



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrini	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE

Giada Alessandrone

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

1. INTRODUZIONE

Il paradigma vittimario è divenuto oggetto di molte riflessioni, i termini di ‘persona offesa’ o ‘danneggiato dal reato’ sono stati sostituiti dal concetto di ‘vittima’ quale narratrice di una vicenda sfociata in un crimine, soggetto vulnerabile e meritevole di sempre più tutele. Ma come avviene la narrazione se, a svolgerla, è un soggetto minore? Quali sono le garanzie poste alla tutela dello stesso e della genuinità del suo racconto?

Le coordinate normative sono numerose: disposizioni europee, legislazione nazionale e, in particolare, protocolli di *best practices*; tra i tanti, la Carta di Noto, grazie alla quale è stato possibile sottolineare la necessità di intervenire in maniera uniforme in ambito di ascolto del minore, nonché le regole per assicurare una corretta assistenza psicologica allo stesso.

L’istituto dell’incidente probatorio previsto al Titolo VII del Libro V del codice di procedura penale è proprio posto a garanzia di ciò, non a caso il legislatore ha scelto di delineare in maniera definita i termini di ricorso allo stesso, tuttavia, quello che resta scoperto è la modalità attraverso cui l’esame debba svolgersi, dato che i protocolli di *best practices* non sono stati recepiti nel codice di rito. Dunque, come si assicura l’attendibilità della narrazione della vittima minore? E quali sono le conseguenze del mancato rispetto dei protocolli di ascolto del minore, in relazione alla sua testimonianza?

2. A PICCOLI PASSI: DA UNA VISIONE REOCENTRICA AD UNA VITTIMOCENTRICA

La nozione criminologica di vittima è una nozione piuttosto vaga: comprende qualsiasi persona che abbia subito un pregiudizio, fisico, sofferenze mentali, emotive o danni materiali quali conseguenze dirette di condotte illecite. È una nozione che valorizza al massimo la dimensione individuale ed esistenziale della persona, che ha spinto criminologi ad elaborare numerose classificazioni, proprio sulla base delle caratteristiche personali della stessa e del suo ruolo nella genesi e nella realizzazione dell'illecito¹. Siamo dinnanzi ad un concetto estraneo al glossario penale, più orientato sull'uso di 'persona offesa dal reato', 'soggetto passivo del reato' e 'persona danneggiata dal reato'².

Nell'ambito penalistico si assiste ad una sorta di 'privatizzazione' del diritto penale³, ravvisabile nella spinta centrifuga che sposta l'interesse dall'interno (autore di reato) all'esterno (vittima di reato). Tale percorso affonda le proprie radici nella nascita dello Stato moderno, momento in cui avviene l'allontanamento della vittima dal sistema di giustizia penale⁴ con conseguente gestione dei conflitti derivanti dal reato, ad esclusivo appannaggio dell'autorità pubblica. Questo, in risposta al modello privatistico dominante nel diritto romano arcaico, ove le vittime e i rispettivi familiari tutelavano i propri diritti in via autonoma. Gli interessi della vittima, dunque, vengono assorbiti, sotto il profilo sostanziale, nel concetto di bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici⁵ comportando la sostituzione dello Stato alla vittima nell'attività di protezione dei beni di quest'ultima⁶.

L'impulso della riscoperta del ruolo della 'persona offesa dal reato' è da attribuirsi in prima battuta alla Scuola Positiva, poi alla nascita dello Stato sociale e, sul finire degli anni quaranta del '900, alla vittimologia

1 M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale, dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015, 7 ss.

2 A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2010) 1, 41-56, 44.

3 R. PALAVERA, *Il penalista e il suo partito*, ETS, 2018, 107.

4 W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, 2012, 233.

5 F. CARNELUTTI, *Teoria generale del processo*, E.S.I., 1933, 245.

6 M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 80; M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile"*, in «Riv. it. med. leg.» (2018) 2, 553.

quale branca della criminologia che ha come oggetto di studio la vittima del reato, la sua personalità e le sue caratteristiche⁷.

Il '900 segna un ulteriore mutamento di prospettiva nei confronti della vittima; infatti, sopraggiunge una nuova forma di attenzione che inizia a focalizzarsi sulla relazione diadica autore-vittima di reato, il cui studio permette non solo di elaborare tipologie di vittime in rapporto alle singole fattispecie di reato, ma anche (e soprattutto) permette di cogliere gli effetti comunicativi che rinviano alla storia di quel rapporto e agli incastri d'azione all'interno dei quali, le azioni della vittima, assumono un senso e una funzione, anche processuale⁸. A tal proposito, s'inizia a considerare lo schema comportamentale della vittima che diventa meccanismo in grado di innestarsi nella condotta del reo e contribuire alla realizzazione della condotta antisociale. Il protagonismo di quest'ultima si evince altresì dal processo di individualizzazione dell'offeso, dall'illecito⁹. Non è un caso, infatti, se negli ultimi decenni si è assistito ad un aumento delle norme incriminatrici tipizzate (anche) grazie al ricorso ad elementi specifici delle caratteristiche della vittima.

In siffatta prospettiva, dunque, la rilevanza della vittima e le dinamiche relazionali manifestate tra la stessa e l'autore, conducono a due facce della stessa medaglia: da un lato, le possibilità di vittimizzazione di un soggetto risulterebbero direttamente proporzionali alla sua infungibilità; dall'altro, la pericolosità del delinquente risulterebbe direttamente proporzionale alla fungibilità della vittima¹⁰. La vittima, dunque, diventa il terzo polo degli interessi, oltre al reo e alla giurisdizione.

7 E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in «Ruolo e Tutela della Vittima in Diritto Penale» (2004) 1, 11.

8 S. BARLATTI, M. SPAGNOLO, *la psicologia investigativa e lo studio della relazione tra la vittima e l'autore di reato*, in «International Journal of Criminological and Investigative Sciences» (2011) 84-132, 113.

9 V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?* in «Arch. Pen.» (2017), 4; M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo. Tra slanci sovranazionali e spinte politiche*, in «Arch. Pen.» (2021), 1-37, 3; A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamara Pitch*, in «Discrimen», 2019, 5 ss.

10 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2020, p. 248; L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Aracne, 2012, 29; C. BERNASCONI, *A proposito della difesa delle garanzie liberali nella stagione della giustizia euro-vittimocentrica*, in «Discrimen» (2019) 1-5, 3

3. CHI È LA VITTIMA?

Assumendo, dunque, la prospettiva che considera la vittima quale *leitmotiv* nella trasformazione del sistema sanzionatorio, può essere utile riassumerne i tratti fondamentali. Partendo da una prima valutazione, si ritiene che la vittima esiste quando (e nel momento in cui) esiste il reato. Più il diritto della vittima è sacro, più la sua posizione s'innalza¹¹. Essa è tale in presenza del compimento di un fatto illecito; non si tratta di un concetto ontologico, ma di un concetto soggettivo subordinato al verificarsi di un dato evento.

Quello a cui si assiste un'inversione dello schema classico del diritto penale (da fatto-norma-processo-pena a disvalore sociale-vittima-processo-tipicità-pena) dove campanello di allarme diventa, appunto, il disvalore sociale della condotta deviante che colpisce il bene giuridico legato ad una vittima e che innesta un processo che rincorre la dinamicità degli eventi sociali con il fine di sanzionarli. Un esempio, il c.d. 'codice rosso' (l. 19 luglio 2019, n. 69)¹².

Tutto ciò riporta alla 'privatizzazione' del diritto penale, nel senso sopradetto: il diritto, presto o tardi, si adegua sempre ai fenomeni che deve regolare; e dimostra lo scivolamento dello Stato 'sociale' verso il modello dello Stato 'penale'¹³. Quanto, questa inversione può ritenersi corretta?

È certamente innegabile il grande interesse che lo Stato ha riservato (e riserva) alla vittima, ma la c.d. caccia alle streghe (in questo caso alle condotte esposte ad una potenziale normazione statale) dovrebbe trovare un'applicazione pratica che tuteli nella realtà, non solo sulla carta, il ruolo della vittima. La vulnerabilità di chi è ferito nel corpo, di chi è scosso nei sentimenti e nelle relazioni, richiama ad una sobrietà del fare, del conoscere e del sentire, sobrietà nel quale si gioca il valore, il significato e la giustizia: in una parola, l'umanità delle presenze e dei gesti reali, non solo cartacei e normativi. Tuttavia, proprio dalla valutazione di questi ultimi è necessario partire.

11 L. ZOJA, *Paranoia. La follia che fa la storia*, Bollati Boringhieri, 2011, 365 e ss.

12 G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima, ricadute sistematiche ed interpretative*, in «Discrimen» (2020) 1-18, 9; M. BERTOLINO, *Convenzioni, direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Giappichelli, 2014, p. 8.

13 L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, (trad. it. di M. GUARESCHI, Feltrinelli, 2000, 70).

4. COORDINATE NORMATIVE

Negli ultimi anni il diritto penale sostanziale e processuale ha, in effetti, attribuito un ruolo di primaria importanza alla vittima. Non si tratta di un traguardo né di un obiettivo quanto, piuttosto, di un percorso doveroso innescato dai vincoli europei, sempre più stringenti in materia, che hanno portato il nostro ordinamento, da un lato, ad abbandonare la visione reocentrica del processo (anche a seguito della maggiore importanza della vittimologia, quale settore autonomo di rilevanza scientifica) dall'altro alla presa di coscienza di quanto sia irragionevole «*confinare ai margini della giurisdizione penale colui che rappresenta il naturale antagonista dell'imputato*¹⁴».

Tale percorso ha visto la sua normazione a partire dalla decisione-quadro 2001/220/GAI adottata dal Consiglio d'Europa il 15 marzo 2001 che riguarda, in sostanza, l'allargamento della nozione di vittima a cui è direttamente proporzionale una maggiore tutela della stessa all'interno del processo, per arrivare ma senza pretesa di conclusione alla Dir. 2012/29/UE recepita, in Italia, con il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212. Quest'ultima stabilisce norme minime volte ad assicurare alle vittime di reato adeguati livelli di tutela e assistenza, nelle fasi sia pre- procedurali penali, sia al di fuori del processo stesso¹⁵. La direttiva 2012/29/UE dedica una parte alla tutela dei minori prevedendo, tra l'altro, diritti di partecipazione al procedimento penale, il diritto della vittima ad essere ascoltata e il diritto di fornire elementi di prova secondo il diritto nazionale poiché, come previsto dall'art 3 della Convenzione sui Diritti del fanciullo del 1989 «*l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*¹⁶». Va segnalata, inoltre, la sentenza Pupino¹⁷ della Corte di Giustizia delle Comu-

14 P. P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale. Percorsi virtuosi e nodi irrisolti*, in «Riv. dir. pen.» (2018) 2, 180-200.

15 Tale direttiva è stata recentemente implementata, tra l'altro, dall'art 90-bis c.p.p. introdotto dal d. lgs. n. 212/2015, modificato dall'art. 5 d. lgs. n. 150 del 2022 e tutte le definizioni introdotte all'art. 42 del medesimo decreto. L'art. 2 della direttiva ha, inoltre, qualificato la vittima come «*la persona fisica che ha subito danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona*», disponibile sul sito <http://www.europa.eu.int>

16 Convenzione ONU sui Diritti del fanciullo, New York, 1989, ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*.

17 Grande Corte, sent. 15 giugno 2005, EUR-Lex, disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0105>

nità Europee che sancisce la possibilità di ricorrere all'audizione protetta delle vittime vulnerabili attraverso modalità di ascolto che risultino adeguate alla vittima stessa.

Da ultimo, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi, firmata a Lanzarote nel 2007 e ratificata dallo stato italiano con la l. 172/2012, il cui contenuto è caratterizzato dalla presenza di molteplici previsioni che hanno, appunto, sia il fine preminente di proteggere il minore, quale potenziale vittima di reati a sfondo sessuale, sia quello, in via più generica, di assistere e proteggere la persona offesa quale soggetto debole. La Convenzione ha avuto il merito di aver anticipato la soglia della tutela del minore anche durante la fase delle indagini preliminari. Infatti, nel ratificarla il legislatore nazionale ha previsto l'adozione di generali misure di protezione necessarie per salvaguardare i diritti e gli interessi delle vittime, inclusi i loro particolari bisogni come testimoni, ad ogni livello delle indagini e dei procedimenti giudiziari.

Viene prevista, inoltre, la necessaria presenza di un esperto in psicologia o psichiatria infantile ogni qualvolta debbano essere raccolte, anche in fase investigativa, le dichiarazioni del minore stesso. Tale figura professionale deve essere presente non solo quando si procede all'escussione di una vittima di reato, ma in tutti i casi in cui sia necessario procedere nell'ambito dei procedimenti indicati dall'art. 351 co. 1-ter c.p.p., così come modificato dalla l. 172/2012¹⁸. La presenza dell'esperto è necessaria quando le dichiarazioni del minore sono raccolte dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dal difensore, di contro, non sussiste alcun obbligo per il giudice che assume la testimonianza ricorrendo all'istituto dell'incidente probatorio, situazione quest'ultima in cui la necessità della presenza dell'esperto viene valutata caso per caso.

Continuando con i richiami normativi nel panorama italiano, va menzionato il d.lgs. n. 212/2015 che introduce, tra l'altro, l'art. 90-*quater* c.p.p. il quale riconosce alla vittima la condizione di 'vulnerabilità' desunta, oltre che dall'età, da altre caratteristiche legate al soggetto e/o alla modalità di compimento del reato ed è finalizzata a evitare fenomeni di

18 L'art. 1 della l. n. 172 del 2012 prevede: «All'articolo 351 è aggiunto, infine, il seguente comma: 1-ter. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600- *quinquies*, 601, 602, 609-bis, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero»

vittimizzazione secondaria¹⁹ che sovengono nel momento in cui la vittima sia costretta a patire un nuovo trauma indotto dal processo e connesso alla rievocazione del ricordo²⁰.

Il minore rientra nella categoria delle vittime c.d. vulnerabili. Tale assunto trova ragione anche nella nozione di maturità che, ben vero, riveste un'accezione diversa, spesso non sovrapponibile, a seconda della declinazione, giuridica o psicologica, presa in considerazione nel contesto in esame. Restando in tema, il d. lgs. n. 212/2015 ha modificato l'art 498 co. 4-*quater* c.p.p. eliminando il limite oggettivo che prevedeva la possibilità di ricorrere all'audizione della vittima vulnerabile, soltanto nei casi in cui si procedeva per i reati indicati nel precedente art. 498 co. 4-*ter* c.p.p.

Attualmente, a prescindere dalla contestazione e su richiesta della persona offesa, il giudice potrà disporre l'audizione protetta nei confronti della vittima che si trovi in particolare stato di vulnerabilità, nelle forme indicate dall'art. 398 c.p.p. Ancora, il citato decreto ha previsto la possibilità di ricorrere all'istituto dell'incidente probatorio nei casi in cui la vittima versi in condizioni di particolare vulnerabilità (art. 392 co. 1-*bis* c.p.p.). Si richiamano, inoltre, le modifiche introdotte agli artt. 351 e 362 c.p.p., ovvero la garanzia di ricorrere all'ausilio di un esperto, qualora si proceda all'audizione di una vittima minorenni o in condizione di vulnerabilità.

Sempre nell'ambito della legislazione nazionale si colloca il d. lgs. n. 150/2022 che prevede, tra le altre disposizioni, ulteriori tutele e garanzie alle vittime in ogni fase del procedimento penale²¹. A tal proposito, l'esigenza della tutela del minore viene ribadita all'art. 337 c.p.p. al quale è stato aggiunto il comma 2-*quater*, il quale sancisce che «*le dichiarazioni della persona minorenni – nonché inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità – sono documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto*».

Il d.lgs. 150/2022, tra l'altro, racchiude la disciplina della giustizia riparativa, i cui principi generali e obiettivi sono elencati all'art. 43. Rapidamente, per giustizia riparativa si intende «*ogni programma che con-*

19 G. GULOTTA, M. VAGAGGINI, *Dalla parte della vittima*, Giuffrè, 1980, 49 ss.

20 F. DI MUNZIO, *Tutela processuale della vittima di violenza*, in «Giust. Pen.» (2013) 1-12, 3.

21 M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2023) 2, 699.

sente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore²²». Sebbene i programmi di giustizia riparativa si collochino all'interno di una doverosa apertura del sistema penale nei confronti della vittima, non mancano dubbi e diffidenze. Innanzitutto, la giustizia riparativa si pone come strumento integrativo (non alternativo) della risposta giudiziaria; infatti, i programmi che la delineano entrano ad ampio spettro tra le norme del sistema penale²³. Questi ultimi si fondano sull'ascolto del dolore della vittima, posto che «*il bisogno delle vittime di reato non è soltanto quello di ottenere la punizione del colpevole o un risarcimento economico, ma anche (soprattutto) è quello di essere ascoltate, capite, 'curate', dopo il trauma derivante dal reato, che incide negativamente in tutti gli ambiti della vita e della personalità dell'offeso e non solo in quello patrimoniale, profilo che spesso è, anzi, del tutto secondario*»²⁴. Permangono dubbi anche circa la possibilità di ricorrere ai programmi riparatori previsti, come da norma, per ogni reato e in qualsiasi stato e grado del processo²⁵. Tale evenienza potrebbe minacciare i principi di legalità e di giurisdizione nonché la funzione generalpreventiva dei precetti penali²⁶. Conseguenze psicologiche per la vittima potrebbero verificarsi laddove la stessa ritirasse il consenso ai programmi di giustizia riparativa e questi ultimi continuassero solo in presenza dell'autore di reato. A tal proposito, la psicologia internazionale offre numerose revisioni²⁷ aventi come oggetto

22 Art. 42 co. 1 let. a) D. Lgs. 150/2022, disponibile sul sito <https://www.normattiva.it/uri/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2022;150>; M. BORTOLATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2022) 3, 1259.

23 M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, op. cit.

24 G. MANOZZI, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in «Discrimen» (2020).

25 Artt. 6 e 18 Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018) 8 sulla giustizia riparativa in materia penale, disponibile sul sito <https://accademiaitalianamediazioneepenalegiustiziariparativa.it/>.

26 F. PALAZZO, *Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2023) 2, 497; L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2021) 3, 823; O. DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2021) 3, 855; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in «Sistema Penale» (2020) 7 ss.

27 J. J. CHOI, G. BAZEMORE, M. J. GILBERT, *Review of research on victims' experiences in restorative justice: Implications for youth justice*, in «Children and Youth Services Review» (2012)

di studio, la relazione intercorrente tra i programmi di *restorative justice* e la soddisfazione delle vittime. In particolare, è emerso che, eventuali problemi comunicativi tra autore e vittima di reato, potrebbero inficiare l'esito positivo dei programmi stessi. Questa circostanza evidenzia l'estremo rilievo di un'adeguata formazione di mediatori, i quali dovrebbero essere in grado di stabilire comunicazioni efficaci durante gli incontri per evitare il pericolo che la vittima venga nuovamente vittimizzata durante il processo riparativo.

5. IL MINORE QUALE PARTE PROCESSUALE: LA CAPACITÀ A RENDERE TESTIMONIANZA E LA CAPACITÀ A DEPORRE

Le disposizioni fin qui richiamate nascono dalla duplice esigenza di garantire, da un lato, che l'ascolto del minore avvenga sempre in via anticipata, in quanto le prime dichiarazioni dello stesso sono considerate maggiormente attendibili e dall'altro che si tenda ad evitare, in fase dibattimentale, la reiterazione di interrogatori relativi ad esperienze dolorose e traumatiche con inevitabili ripercussioni sullo stesso. Dunque, anche il minore, quale vittima vulnerabile di reato, non è più soltanto portatore di un interesse (violato) ma diviene, in un'ottica culturalmente evolutiva, parte fondamentale del processo, mantenendo attiva la necessità di ricorrere ad una valutazione individuale che preveda, quale massima premura, l'utilizzo di un approccio il più rispettoso possibile nei confronti dello stesso. La *ratio* sottesa a tali considerazioni ha condotto il legislatore alla scelta di privilegiare la tutela della personalità del minore, nella presunzione che farlo partecipare al processo, alla stessa stregua di un adulto, lo potrebbe esporre ad un disagio disfunzionale alla sua crescita rischiando di pregiudicarne la serenità della sua deposizione²⁸.

Rendere testimonianza all'interno del procedimento penale su fatti e/o circostanze traumatiche la cui rievocazione risveglia dolori e sofferen-

34 (1), 35–42; L. DALHUISENA, M. KNOPPERSA, R. RIJNHOUTA, G. MEYNEN, *Victim involvement in forensic psychiatric treatment: opportunities and challenges from a restorative justice perspective*, in «International Review of Psychiatry» (2024) 4 ss; J. J. CHOI, M. SEVERSON, «What kind of apology is this?»: *The nature of apology in victim offender mediation*, in «Children and Youth Services Review», (2009) 7, 813–820.

28 M. I. RUSSILLO, *L'affermazione del minore nel processo penale: da mero testimone a parte processuale*, in «De Iustitia» (2023) disponibile sul sito <https://deiustitia.it/2023/03/laffermazione-del-minore-nel-processo-penale-da-mero-testimone-a-parte-processuale/>

ze, non è mai facile, soprattutto se a farlo è una vittima minorenni. Prima della valutazione circa l'attendibilità dello stesso, occorre, in via pregiudiziale, accertarne la capacità a testimoniare. Attraverso una interpretazione sistematica dell'art. 196 c.p. risulta evidente, in mancanza di una specifica esclusione, come tale capacità sia ravvisabile anche in capo al minore. Emerge, dunque, che la minore età di un testimone non incide sulla capacità a testimoniare, semmai, la stessa dovrà essere tenuta in considerazione dal giudice in ordine alla valutazione della sua attendibilità. Tale disposizione trova la sua *ratio* nella necessità di valutare, stando la delicata e complessa situazione, sia il contenuto delle dichiarazioni del minore, sia l'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo adeguato e fedele.

In tal senso, la Cassazione stabilisce che «... *proficuo è l'uso dell'indagine psicologica che concerne due aspetti fondamentali: l'attitudine del bambino a testimoniare, sotto il profilo intellettuale ed affettivo, e la sua credibilità. Il primo consiste nell'accertamento della sua capacità a recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle ed 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 alla 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 mondo in cui la giovane vittima ha vissuto e rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna*»²⁹.

29 Cass. pen. sez. III, 3 ottobre 1997, n. 8962, in «CED» Cass., n. 208447; analogamente, Cass. pen. sez. III, 8 marzo 2007 n. 121; ancora... «la credibilità di un bambino deve essere esaminata in senso onnicomprensivo, 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. pen. sez. III, 6 aprile 2004, n. 23278, in «CED» Cass., n. 229421); o che «in tema di reati contro la libertà sessuale, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenni 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. pen. sez. III, 10 aprile 2008, n. 20568, in «CED» Cass., n. 239879), dello stesso avviso una più risalente pronuncia della Corte (Cass. pen. sez. III, 23 febbraio 2001 n. 26698) che ritiene che «in tema di reati sessuali su minori in tenera età è illegittimo, per violazione del principio di 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 e proprie

La valutazione relativa all'idoneità del minore a rendere testimonianza, nelle ipotesi di abuso sessuale, ha aperto uno dei problemi più complessi, ovvero il rapporto tra scienza e diritto. Questi due sistemi, pur viaggiando parallelamente nelle ipotesi dell'accertamento di cui sopra, spesso si incontrano e si confrontano sulle regole e le norme del diritto e sui costrutti psicologici. Oggi il diritto deve venire a patti con un sapere, come quello elaborato delle neuroscienze, che impone ai magistrati e agli avvocati un aggiornamento continuo e non facile su materie molto lontane dal contesto in cui essi sono abituati ad operare³⁰.

Anche le Sezioni Unite, nel loro percorso argomentativo hanno stabilito che «... quanto al rapporto tra il contenuto dei due piani di giudizio (quello biologico e quello normativo), il secondo non pare poter prescindere, in ogni caso, dai contenuti del sapere scientifico (...) sicché, postulandosi, nella simbiosi di un piano empirico e di uno normativo, una necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza, a quest'ultima il giudice

dell'età o della struttura personologica del minore». La Corte di Cassazione ha stabilito 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. pen. sez. III, 7 luglio 2011, n. 38211, in «CED» 251381); ancora è stato stabilito che «in tema di reati sessuali, la sola età adolescenziale del minore abusato non costituisce "in re ipsa" circostanza tale da escluderne la capacità a deporre in assenza di patologie incidenti su tale capacità» (Cass. pen. sez. III, 6 maggio 2008, n. 27742, in «CED» 240695); secondo la Cassazione «l'inesistenza nel sistema normativo di preclusioni o limiti alla capacità del minore a rendere testimonianza (art. 196 c.p.p.) non affranca il giudice dal dovere di controllarne le dichiarazioni con impegno assai più solerte e rigoroso rispetto al generico vaglio di credibilità cui vanno sottoposte le dichiarazioni di ogni testimone. In particolare, nei reati a sfondo sessuale - dei quali il minore è frequentemente vittima e il suo contributo non è normalmente sottraibile alla ricostruzione del fatto - il giudice deve accertare la sincerità della testimonianza del minore, con l'esercizio di una straordinaria misura di prudenza e con un esame particolarmente penetrante e rigoroso di tutti gli altri elementi probatori di cui si possa eventualmente disporre. A tal fine, può rivelarsi necessario il ricorso agli strumenti dell'indagine psicologica per verificare, sotto il profilo intellettuale e affettivo, la concreta attitudine del minore a testimoniare, la sua credibilità, la sua capacità a recepire le informazioni, a raccordarle tra loro, a ricordarle e a esprimerle in una visione complessa, da stimare in relazione all'età, alle condizioni emozionali che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e alla natura dei suoi rapporti familiari. E ciò anche al fine di escludere che una qualunque interferenza esterna, talvolta collegata allo stesso ambiente domestico nel quale l'abuso sessuale non di rado si consuma, possa alterare la genuinità dell'apporto testimoniale» (Cass. pen. sez. III, 28 febbraio 2003, n. 19789).

30 L. DE CATALDO, *La scienza nel contesto giuridico*, in G. GULOTTA, G. B. CAMERINI, Giuffrè, *Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone*, 2014, 1-242, 5.

non può in ogni caso rinunciare – pena la impossibilità stessa di esprimere un qualsiasi giudizio – e, pur in presenza di una varietà di paradigmi interpretativi, non può che fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un certo verso, siano quelle più generalmente accolte. (...)»³¹

La dimensione psicologica ha come oggetto di indagine l'individuo, la sua personalità e il funzionamento dell'Io, mentre nella dimensione giuridica, in cui prevale il principio di legalità, l'oggetto dell'indagine deve sempre essere legato al fatto (per il quale si procede) e lo scopo dell'indagine stessa deve essere legata alla certezza della prova. Gli strumenti impiegati dalle due scienze sono diversi: osservazione, somministrazione di test psicologici e colloqui clinici da un lato, e dall'altro, l'interrogatorio. Nel caso specifico della valutazione del minore in ipotesi di abuso o violenza sessuale sono tante le difficoltà relative all'accertamento cui l'esaminatore può incorrere. Ciò comporta una preliminare valutazione in ordine ad una serie di circostanze. In *primis*, quella relativa al ruolo, comprendendo che quello investigativo, quello terapeutico e quello peritale debbano rimanere ben distinti e differenziati, *in secundis* l'inderogabile necessità di tenere separate la c.d. attendibilità clinica dalla attendibilità della testimonianza, la prima oggetto di indagine psicologica, la seconda d'indagine giudiziale³².

5.1 IL RUOLO DELL'ESPERTO NELL'AMBITO DELLA TESTIMONIANZA DEL MINORE VITTIMA DI ABUSI SESSUALI

Il trauma della violenza si connette alle note sintomatologie di tipo ansioso, associate alla perdita di interesse per i pari, aggressività incontrollate, frequenti *acting out*, compromissione della sfera attentiva e facile distraibilità, ravvisabile anche nel contesto scolastico. Quando l'ipotesi di abuso è continua e reiterata il minore perde, gradualmente, quei pochi punti fermi su cui aveva iniziato, seppur embrionalmente, a strutturare la sua identità e la sua personalità.

Come si è visto, la l. 172/2012 ha rideterminato il ruolo dell'esperto in psicologia nel processo penale prevedendo la sua presenza nel corso della raccolta unilaterale delle dichiarazioni del minore. La premessa fon-

31 Cass. pen. sez. unite, 25 gennaio 2005, n. 9163. Tale sentenza appare in continuità con la sentenza Franzese (Cass. pen. sez. unite, 10 luglio 2002, n. 30328).

32 G. B. CAMERINI, L. SAMMICHELI, *Ruolo e compiti dell'esperto*, in G. GULOTTA, G. B. CAMERINI, *cit.*; S. SAU, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in «Dir. Pen. Proc.» (2018) 8, 987-993.

damentale è quella risultante da una semplice constatazione: nel corso del procedimento penale sono tanti i soggetti che, per competenza e interessi perseguiti, si trovano a interagire col soggetto minore. È importante sottolineare che sul ricordo originario intervengono, spesso influenzandolo, dati con i quali si entra in contatto successivamente all'episodio. Inoltre, il minore può riferire l'evento subito a tanti soggetti, ad esempio, ad estranei al circuito giuridico e prima dell'avvio delle investigazioni (familiari, amici, insegnanti, educatori, psicologi, assistenti sociali, tutti soggetti potenzialmente destinati a diventare testimoni *de relato* all'interno della causa penale). Allo stesso modo lo stesso può essere sentito, nel corso del procedimento stesso, da ufficiali di polizia giudiziaria, pubblico ministero, consulente tecnico o perito, difensore della parte privata e dal giudice. L'attuale codice di procedura penale prevede, per ogni soggetto ivi indicato, modalità, criteri di operatività, regole di condotta e scopi dell'ascolto³³.

La l. 172/2012 non ha apportato modifiche alla possibilità, in capo al soggetto cui è affidato il potere di raccogliere le dichiarazioni (polizia giudiziaria, pubblico ministero, avvocato), di delegare all'esperto la raccolta della testimonianza: le eventuali dichiarazioni assunte dagli esperti in assenza dei soggetti titolari dei poteri di indagine sono inutilizzabili³⁴. La figura dell'esperto di cui può avvalersi l'organo investigativo dovrebbe assomigliare ad una sorta di mediatore tra il minore e l'autorità giudiziaria, un filtro psicologico che conosce le capacità linguistiche del dichiarante, che sa tradurre i suoi atteggiamenti, sa quale sia la tecnica migliore di approccio verso una personalità non ancora ben strutturata, al fine di facilitarne l'espressione, la memoria e la ricostruzione del vissuto doloroso³⁵.

33 P. FORNO, *Valutazioni e osservazioni critiche con riferimento alla tutela dei minori*, in «Minori giustizia» (1995) 4, 25.

34 È consolidato l'orientamento secondo cui «*le dichiarazioni rese al consulente tecnico del pubblico ministero (o al perito) dai minori nei confronti dei quali si svolgono accertamenti in ordine alla loro credibilità ed attendibilità sono utilizzabili soltanto ai fini delle conclusioni dell'incarico di consulenza ma non della ricostruzione del fatto, giusto il divieto di cui all'art. 228, comma terzo c.p.p. e il disposto degli artt. 392 comma 1-bis e 398 comma 5-bis c.p.p.*» (Cass. pen. sez. I, 11 gennaio 2012, n. 12731, in «CED» 252600; nella stessa direzione, anche Cass. pen. sez. III, 19 gennaio 2011, n. 6887, in «CED» 249569); E. APRILE, *L'acquisizione e la valutazione della testimonianza del minore nel processo penale: un ennesimo «banco di prova» nel dialogo tra il giurista e l'esperto di scienze ausiliarie*, in «Riv. it. med. Leg.» (2011) 6, 1597-1608.

35 A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'Appello di Reggio Calabria*, in «Cass. Pen.» (2015) 2, 879-901, 889; S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova*

L'esperto viene ad essere considerato un tecnico (della psicologia infantile, in questo caso) deputato a creare le migliori condizioni, affinché possano essere acquisite le conoscenze in possesso del minore, non sostituendosi, di fatto, agli organi dell'investigazione nella conduzione del colloquio. L'atto resta sempre un'assunzione di sommarie informazioni ex artt. 351 e 362 c.p.p., la cui titolarità spetta alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero e al giudice le cui convinzioni potranno essere condizionate da elementi di conoscenza che possono essere offerti dagli specialisti in psicologia e, eventualmente, di criminologia. Ma è davvero sempre così?

Nella pratica non di rado si assiste ad un passaggio di consegne all'esperto, giustificato dall'idea che un'audizione condotta da un adulto percepito come autorevole dal minore (quale può essere il giudice, l'organo d'accusa o appartenenti alle forze di polizia) potrebbe renderlo particolarmente malleabile e compiacente, spingendolo a conformare il proprio racconto dei fatti alle aspettative di chi pone le domande. Tra l'altro è indubbio come il contesto dell'interrogatorio sia caratterizzato per sua natura da una asimmetria relazionale, infatti vi è, da un lato, l'esperto che interroga e che riveste una posizione direttiva e, dall'altra, il minore interrogato che si trova in una situazione, paradossalmente, idonea a generare quello che si potrebbe definire timore reverenziale, senza considerare lo stress, la paura e l'angoscia.

L'art 392 c.p.p. è stato oggetto di una rilevante riforma nel 1996 quando il legislatore ha dapprima inserito il co. 1-*bis* dell'art 392 c.p.p. prevedendo la possibilità di esaminare il testimone minore attraverso l'istituto dell'incidente probatorio e, di seguito ha introdotto, all'art. 398 c.p.p. il co. 5-*bis* che prevede l'utilizzo di particolari modalità acquisitive delle dichiarazioni a tutela del minore. In particolare, il GIP allorché «*fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni*» e sussistano esigenze di tutela da renderlo «*necessario od opportuno*», ha l'obbligo di stabilire con ordinanza «*il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio*». La tempestività dell'iniziativa di ascolto del minore è garanzia di attendibilità³⁶, pertanto

decisiva delle dichiarazioni "de relato", in «Dir. Pen. Cont.» (2013) 2-22; C. RIZZO, L'indagine psicologica del teste minore, in «Cass. Pen.» (2013) 12, 4505-4519.

36 G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone?*, Giuffrè, 2003, in cui l'autrice sostiene che il livello di consapevolezza del soggetto nel momento stesso in cui assiste o prende parte all'evento, le abilità attentive, funzionali e le capacità cognitive, la consapevolezza della differenza tra verità e menzogna, tra verità e fantasia e il livello di fiducia nella veridicità di ciò che si ricorda, sono fattori fondamentali da valutare nella fase delle dichiarazioni del minore.

dare una priorità al compimento di questo atto significa assicurare che il tempo intercorrente tra l'evento traumatico, (oggetto del ricordo) e la rievocazione della memoria, sia il più breve possibile onde evitare il decadimento della memoria dell'informazione³⁷.

6. L'ASCOLTO DEL MINORE: LINEE GUIDA E BEST PRACTICES

Le «*modalità particolari*» di escussione del minore in incidente probatorio, richieste dall'art. 398 co. 5-*bis* c.p.p. costituiscono il vero tallone d'Achille della tematica.

Sono molte le linee guida che cercano di regolarizzare i punti fondamentali di questa attività: le linee guida Unicef “*L’ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*”³⁸, le linee guida nazionali sull’ascolto del minore testimone³⁹, le linee guida in tema di abuso sui minori approvate dalla società italiana di neuropsichiatria dell’infanzia e dell’adolescenza, la Carta di Noto⁴⁰ (aggiornata nel 2017) la quale prevede al punto 2 che: «*Le dichiarazioni vanno assunte utilizzando protocolli d’intervista o metodiche basate sulle indicazioni della letteratura scientifica accreditata, nella consapevolezza che l’audizione del minore potrebbe causare modificazioni e alterazioni del ricordo. Le audizioni effettuate o ripetute ad una considerevole distanza temporale vanno valutate con grande cautela a causa della condizione psicologica mutata rispetto all’epoca dei fatti e dei potenziali fattori di inquinamento del ricordo*».

Questo documento, figlio della collaborazione di più professionisti, individua una serie di raccomandazioni che i soggetti che ascoltano un minore dovrebbero osservare, con l’indicazione delle modalità di conduzione e documentazione dell’esame, nonché le regole per garantire una corretta assistenza psicologica all’auditore. Tali procedure meticolose, tuttavia, non sono state disciplinate all’interno del codice di rito e, pertanto, la loro violazione non inficia le dichiarazioni stesse.

37 L. DE CATALDO NEUBURGER, *Abuso sessuale di minore e processo penale*, Giuffrè, 1997.

38 S. RECCHIONE, *L’ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, 2011, disponibile sul sito <https://www.datocms-assets.com/30196/1607612021-ascoltominoriambitogiudiziario20121.pdf>

39 AA. VV., *L’ascolto del minore testimone. Linee guida nazionali*, disponibile sul sito https://www.minori.gov.it/sites/default/files/linee_guida_naz_ascoltominore.pdf

40 AA. VV., *Carta di Noto, linee guida per l’esame del minore*, 2017, disponibile sul sito <https://aipgitalia.org/wp-content/uploads/2021/06/Carta-di-Noto-IV-2017.pdf>

A tal proposito, si riporta una delle più recenti pronunce della Cassazione con la quale si sancisce che *«La Carta di Noto non ha valore vincolante e la sua violazione non costituisce di per sé causa di inutilizzabilità della testimonianza o di nullità della sentenza; l'inosservanza delle indicazioni fornite dalla Carta di Noto non determina, di per sé sola, l'innattendibilità delle dichiarazioni raccolte; in caso di inosservanza delle indicazioni fornite dalla Carta di Noto il giudice dovrà comunque motivare sull'attendibilità del dichiarante in modo tanto più pregnante quanto maggiore sia stato in concreto il grado di scostamento dalle linee guida⁴¹»*.

6.1 L'AUDIZIONE DEL MINORE

Qual è la modalità, dunque, per procedere correttamente all'escusione di un minore all'interno della cornice normativa prevista? Innanzitutto, occorre differenziare le domande suggestive (*leading questions*) da quelle fuorvianti (*misleading questions*). Le prime contengono informazioni non sempre scorrette rispetto all'evento, che si presume il minore conosca, ma che possono suggestionare la narrazione dello stesso perché in grado di influenzare le risposte. Le seconde si caratterizzano proprio perché contengono elementi corretti che non corrispondono alla realtà dei fatti⁴².

Durante l'audizione del minore diviene fondamentale, proprio per evitare di contaminare le dichiarazioni rese, evitare di porre domande guidanti o suggestive⁴³. Questo perché l'informazione suggerita dalle doman-

41 Cass. pen. sez. I, 9 marzo 2023, n. 13537, in «Dir. Giust.» (2023); analogamente, *«Le linee guida contenute nella Carta di Noto sono prescrizioni volte a valutare l'attendibilità del minore, vittima di reato sessuale, e a tutelarne la sfera psicologica. Non si tratta di norme vincolanti ed è, pertanto, facoltà del giudice discostarsi dalle stesse, purché tale decisione sia supportata da un'adeguata motivazione»* (Cass. pen. sez. III, 16 settembre 2020, n. 29333, in «Dir. Giust.»); ancora, *«In tema di testimonianza del minore vittima di abusi sessuali, la violazione delle metodiche di assunzione e di valutazione della prova suggerite dalla C.D. "Carta di Noto", pur non determinando l'inutilizzabilità della deposizione, impone al giudice di illustrare le ragioni per le quali, secondo il suo libero, ma non arbitrario convincimento, la prova dichiarativa assunta senza l'osservanza di dette metodiche debba ritenersi comunque attendibile, assolvendo ad un onere motivazionale tanto più stringente quanto più grave e patente sia stato, anche alla luce delle eccezioni difensive, lo scostamento dalle menzionate linee guida»* (Cass. pen. sez. III, 27 ottobre 2022, n. 5433, in «CED» Cass. pen. 2023; in senso conforme, (Cass. pen. sez. III, 16 gennaio 2014, n. 5754; Cass. pen. sez. III, 25 giugno 2014, n. 41365; Cass. pen. sez. III, 13 gennaio 2016, n. 4375).

42 E. LOFTUS, *Eyewitness testimony*, in «Applied Cognitive Psychology» (2019) 33, 498-503.

43 La Corte di cassazione ha stabilito che il giudice che procede all'esame diretto del testimone minore 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 assi-

de stesse potrebbe invadere e distorcere quella immagazzinata mediante la codifica del ricordo. I ricordi dei bambini dipendono in maniera preponderante da modalità e qualità della comunicazione. Fondamentale dunque, in prima battuta, prendere in considerazione il significato delle parole utilizzate (nella formulazione della domanda) nonché la relazione tra le parole all'interno della frase stessa⁴⁴. Molti sono stati i contributi⁴⁵ dai quali emerge, ad esempio, come i minori siano in grado di accettare informazioni errate e tuttavia essere consapevoli della loro divergenza rispetto all'evento percepito, come nel caso dell'acquiescenza⁴⁶.

curare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie (Cass. pen. sez. III, 11 maggio 2011 n. 25712 in «CED» n. 250615); 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». (Cass. pen. sez. III, 18 gennaio 2012 n. 7373, in «CED» n. 252134). La Corte di cassazione ha, inoltre sancito 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 adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e – non avendo adeguate risorse critiche e di giudizio ed un distinto sentimento del sé – 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 preconcepita, 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 sue 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. pen. sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, in «CED» 247285).

44 G. GULOTTA, *Le 200 regole della cross-examination. Un'arte scientifica*, Giuffrè, 2012.

45 S. J. CECI, *Cognitive and social factors in children's testimony*, in B. D. SALES & G. R. VANDENBOS (Eds), in «*Psychology in litigation and legislation*», American Psychological Association, 1994, 11-54; B. N. GORDON, L. BAKER-WARD, P. A. ORNSTEIN, *Children's testimony: a review of research on memory for past experiences*, in «*Clinical Child and Family Psychology Review*» (2001) 4, 157-181.

46 Nel procedere, in maniera esemplificativa, all'analisi di alcune domande errate potenzialmente poste in sede di escussione di minore, si veda la domanda-tipo «*Il papà ti toccava?*» che contiene informazioni presumibilmente non vere ma che vengono presentate come vere, portando, di fatto, l'esaminato a considerare già come veritiero il presupposto di una situazione di abuso, di cui è stato vittima, perpetrato nei suoi confronti dal padre. La domanda corretta sarebbe stata «*Hai subito abuso?*». Ancora, nella prassi è facilmente ravvisabile la convinzione (declinabile, spesso, in senso affermativo e veritiero circa l'evento di abuso in danno di minore) tale da portare, implicitamente

Nel tentativo di spiegare la motivazione sottesa alla verbalizzazione di domande fuorvianti, è stato ritenuto⁴⁷ che all'interno dello spazio colloquiale si vadano, inconsciamente, a ricercare le informazioni che convergono con l'idea che l'esperto si è già fatto in relazione alla potenziale ipotesi di abuso, circostanza, questa, di per sé non inficiante, ma certamente idonea ad orientare le successive domande. L'utilizzo di domande aperte argina il rischio di suggestionare il minore poiché lascia ampia libertà di risposta⁴⁸. Le domande chiuse, che limitano fortemente la libertà di risposta, dovrebbero essere utilizzate a seguito di domande aperte a cui il minore rispondendo, abbia fornito informazioni che si ha necessità di confermare⁴⁹.

Non sono ammissibili le domande inferenziali, ovvero domande verbalizzate sulla base di ragionamenti supportati da ipotesi e probabilità⁵⁰, mentre sono parzialmente ammissibili le domande di richiamo finalizzate a far emergere ricordi⁵¹.

(?) l'esperto ad approcciarsi al minore come se già sapesse in modo certo il corretto svolgimento della vicenda, chiedendo al minore solo di avvalorare quanto già noto. Si rifletta sulle domande «*Che cosa ti ha fatto papà?*» oppure «*In che modo ti ha toccato papà?*»; entrambe presuppongono elementi che, ove non introdotti precedentemente dal minore presunto vittima di abuso, orienterebbero notevolmente le dichiarazioni successive. La seconda domanda, in particolare suggerisce che qualcuno (papà) ha fatto qualcosa (ha toccato) qualcun altro (verosimilmente il minore abusato); E. LOFTUS, K. KETCHAM, *The myth of repressed memory: false memories and allegations of sexual abuse*, St. Martin's Griffin, 1996; M. MALACREA, S. Lorenzini, *Bambini abusati. Linee guida nel dibattito internazionale*, Raffaello Cortina, 2002; G. MAZZONI, *Scienza cognitiva, memoria e psicologia della testimonianza: il loro contributo per la scienza e la prassi forense*, in «Sistemi intelligenti, rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale» (2010) 2, 181-192.

47 L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, Il Mulino, 2009.

48 *Ibidem*. Si pensi ad esempio, alla domanda «*Sai perché ti trovi qui?*»: la stessa è formulata in maniera tale da indagare un tema senza anticiparlo o suggestionarne i contenuti.

49 *Ibidem*. Ad esempio, se il minore nel corso del colloquio ha fornito informazioni circa la presenza del padre nella stanza, apparirebbe corretta la domanda chiusa «*C'era il papà con te in stanza?*» Domande come «*Papà ha smesso di baciarti sulle labbra?*» oltre a presupporre che tra padre e figlia si siano verificati contatti intimi, vizierebbe fortemente il dato emergente, qualsiasi fosse la risposta del minore, infatti, ove il minore rispondesse "no", suggerirebbe inequivocabilmente che il padre non ha smesso di baciarlo, ove rispondesse sì implicitamente sosterebbe che in passato il papà lo abbia baciato. Tali domande vincolanti non sono ammesse in fase di audizione, così come le domande di elaborazione, ovvero domande che tendono a produrre giudizi di valore indicendo il minore ad esprimere una valutazione che altrimenti non avrebbe avanzato (ad esempio, «*La mamma è più brava del papà?*»).

50 *Ibidem*, ad esempio, «*Mi ha detto papà che ti ha toccato il sederino, dunque, la patatina non te l'ha toccata?*».

51 *Ibidem*, ad esempio, se il minore Tizio riferisce di aver ricevuto delle attenzioni particolari dal padre ma non ricorda quando, la domanda «*Ti ricordi se la scuola era finita?*» è ammissibile in

6.2 UNO SGUARDO OLTREOCEANO. IL PROTOCOLLO NATIONAL INSTITUTE OF CHILD HEALTH AND HUMAN DEVELOPMENT (NICHD)

Sviluppato da Michael Lamb e colleghi⁵² questo protocollo nasce proprio per l'ascolto dei minori che riferiscono di aver subito abusi sessuali. Esso presenta una struttura a tutela del minore in tutte le fasi del colloquio investigativo.

La fase introduttiva è quella in cui l'intervistatore si presenta, chiarisce il compito al minore e spiega le regole di base dell'intervista, inclusa l'idea che lo stesso possa dire «*non ricordo*» o «*non capisco*» o correggere l'intervistatore quando risulti appropriato⁵³. La seconda fase è progettata per creare un setting operativo, caratterizzato da un clima disteso e di supporto, in cui il minore viene incoraggiato a descrivere in dettaglio un evento neutro vissuto di recente. Tale fase è concepita per familiarizzare i minori con gli inviti a risposta aperta utilizzati nella fase sostanziale, dimostrando al tempo stesso il livello specifico di dettaglio che si auspica, nei loro confronti. Inoltre, è prevista una sezione transitoria tra la seconda fase e quella sostanziale dell'intervista, in cui una serie di suggerimenti, quanto più aperti possibili, vengono utilizzati per identificare in modo non suggestivo gli eventi target oggetto di indagine. L'intervistatore passa ad alcuni suggerimenti attentamente formulati e sempre più mirati solo se il minore non riesce a identificare l'evento/i target.

Se il bambino fa un'accusa, la fase di richiamo libero inizia con un invito («*Dimmi tutto...*») e si raccomandano altri suggerimenti o inviti di richiamo libero. Non appena la prima narrazione è completata, l'intervistatore chiede al bambino di indicare se l'incidente è avvenuto 'una volta o più di una volta' e poi procede a raccogliere informazioni specifiche sull'evento, utilizzando suggerimenti di follow-up («*Allora cosa è successo?*») e domande guidate⁵⁴. Solo dopo l'esauriente richiamo libero, si consiglia agli

quanto elicitato il riemergere della circostanza.

52 M. LAMB, Y. ORBACH, I. HERSHKOWITZ, D. HOROWITZ, C. ABBOTT, *Does the Type of Prompt Affect the Accuracy of Information Provided by Alleged Victims of Abuse in Forensic Interviews?*, in «Applied Cognitive Psychology» (2007) 21, 1117-1130.

53 G. GULOTTA, *Linee guida nazionali. L'ascolto del minore testimone*, cit.

54 M. LAMB, Y. ORBACH, I. HERSHKOWITZ, D. HOROWITZ, C. ABBOTT, *Does the Type of Prompt Affect the Accuracy of Information Provided by Alleged Victims of Abuse in Forensic Interviews?*, op. cit., ad esempio «*Prima hai menzionato una [persona/oggetto/azione]. Dimmi tutto a riguardo*», riferendosi ai dettagli menzionati dal bambino per suscitare resoconti incontaminati di ricordo libero del/i presunto/i incidente/i.

intervistatori di procedere a domande di richiamo, mirate, che affrontano i dettagli precedentemente menzionati dal bambino e richiedono informazioni all'interno di categorie specifiche.

Il protocollo NICHD è stato sottoposto a numerosi studi empirici e nel complesso i risultati ottenuti, soprattutto in Canada,⁵⁵ dimostrano che, quando gli esaminatori utilizzano le procedure di intervista raccomandate seguendo il protocollo NICHD, generalmente migliorano la qualità delle informazioni ottenute dalle presunte vittime di abusi sessuali.

7. CONCLUSIONI

La giurisprudenza, pur riconoscendo autorevolezza e rilevanza ai protocolli e alle linee guida per l'ascolto dei minori per la verifica dei dati probatori acquisiti nel processo, ha escluso che la loro violazione comporti sanzioni processuali. Ed allora vi è da chiedersi che fine abbia fatto lo slancio che accompagna la normazione delle condotte devianti in forza di una sempre maggiore tutela della vittima, se poi, la stessa tutela, non viene traslata nella realtà? Qual è lo scopo dei pregevoli intenti che sì, sfociano in linee guida, principi e protocolli (come nel caso della Carta di Noto) se poi, la violazione degli stessi non ha conseguenze normative? Come si può sostenere lo sguardo del minore, vittima di reato, che chiede di essere riconosciuto, rappresentandosi il rischio di incidere sul suo sviluppo psico-fisico e sociale mediante l'attuazione di procedure di escussione libere da ogni cornice normativa?

Ammesso e non concesso avvenga la ratifica, ad esempio, delle linee guida della Carta di Noto, non ci si può esimere dal considerare che esiste anche un'altra dimensione che non fa capo a nessun principio giuridico (perché ne è alla base) ovvero, la comprensione. La vittima va compresa empaticamente e a questa comprensione fa eco la capacità di costruire, insieme a quest'ultima, una salda alleanza di sicurezza e fiducia che le permetta di sentirsi accettata, nella rigida cornice giuridica quale teatro della condivisione di esperienze traumatiche⁵⁶.

55 M. CYR, M. LAMB, *Assessing the Effectiveness of the NICHD Investigative Interview Protocol when Interviewing French speaking Alleged Victims of Child Sexual Abuse in Quebec*, in «Child Abuse and Neglect» (2009) 33, 257-268.

56 L. PATIHIS, *Trauma, Memory and Law*, 2023, Amazon KDP, 159 ss.; S. ROTH, E. NEWMAN, D. PELCOVITZ, B. VAN DER KOLK, F. S. MANDEL, *Complex PTSD in Victims Exposed to*

Post nubila phoebus, al legislatore, si chiede concretezza e responsabilità nel dare seguito ai principi individuati a sostegno della tutela delle vittime, soprattutto se minori, uscendo dall'impasse che caratterizza, in questo ambito, il sistema penale.

Sexual and Physical Abuse: Results from the DSM-IV Field Trial for Posttraumatic Stress Disorder, in «Journal of Traumatic Stress» (1997) 10 (4), 539-555; L. V. JOHANSEN, A. LIN, I. H. ASMUSSEN, L. HOLMBERG, The power of professional ideals: understanding and handling victim's emotions in criminal cases, in «International Review of Victimology» (2023), 29 (2), 236-258.