talvolta possa o debba avere luogo un contatto diretto della fonte di prova con il giudice¹⁹.

Così avviene per l'esame del teste ammesso d'ufficio ai sensi dell'art. 507 c.p.p. In questo caso l'esame viene svolto direttamente dal presidente del collegio (o del giudice monocratico), che, all'esito delle proprie domande, accertato se si tratta di una prova a carico o a discarico, stabilirà quale parte dovrà procedere all'esame diretto (art. 151 disp. att. c.p.p.).

Ancora, il secondo comma dell'art. 506 c.p.p. prevede che il presidente, di propria iniziativa o su sollecitazione di altro componente del collegio, al termine dell'esame e del controesame²⁰, possa rivolgere domande ai testimoni (nonché periti, consulenti tecnici, imputati ex art. 210 c.p.p. e alle parti). Trattasi, come efficacemente evidenziato, di un «atto di straordinaria amministrazione»²¹ del giudice dibattimentale, finalizzato a colmare le lacune e risolvere le questioni non esaurientemente affrontate dalle parti (eventualmente dopo aver attivato il potere di stimolo di cui al primo comma del medesimo articolo ovvero indipendentemente da questo).

Il giudice è chiamato ad interloquire con il teste anche nel caso di richiesta degli enti e delle associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato intervenuti nel processo a norma dell'art. 93 c.p.p. (art. 505 c.p.p.)²².

Al fine di tutelare la fragilità emotiva e psicologica del teste minorenne, di garantirne la serenità e quindi anche di elevare la qualità maieutica dell'esperimento di prova, ai sensi dell'art. 498, co. 4, c.p.p., è il presidente

¹⁸ Sul nostro sistema processuale penale, a carattere «parzialmente dispositivo», ove l'accertamento del fatto storico è demandato alle parti sotto il controllo del giudice, che non si limita però solo a sanzionare il comportamento scorretto della parte, ma può supplire all'inerzia o all'errore degli altri soggetti processuali, cfr. CONTI, TONINI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 40 ss.

¹⁹ Si tratta di casi nei quali l'intervento officioso non esautorava mai del tutto il potere di intervento delle parti nella formazione della prova, che può essere esercitato prima dell'intervento giudiziale (indicando le parti al giudice i quesiti di cui lo stesso dovrà farsi portatore) ovvero successivamente (cfr. art. 506, co. 2, c.p.p., che prevede il diritto delle parti di concludere l'esame), sì da rendere lo *ius postulandi* del giudicante compatibile con il principio del contraddittorio.

²⁰ Ci si interroga in dottrina se, ancorché non specificato, l'intervento del presidente debba avvenire successivamente anche alla fase del riesame, qualora sussistente, quesito al quale si tende a fornire risposta positiva, cfr. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 155.

²¹ DEAN, *L'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarativa nel giudizio penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 136.

²² Invero, in questo caso, secondo alcuni A. (MAMBRIANI, *L'esame delle fonti dichiarative*, cit.), il presidente non dovrebbe formulare in proprio le domande ma, semplicemente, autorizzare gli enti e le associazioni a rivolgerle in prima persona al teste.

che procede all'esame dello stesso su domande e contestazioni proposte dalle parti; in corso di escussione, il giudicante, se ritiene che l'esame diretto non nuoccia alla serenità del teste, ne dispone la prosecuzione con le forme ordinarie²³.

Così anche l'esame del teste maggiorenne infermo di mente quando vi sia il pericolo che il contatto diretto con le parti possa recare pregiudizio alla sua personalità²⁴. Quindi, per il maggiorenne infermo di mente l'esame si presenta a scansioni invertite: la regola è l'escussione diretta ad opera delle parti, mentre l'esame *ex officio* costituisce ipotesi eccezionale, subordinata all'accertamento della lesione della personalità dell'infermo di mente derivante dal contesto processuale.

Va da ultimo ricordato che, avanti al giudice in composizione monocratica ed avanti al giudice di pace, le parti possono concordemente (e, si ritiene, espressamente) rimettere all'organo giudicante la conduzione diretta dell'esame della fonte, su domande e contestazioni dalle stesse formulate (art. 559, co. 3, c.p.p. e art. 32, decreto legislativo n. 274 del 2000).

5. Non può porsi in dubbio che il giudice, nei casi sopra citati in cui interviene ad esaminare direttamente il dichiarante, non possa rivolgergli domande nocive né ledere il rispetto della persona.

Quanto alle domande suggestive, secondo la prevalente dottrina, devono considerarsi interdette nel corso dell'esame ufficioso, presupponendo le stesse in chi le pone un atteggiamento conflittuale, incompatibile con la terzietà ed imparzialità del giudicante²⁵.

Secondo altri Autori, così come secondo la giurisprudenza un tempo uniforme, la facoltà del presidente di formulare domande suggestive non può essere interdetta, tale potere essendo, del resto, implicito nel compito dello stesso presidente di controllare la «genuinità delle risposte» (art. 499, co. 6, c.p.p.),

²³ Alle esigenze sopra indicate mirano poi altre disposizioni normative, non sempre fra loro ben armonizzate, che costituiscono un vero e proprio "statuto della prova dichiarativa del minore": l'esame del minore attraverso modalità protette (art. 398, co. 5 *bis*, c.p.p. richiamato dall'art. 498, co. 4 *bis*, c.p.p.), con l'ausilio di un familiare o di un esperto di psicologia (art. 498, co. 4, c.p.p.), in alcuni casi tramite l'uso di un vetro a specchio (art. 499, co. 4 *ter*, c.p.p.), a parte chiuse (facoltà prevista dal comma 4 dell'art. 472 c.p.p., che diviene obbligo qualora si proceda per i delitti indicati al comma 3 *bis* del medesimo articolo).

²⁴ Corte cost., sent. n. 283 del 1997.

²⁵ FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, cit., 110; KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, cit., 1551; PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica della prova testimoniale"*, cit., 251.

che induce a ritenere che il giudice sia titolare non solo di un potere di intervento di tipo interdittivo sulle domande delle parti, ma anche di iniziative istruttorie idonee a svelare la menzogna o il ricordo fallace²⁶. Ancora, in giurisprudenza si è evidenziata l'assenza, nel caso dell'esame ufficioso, di rischi di *combine* fra esaminante ed esaminatore²⁷, talvolta evocando la finalistica ricerca della verità che non può essere inibita al giudicante²⁸.

La sentenza in commento ha motivato la ritenuta estensione del divieto all'esame ufficioso muovendo dal divieto di porre domande che possono "nuocere alla sincerità" delle risposte, che certamente opera nei confronti di tutti i soggetti che intervengono nell'esame testimoniale, compreso il giudice.

Tale argomento poggia sulla possibile appartenenza, in alcuni casi, delle domande suggestive al più ampio *genus* delle domande nocive²⁹.

Infatti, sebbene nella casistica e negli sforzi definitivi della dottrina, le domande nocive siano tendenzialmente associate ad un comportamento malizioso e sleale dell'esaminatore, invero, la definizione codicistica è di natura puramente oggettiva: il divieto fonda sul potenziale pregiudizio alla sincerità della dichiarazione del teste in tal modo stimolato. La domanda nociva è bandita dal sistema in quanto quel metodo non assicura un risultato cognitivo affidabile, a differenza della domanda suggestiva verso il "teste ostile", sulle cui capacità disvelatrici dell'inganno o dell'errore l'ordinamento, invece, confida. È l'inattendibilità del risultato di prova ottenuto attraverso quesiti nocivi, più che l'esigenza di prevenire (ed eventualmente sanzionare) comportamenti scorretti del postulante, ad imporre il divieto di utilizzo *erga omnes*.

Così intesa, è evidente che, in un particolare contesto, una domanda suggestiva, ancorché priva di alcuna malizia ed ancorché provenga dal giudice (all'apparenza terzo ed imparziale), può divenire una domanda nociva.

D'altro canto - ha fatto intendere ancora la Corte "ribaltando" l'argomento utilizzato dai fautori della tesi contrapposta - se il giudice, a norma dell'art. 499, co. 6, c.p.p., deve adoperarsi affinché sia assicurata la "genuinità delle

²⁶ MANZIONE, *Artt. 506-507*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, V, Torino, 1991, 382; SILVESTRI, *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1569, che evidenzia l'asimmetria di un sistema che consenta solo alla parte controinteressata il potere di porre domande suggestive e non anche al giudice.

²⁷ Cass., Sez. III, 12 dicembre 2007, Muselli, cit.

²⁸ Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, B., cit.

²⁹ Così ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., 119.

risposte”³⁰, non potrà egli stesso tale genuinità maldestramente compromettere³¹.

6. Alla luce di quanto fin qui esposto, pare che la questione della proponibilità delle domande suggestive da parte del giudice non possa essere risolta con una secca risposta affermativa ovvero negativa, dovendosi valutare sia il contesto nel quale la domanda viene posta sia il tenore stesso del quesito.

A quest’ultimo proposito, è bene rilevare che, come è stato osservato in dottrina, numerose domande di consueto ammesse anche nel corso dell’esame diretto implicano l’ammissione di un fatto dato per presupposto o contengono un suggerimento («Lei era presente?», «Si ricorda chi c’era?», «A che ora se ne è andato?», ecc.).

È necessario pertanto valutare il grado di suggestività della domanda, distinguendo fra una suggestività forte, ammessa solo nello specifico contesto del controesame, ed una suggestività fisiologica o comunque innocua³², che può trovare spazio anche nel corso dell’esame diretto, tanto più quando l’esaminatore abbia di fronte un testimone ostile o reticente, evenienza, nella pratica quotidiana, niente affatto remota. Così, ancora, non può porsi in dubbio il necessario e consueto ingresso di domande suggestive, anche durante l’esame, in caso di lacune mnemoniche del teste (spesso fisiologiche in considerazione del rilevante lasso temporale trascorso dal fatto) ovvero nel caso di domande su argomenti ormai acquisiti al patrimonio conoscitivo del processo.

D’altro canto, deve esaminarsi lo specifico contesto procedurale nel quale la

³⁰ Ancorché, come correttamente evidenziato in dottrina, i concetti di “sincerità” e di “genuinità” richiamati, rispettivamente, ai commi 2 e 6 dell’art. 499 c.p.p. non coincidano. La sincerità è la corrispondenza fra quanto conosciuto dal testimone e quanto da costui dichiarato mentre la genuinità è la corrispondenza fra la dichiarazione e l’intenzione, sicché una risposta può essere contemporaneamente genuina e non sincera e viceversa, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, cit., 120.

³¹ Parzialmente diverso l’argomentare di Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, M., cit., secondo la quale, non essendo previsto per la modalità di escussione del minore l’ordinario incrocio tra accusa e difesa, non è previsto un controesame, nel quale le domande suggestive sono ammesse, ma solo un esame diretto nel quale sono escluse.

³² Fisiologiche sono ritenute le domande “determinative” (chi, dove, quando, come, perché), nonché quelle “disgiuntive”, strutturate su un’alternativa che il teste è invitato a sciogliere; la suggestività forte si riscontra invece nelle domande “implicative”, fondate su un presupposto non ancora accertato, quelle contenenti la descrizione minuziosa di un accadimento del quale si chiede conferma al teste attraverso la rigida alternativa sì/no, quelle indirette di tipo dubitativo che mascherano un suggerimento arbitrario, quelle consecutive, logicamente collegate ad una precedente domanda suggestiva inammissibile: PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica della prova testimoniale”*, cit., 210.

domanda viene posta dall'organo giudicante, diversamente valutandosi l'effetto inquinante operato del giudice che interviene, a conclusione dell'esame delle parti, per chiarire circostanze che il testimone non abbia potuto o voluto fare in precedenza ovvero nella fase in qualche modo esplorativa dell'esame officioso del teste ammesso *ex art. 507 c.p.p.*, da quello del giudice che si trovi di fronte ad un bambino, magari in età prescolare e chiamato a riferire di attenzioni sessuali da parte di un familiare in un contesto di conclamato conflitto, ove all'esaminatore è imposto un particolare rigore metodologico.

Ecco allora che la sanzione privilegiata dalla giurisprudenza nel caso di domanda suggestiva del giudicante, che, contrariamente alla prevalente opinione dottrinale³³, rifugge dalle categorie della inutilizzabilità e della nullità della prova, ma ragiona in termini di affidabilità/inaffidabilità del risultato probatorio, permette di modulare la conseguenza sanzionatoria più congrua ai diversi casi e modi di domanda suggestiva posta dal giudice oggetto di censura³⁴.

La sentenza in commento esprime, a ben guardare, un'esigenza di rivisitazione, di aggiornamento del metodo di conoscenza adottato nel processo penale alla luce dei progressi compiuti dalle altre scienze, e in particolare in materia di psicologia della testimonianza del minore. In questo ambito possono dirsi oggi acquisiti alcuni principi (fra i quali quello secondo cui, prima di una certa maturazione psicofisica, sussiste un'inclinazione nel bambino ad incorporare informazioni successive all'evento nel proprio patrimonio mnemonico, specie se provenienti da figure autorevoli, creando così una commistione fra vero ed immaginario che diviene, col tempo e con il ripetersi del narrato, inestricabile) che non possono essere più ignorati da coloro che sono chiamati alla formazione della prova nel processo penale, fra i quali, eccezionalmente, nel caso dell'ascolto del minore, anche il giudice³⁵. Quest'ultimo non ha, infatti,

³³ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, *ocit.*, 122; MAMBRIANI, *L'esame delle fonti dichiarative*, *cit.*, 53; PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica della prova testimoniale"*, *cit.*, 211 s.; KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, *cit.*, 1556; VARRASO, *Violazione del divieto di domande suggestive: il ruolo delle parti i poteri del giudice*, in *Cass. Pen.*, 2006, 3169; MAZZOLENI, *L'esame incrociato*, in *Giust. Pen.*, 2003, III, 609.

³⁴ Criticamente, sulla tendenza della giurisprudenza a spostare sul piano della valutazione della prova le problematiche attinenti alla sua formazione, con conseguente sovrapposizione dogmatica e rischio di incertezza interpretativa, cfr. CONTI, TONINI, *Il diritto delle prove penali*, *cit.*, 102.

³⁵ In materia, fra i numerosi contributi, cfr. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1021; CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 985; APRILE, *L'acquisizione e la valutazione della testimonianza del minore nel processo penale: un*

un “rapporto privilegiato con la verità”, il risultato di prova non diventa vero solo perché chi lo ricerca è il giudice e non le parti, laddove ciò che conta è, invece, l’idoneità del metodo a produrre una conoscenza il più possibile vicina al vero³⁶.

ennesimo banco di prova nel dialogo tra giurista e l’esperto di scienze ausiliarie, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, 1597; GULOTTA-CURCI, *Mente, società e diritto*, Milano, 2010.

³⁶ BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., 70 ss.