

## Corte di cassazione

### **Esame testimoniale**

#### **La decisione**

**Delitti contro la persona - Modifica normativa - Convenzione di Lanzarote - Esame testimoniale - Presenza dell'esperto - Esclusione** (L. 1 ottobre 2012, n. 172)

*Con la L. 1 ottobre 2012, n. 172, che ha dato ratifica attuazione alla c.d. Convenzione di Lanzarote, non è stato introdotto alcun obbligo di escussione del minore alla presenza dell'esperto, né la presenza dell'esperto è prevista a pena di inutilizzabilità, essendo la scelta circa il ricorso a tale ausiliario rimessa alla scelta del pubblico ministero o del soggetto che conduce l'esame medesimo.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 12 aprile 2013 (c.c. 12 marzo 2013) - FOTI, *Presidente* - PICCIALLI, *Estensore* - SCORDACCIONE, P.M. (*conf.*)-Falanga, *ricorrente*

#### **Osservazioni a prima lettura sul minore «assistito»**

1. La decisione in commento rappresenta la prima occasione con cui la Corte di legittimità si confronta con il portato normativo della novella del 1° ottobre 2012 n. 172, che ha dato attuazione - con grave ritardo - alla Convenzione del Consiglio d'Europa - c.d. "Convenzione di Lanzarote" del 25 ottobre 2007 - per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale. Sulla convenzione.

Su tale normativa, in termini generali, cfr. GIUNCHEDI, *Considerazioni introduttive: dagli obiettivi fissati dalla Convenzione di Lanzarote allo spirito della novella*, in *Codice di procedura ipertestuale*, a cura di GAITO, Torino, di prossima pubblicazione; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Psicologo, valido aiuto nell'attività informativa*, in *Guida Dir.*, 2012, 43, 104; CASTELLANETA, *Con l'incrocio dei diversi strumenti di cooperazione rafforzate le possibilità per estradare i colpevoli*, *ivi*, 75; FIORENTIN, *Scatta il divieto di avvicinarsi a luoghi determinati*, *ivi*, 106; ID., *Trattamento penitenziario per i sex-offenders*, *ivi*, 110; FORLENZA, *Il ministero dell'Interno diventa l'autorità nazionale responsabile della gestione dati sui delitti sessuali*, *ivi*, 79; CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); DE MARTINO, *Legge di ratifica della Conven-*

zione di Lanzarote e tutela dei minori vittime del reato durante le indagini preliminari: brevi considerazioni alla luce della nuova Direttiva 2012/29/UE, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); RUSSO, *L'abuso sui minori dopo Lanzarote*, Milano, 2012.

2. Il profilo più interessante e rilevante di tale innovazione legislativa è rappresentato dalla discussa previsione secondo cui nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies del codice penale, la polizia giudiziaria, il pubblico ministero ed il difensore, quando devono assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvalgono dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero o dal difensore medesimo.

In proposito, ALESSANDRUCCI, *L'intervento degli esperti in psicologia o psichiatria infantile nell'assunzione delle dichiarazioni rese unilateralmente dal minore a P.G., P.M. e difensore*, in *Codice di procedura penale*, cit.; SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. Pen.*, 2013, fasc. 2 in corso di pubblicazione; CESARI, *Il minore informato sui fatti nella legge n. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 157; RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della convenzione di Lanzarote*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

3. La norma è stata contestata e criticata sotto più profili.

In primo luogo, l'innovazione in discorso non era certo imposta dalla volontà del legislatore sovranazionale: come indicato nella decisione in commento, l'art. 35 della Convenzione, intitolato "Colloqui con il bambino", invita ciascuno stato contraente a fare in modo che: "*i colloqui con il bambino vengano condotti da professionisti addestrati a questo scopo*", ma certo non impone che questi professionisti debbano rivestire la qualifica indicate dal legislatore italiano e soprattutto che siano soggetti esterni all'amministrazione della giustizia e non invece appartenenti alla polizia giudiziaria ed al limite anche pubblici ministeri forniti di particolari competenze e specializzazioni. Deve anzi ritenersi che lo strumento individuato dal legislatore – ovvero la necessaria presenza di un esperto all'audizione del ragazzo – è decisamente ultroneo e non necessario per il perseguimento degli scopi che con tale innovazione si intendono raggiungere, nel senso che per consentire a terzi – fra cui, eviden-

temente non solo un esperto psichiatra o psicologo, ma anche il giudice – di valutare le modalità con cui è stato condotto l'esame del minore è più che sufficiente che l'audizione venga videoregistrata, come d'altra parte suggeriscono la Carta di Noto e la stessa Convenzione di Lanzarote – che, mentre, non fa menzione di esperti che devono partecipare all'esame, all'art. 35 punto 2 prevede che “ciascuna parte adotterà i necessari provvedimenti legislativi o di altro genere affinché i colloqui con la vittima, o ove opportuno, con un bambino testimone dei fatti, possano essere oggetto di registrazioni audiovisive e che tali registrazioni possano essere accettate come prova durante il procedimento penale” (critica la mancata previsione di norme che impongano la videoregistrazione dei colloqui, sanzionando l'omissione con l'inutilizzabilità dell'atto, CESARI, *Il minore informato*, cit., 174. Nello stesso senso, RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore*, cit., 3 e 19 ss.).

In secondo luogo, non si comprende perché il Parlamento, una volta ritenuta l'audizione del minore attività istruttoria delicata e difficile, il cui esito cognitivo può essere assai influenzato dalla modalità con cui l'esame è condotto, abbia ritenuto di dover richiedere la necessaria presenza di un esperto all'esame del ragazzo solo quando tale atto istruttorio sia svolto in procedimenti per i reati in materia di libertà sessuale e non, ad esempio, per il reato di maltrattamenti in famiglia o comunque in ogni procedimento in cui il minore sia chiamato a rendere la sua deposizione (RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore*, cit., 2. Giustifica invece questa impostazione CESARI, *Il minore informato*, cit., 162, secondo cui tale scelta dipende dalla circostanza che la novella legislativa in commento rappresenta l'attuazione in sede nazionale della Convenzione di Lanzarote, che per l'appunto faceva riferimento solo agli illeciti in materia sessuale coinvolgenti, come persone offese, minori).

Peraltro, se le suddette disposizioni delimitano in maniera arbitraria ed incomprensibile il proprio ambito di rilevanza, il legislatore ne ha poi previsto una sfera applicativa assolutamente ampia ed ultronea sotto un altro profilo, assumendo la necessità di una presenza dell'esperto ogni qualvolta venga sottoposto ad esame un minore, quale che sia la sua condizione e maturità, quale che sia il suo grado di partecipazione ed interesse alla vicenda per cui si procede e quale che sia la sua età – essendo irrilevante, insomma, che il teste abbia quattro anni o diciassette anni ed undici mesi (in questo senso CESARI, *Il minore informato*, cit., 171; RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore*, cit., 4) e ciò contrariamente a quanto da tempo vanno sostenendo, ad esempio, sia la Corte di Giustizia CE che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui

giurisprudenza, pur riconoscendo che il *narratum* del minore non può mai considerarsi al pari del contributo dato da un testimone *tout court* essendo la persona minorenni un soggetto a rischio in quanto immaturo e vulnerabile, ha ribadito più volte come sia comunque necessario evitare l'adozione di criteri di valutazione aprioristici, dovendosi considerare l'età del minore, la natura e le conseguenze delle infrazioni di cui ritiene essere stato vittima, le sue condizioni socio-economiche e culturali nonché la situazione di sudditanza e soggezione nei confronti dell'autore del reato (C. Giust. CE, 16 giugno 2005, Pupino, in [www.dirittouomo.it](http://www.dirittouomo.it). Si veda anche C. eur. dir. uomo, 26 luglio 2005, Siliadin c. Francia, in [www.coe.it](http://www.coe.it). In dottrina ALESSANDRUCCI, *L'intervento degli esperti*, cit.).

Da ultimo, considerazioni fortemente critiche sono state formulate con riferimento al ruolo processuale da riconoscersi all'esperto che deve presenziare all'esame del minore, tanto che si è parlato in proposito di "personaggio in cerca d'autore" (sul punto, per un esame compiuto dell'argomento, sia consentito rinviare a SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto*, cit.. Trattasi invece di un vero e proprio consulente tecnico secondo la RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore*, cit., 9). Infatti, da un lato, il ruolo di tale soggetto non è certo quello essere di riferire sulla credibilità del minore e dall'altro, le domande al teste non devono essere necessariamente formulate da lui e la sua presenza all'assunzione dell'atto non è affatto indispensabile, per cui al più lo psichiatra o lo psicologo potrà essere chiamato a coadiuvare la parte, pubblica o privata, nello svolgimento dell'esame, suggerendo quale approccio assumere con il minore, quali domande evitare, quali aspetti della vicenda approfondire ecc; attribuendo all'esperto un tale compito, però, lo si spinge verso una progressiva ed innegabile irrilevanza nella scena processuale, giacché per un aspetto, assai di frequente capiterà che i suggerimenti e le indicazioni dello psicologo o dello psichiatra faranno riferimento a prassi e protocolli che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria già conoscono e dall'altro canto, il pubblico ministero ben potrebbe prescindere dai suggerimenti del consulente posto che l'ossequio a tali avvertenze non è certo indispensabile per lo svolgimento dell'atto (RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore*, cit., 5).

5. La decisione conferma quanto sostenuto da parte della dottrina (SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto*, cit.) circa il fatto che nessuna sanzione sul piano dell'utilizzabilità è prevista in relazione all'assunzione dei dati gnoseologici in discorso appresi in violazione della necessaria assistenza di un esper-

to, per cui le relative disposizioni che fanno riferimento alla presenza di tale soggetto all'esame testimoniale (ovvero gli artt. 351, co. 1-ter, 362, co. 1-bis, e 391, co. 5-bis, c.p.p.) - essendo prive di qualsiasi presidio sanzionatorio a loro supporto - hanno natura di mera raccomandazione (in questo senso anche, sia pure in senso critico, GIUNCHEDI, *Considerazioni introduttive*, cit.; RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore*, cit., 16, secondo cui: "la fonte di prova assunta in modo irregolare non dovrà essere espunta dall'area del giudiziariamente rilevante, ma dovrà, piuttosto, essere valutata con maggiore cautela". CESARI, *Il minore*, cit., 164 riconosce che nessuna ipotesi di invalidità è prevista per gli atti posti in essere dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, mentre evidenzia - criticamente - come tale sanzione processuale sia operante con riferimento alle sommarie informazioni raccolte dalla difesa, stante il fatto che il comma 6 dell'art. 391-bis c.p.p. colpisce con l'inutilizzabilità la violazione "di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti" e quindi anche la clausola che contempla l'ausilio dell'esperto; tale discrepanza viene ritenuta - giustamente a nostro parere - incomprensibile dall'Autrice, la quale propone - in maniera meno condivisibile secondo la nostra opinione - di superarla in via interpretativa riconoscendo inutilizzabili anche gli atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria assunti senza la presenza dell'esperto).

In sostanza, laddove alla raccolta della testimonianza del bimbo non abbia partecipato uno psicologo o uno psichiatra la prova non è affatto inutilizzabile, bensì si deve procedere alla valutazione della genuinità delle relative dichiarazioni con particolare attenzione onde definirne l'attendibilità - al pari, ad esempio, di quanto la giurisprudenza prevede con riferimento al caso di inosservanza della disposizione che stabilisce che l'esame dei testimoni deve avvenire in modo che nessun testimone, prima di deporre, possa comunicare con alcuna delle parti o con i loro difensori o consulenti tecnici, assistere all'esame degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informato di ciò che si fa nella sala d'udienza.

6. Da ultimo va evidenziato come, laddove si ritenga, contrariamente a quanto sopra sostenuto, che la mancata presenza dell'esperto renda inutilizzabile - o comunque vizi in qualche modo - l'atto processuale a valenza probatoria, ebbene tale disciplina sarà destinata ad operare non solo per il futuro ma riverbererà i suoi effetti anche in relazione ad audizioni di minori svolte prima dell'entrata in vigore della legge n. 170 del 2012.

In relazione alle testimonianze raccolte unilateralmente dalla parte processuale in assenza di uno psicologo o psichiatra infantile, potrebbe da un lato sostenersi che ci si trova innanzi ad una prova assunta in violazione di uno specifico divieto, per quanto la causa sia sopravvenuta rispetto alla relativa acquisizione, prova perciò inutilizzabile ai sensi dell'art. 514 c.p.p., oppure, alternativamente, che la prova sia stata legittimamente assunta ed acquisita al fascicolo del dibattimento: a nostro parere, la risposta però dovrebbe essere nel senso di una inutilizzabilità dell'atto istruttorio sulla scorta di un insegnamento delle sezioni unite della Cassazione secondo cui: "qualora nel corso del processo si verificano innovazioni in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova, il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione della prova, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità di questa a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l'osservanza delle forme previste dalle norme previgenti, possano avere un qualsiasi peso nel giudizio" (Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. Pen.*, 1998, 1951).