

7 MAGGIO 2018 |

SANDRA RECCHIONE,

ESTENSIONE DELLE ROGATORIE PER L'ASSUNZIONE DELLA TESTIMONIANZA DEL MINORE: LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA INFONDATA LA QUESTIONE, GIÀ SUSSISTENDO LE GARANZIE INVOCATE DAL RIMETTENTE

CORTE COST., SENT. 21 FEBBRAIO 2018 (DEP. 27 APRILE 2018), N. 92, PRES. LATTANZI, RED. MODUGNO

1. La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla **legittimità** degli **artt. 138, comma 5, e 133 cod. proc. pen.** in relazione alla compatibilità degli stessi con l'art. 117 della Carta, nella parte in cui assegna valore di parametro interposto agli artt. 3 e 4 della **Convenzione sui diritti del fanciullo**, stipulata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale gli Stati parte devono considerare «preminente» l'«interesse superiore» del fanciullo in tutte le decisioni che lo riguardano.

Oggetto delle censure del giudice rimettente era la limitazione della possibilità di disporre la rogatoria per l'assunzione della testimonianza in **incidente probatorio** del minore vittima presunta di maltrattamenti “**nei soli casi di urgenza**” previsti dall'art. 398 comma 5 cod. proc. pen.; era censurata, inoltre, la previsione dell'obbligo di procedere **all'accompagnamento coattivo del testimone minorenne**, in applicazione dell'art. 133 cod. proc. pen., nei casi in cui, come in quello di specie, lo stesso non si presenti per evitare il disagio connesso al ritorno nel luogo ove si sarebbero consumate le condotte delittuose.

Nel procedimento principale, invero, il giudice rimettente aveva già respinto la richiesta di svolgere l'esame del minore presso il luogo di sua residenza, presentata invocando l'applicazione dell'art. 398, comma 5 *bis*, cod. proc. pen., nella parte in cui consente la raccolta della testimonianza in luogo diverso dal tribunale. L'istanza era stata respinta sulla base della ritenuta levità del disagio recato al minore convocato nella sede giudiziaria, il quale aveva già “sopportato” diverse audizioni presso il Tribunale per i minorenni di Lecce ed era stato ritenuto idoneo a rendere testimonianza: ciò che, nella prospettiva del giudice rimettente, consentiva di ritenere prevalente la tutela del diritto di difesa correlato alla stabilità della competenza territoriale, rispetto alle esigenze del dichiarante, che chiedeva di essere preservato dal disagio correlato al ritorno nel luogo ove si sarebbe consumato il delitto.

2. La Corte costituzionale ha ritenuto **rilevante, ma infondata, la questione di legittimità**, osservando che il sistema di tutela previsto per la raccolta la testimonianza del minore è ampio e duttile, e non richiede la invocata estensione del ricorso alla rogatoria fuori dei casi di urgenza.

La Corte ha evidenziato l'esistenza di un binario speciale riservato alla raccolta della testimonianza del minore, e, più in generale, della **vittima vulnerabile**, diretto a contrarre le audizioni, e caratterizzato dalla previsione di strumenti di protezione finalizzati ad attenuare il trauma da processo. Si tratta di presidi mirati sia ad evitare il contatto diretto delle parti con il dichiarante, sia - tema che rileva nel caso di specie - a consentire l'assunzione della testimonianza in luoghi diversi dal tribunale, seppur ad opera del **giudice che procede e non di quello eventualmente rogato**.

Tali modalità di audizione, nella valutazione della Corte, offrono un ventaglio di strumenti di tutela che copre anche la possibilità di **raccogliere la testimonianza fuori dal tribunale**, ovvero presso il luogo di residenza del dichiarante, sebbene lo stesso sia situato fuori dal distretto in cui si è radicata la competenza territoriale.

Tale complesso di garanzie, nella valutazione del Giudice delle leggi, rende la pretesa di delegare l'incombenza a **giudice diverso da quello che procede** - anche in assenza dei rigorosi presupposti indicati nell'art. 398, comma 5, cod. proc. pen. - "eccentrica" rispetto alle norme convenzionali evocate: «sul piano della salvaguardia del "benessere" del fanciullo, alla quale fa riferimento l'art. 3 della Convenzione di New York, risulta del tutto indifferente che la sua testimonianza venga assunta dal giudice che ha disposto l'incidente probatorio o dal giudice del luogo in cui la prova deve essere espletata» (§ 8 della sentenza).

3. La sentenza si snoda attraverso passaggi logici di indubbio rilievo per l'inquadramento costituzionale del contraddittorio "attenuato", ovvero svolto con modalità atipiche rispetto a quelle "ordinarie" dibattimentali.

In primo luogo, si afferma come «in materia occorra necessariamente procedere al **bilanciamento di valori contrapposti**: da un lato, la tutela della personalità del minore, obiettivo di sicuro rilievo costituzionale ([sentenza n. 262 del 1998](#)); dall'altro, i valori coinvolti dal processo penale, quali quelli espressi dai principi, anch'essi di rilievo costituzionale, del contraddittorio e del diritto di difesa - in forza dei quali l'accusato deve essere posto in grado di confrontarsi in modo diretto con il materiale probatorio e, in specie, con le prove dichiarative - nonché, per quanto qui particolarmente interessa, dalle **regole sulla competenza territoriale**» (§ 4 della sentenza). Il rispetto delle regole sulla competenza territoriale viene ricondotto al principio del giudice naturale: «qualsiasi istituto processuale, quindi, che producesse [...] l'effetto di "distrarre" il processo dalla sua sede, inciderebbe su un valore di elevato e specifico risalto per il processo penale; giacché la celebrazione di quel processo in "quel" luogo, risponde ad esigenze di indubbio rilievo, fra le quali, non ultima, va annoverata anche quella [...] per la quale il diritto e la giustizia devono riaffermarsi proprio nel luogo in cui sono stati violati» ([sentenza n. 168 del 2006](#))».

Va osservato peraltro che, nel caso in esame, **non** era in predicato la *translatio iudicii*, sicuramente incisiva sul fondamentale diritto al giudice naturale, ma solo la possibilità di delegare **un segmento** (per quanto rilevante) della progressione processuale ad un giudice

collocato in un distretto diverso da quello individuato sulla base delle regole che governano la competenza territoriale.

Invero, più che sulla regola del giudice naturale, la invocata estensione dei casi di rogatoria avrebbe potuto incidere indirettamente sul diritto di difesa, dato che lo svolgimento di una parte del processo fuori distretto costringe le parti, e l'accusato in primo luogo, a sopportare disagi di ordine logistico ed economico.

4. In secondo luogo: la Corte chiarisce che nella identificazione delle ragioni alla base dell'attivazione delle misure di protezione non può esser posto un semplice **“disagio da testimonianza”**, effetto aspecifico generalmente riconoscibile in capo ad ogni dichiarante, a prescindere dalla sua vulnerabilità.

Sul punto si chiarisce che «i minori, in quanto soggetti in età evolutiva, possono subire un trauma psicologico a seguito della loro esperienza in un contesto giudiziario penale. I fattori atti a provocare una maggiore tensione emozionale sono il dover deporre in pubblica udienza nell'aula del Tribunale, l'essere sottoposti all'esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante. Se il minore è vittima del reato, d'altra parte, il dover testimoniare contro l'imputato si presta a innescare un meccanismo di cosiddetta “vittimizzazione secondaria”, per il quale egli è portato a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto. Il trauma cui il minore è esposto durante l'esame testimoniale si ripercuote, d'altronde, negativamente sulla sua capacità di comunicare e di rievocare correttamente e con precisione i fatti che lo hanno coinvolto, o ai quali ha assistito, rischiando così di compromettere la genuinità della prova. Far sì che la testimonianza del minorenne venga acquisita in condizioni tali da tutelare la serenità del teste è, dunque, necessario anche al fine di una più completa e attendibile ricostruzione dell'accaduto» (§ 5 della sentenza).

Si tratta di affermazioni di estremo rilievo, che mettono in luce come la attivazione dei presidi di tutela non sia finalizzata solo alla **tutela del minore**, ma **anche alla tutela della genuinità della prova**: la testimonianza è infatti un “evento”, generato dalle relazioni tra intervistato ed intervistatore, sottoposto a severi condizionamenti di natura “ambientale”, lucidamente riconosciuti dalla Corte e potenzialmente idonei ad incidere sullo stato psicologico del dichiarante, ma soprattutto a condizionare l'affidabilità della testimonianza.

5. Ancora: la Corte rileva l'esistenza di uno **speciale binario processuale** riservato alla acquisizione della testimonianza delle vittime vulnerabili, e dei minori in particolare, introdotto da successivi interventi del legislatore, attuativi sia della Convenzione di Lanzarote stipulata il 25 ottobre 2007, ratificata e resa esecutiva con legge 1° ottobre 2012, n. 172, sia della direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

Tale binario ad oggi prevede: a) l'identificazione della sede privilegiata di raccolta della prova dichiarativa del minore nell'**incidente probatorio**, attivabile a prescindere dalle ragioni di urgenza ed indifferibilità che costituiscono la generale *ratio* dell'anticipazione del contraddittorio: l'attivazione del contraddittorio incidentale dovrebbe "esaurire" l'attività testimoniale rendendo superflua la ripetizione di defatiganti audizioni, fonte di vittimizzazione secondaria o "da processo"; b) la legittimazione di modalità di audizione tutelanti, le più rilevanti delle quali si risolvono nell'**evitare** tanto l'**esame diretto**, tanto i **contatti** tra accusato e dichiarante: sul punto vale la pena di ricordare che la mediazione del giudice affievolisce ma non annulla le prerogative delle parti, comunque esercitabili attraverso l'irrinunciabile raccordo con il mediatore; c) la predisposizione di una (decisiva) "barriera" alla riedizione della testimonianza, "innalzata" dall'art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, cod. proc. pen., che legittima la possibilità di rinnovazione dibattimentale solo ove debbano essere esaminati «fatti e circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni».

Si tratta di un sistema teso alla contrazione delle audizioni, alla salvaguardia della genuinità della prova ed alla tutela del dichiarante vulnerabile, che si incentra sulla valorizzazione dell'incidente probatorio come momento essenziale, e tendenzialmente esclusivo, di raccolta della testimonianza del minore.

6. Con specifico riguardo alle **speciali modalità di audizione**, la Corte chiarisce che l'art. 398, comma 5 *bis*, cod. proc. pen. abilita «il giudice a conformare discrezionalmente le modalità di escussione del minore alla luce delle concrete esigenze di tutela – apprezzabili non solo in termini di "necessità", ma anche di semplice "opportunità" – ferma restando, s'intende, la contrapposta esigenza di rispetto del principio del contraddittorio. Tale discrezionalità investe anzitutto il «luogo» dell'assunzione della prova, potendo il giudice disporre che l'esame del minore avvenga *extra moenia*, cioè in luoghi alternativi e di minore impatto emotivo rispetto alle aule di tribunale, ed eventualmente – quando ciò sia richiesto dalle contingenze – anche in **località diversa** da quella in cui ha sede l'ufficio giudiziario. Il giudice può calibrare, altresì, discrezionalmente il "tempo" dell'esame, fissando l'udienza di là dal limite temporale di dieci giorni previsto dall'art. 398, comma 2, lettera c), cod. proc. pen., in accordo con le specifiche esigenze di tutela del minore. Da ultimo, il giudice può stabilire "modalità particolari" di escussione, adeguate alle circostanze: formula ampia e generica, che abbraccia la generalità delle forme di acquisizione della prova» (§ 5 della sentenza).

A ciò si aggiunge la possibilità di fare uso del vetro specchio e dell'impianto citofonico, ovvero delle modalità previste dall'art. 498 cod. proc. pen., suscettibili di applicazione in sede di incidente probatorio grazie al richiamo effettuato dall'art. 401 comma 5 cod. proc. pen. alle modalità di assunzione della prova previste per il dibattimento.

Tale ampio ventaglio di possibilità permette di conformare le modalità di assunzione della prova alle esigenze del caso concreto e, soprattutto, **consente al giudice di spostarsi** nel luogo che si rivela più idoneo a salvaguardare la genuinità della prova e la salute del dichiarante.

La possibilità di agire in rogatoria invece resta ancorata, anche nel caso in cui si debba assumere la testimonianza di un minore, al riconoscimento della condizione di "urgenza".

In sintesi: dalla lettura sistematica offerta dalla Corte emerge che il disagio del minore a recarsi presso la sede giudiziaria ove è incardinato il processo può essere contenuto attraverso lo svolgimento dell'esame nel luogo di residenza; il suggerimento che filtra dalla sentenza è, insomma, quello di **"delocalizzare" il giudice che procede**, rimedio preferito alla invocata legittimazione del sistematico ricorso alla rogatoria, anche fuori dei casi di urgenza.

Si tratta di una **scelta ragionevole** che, a fronte di un contenuto disagio correlato alla "trasferta" del giudice, garantisce che la delicata testimonianza sia assunta dal magistrato che procede; questo, di regola, gestisce anche l'assunzione della prova scientifica "parallela", relativa alla valutazione peritale della capacità a testimoniare e, dunque ha un patrimonio cognitivo, che si configura se non più ampio, di certo più risalente e stratificato rispetto a quello che avrebbe il giudice rogato per il singolo atto.

Va detto, peraltro, che nel caso di specie si coglie una certa contraddizione tra la pretesa del rimettente di estendere l'incidente probatorio fuori dei casi di urgenza, sostenuta dalla valorizzazione dell'esigenza di tutelare l'integrità psichica del dichiarante ed il (precedente) rigetto dell'istanza di assumere la testimonianza fuori distretto ai sensi dell'art. 398 comma 5 bis cod. proc. pen., fondato invece sulla svalutazione del disagio psichico lamentato dal minore.

7. In conclusione: dal tessuto argomentativo della sentenza emergono alcune importanti indicazioni sul delicato tema della raccolta della testimonianza del minore.

La prima: il codice offre un ricco strumentario orientato non solo a tutelare il dichiarante, ma soprattutto la **genuinità della prova**, tema di interesse non solo per l'accusa, ma anche per la difesa. Nella cassetta degli attrezzi disponibile per giudice investito della richiesta di incidente probatorio c'è anche la possibilità di acquisire la prova fuori distretto: il che rende superflua l'invocata estensione della rogatoria oltre i limiti dell'urgenza previsti dall'art. 398 comma 5 cod. proc. pen.

La seconda: nel gestire l'incidente probatorio e nel definire le modalità di protezione adeguate al caso concreto il giudice è chiamato ad effettuare un **attento bilanciamento** tra esigenze della difesa, diritti del minore e necessità di salvaguardia della genuinità della prova. Tra le esigenze da tenere in considerazione emergono sia quella di "restare nel distretto", ritenuta una garanzia correlata alla competenza territoriale e, indirettamente al diritto di difesa, sia l'attenzione alla decodifica del disagio psichico, che non può essere ricondotto all'aspecifico disagio da testimonianza, ma deve avere caratteristiche più pregnanti, idonee a supportare la scelta di acquisire la testimonianza *extra moenia*, ed eventualmente fuori distretto.

La terza: emerge una latente svalutazione dell'effetto conformativo riconducibile direttamente alla **Convenzione di New York**. La Corte afferma infatti che il legislatore, nell'uniformare l'ordinamento interno alle previsioni di norme sovranazionali attinenti alle modalità di assunzione della testimonianza del minore, ha tenuto in considerazione «**norme molto più**

pertinenti alla tematica in esame rispetto ai generalissimi enunciati della Convenzione di New York su cui il rimettente fonda invece le proprie censure. Previsioni di tal fatta si rinvencono, in specie, oltre che in talune raccomandazioni, nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, ratificata e resa esecutiva con legge 1° ottobre 2012, n. 172 (artt. 30, 31 e 35), nonché, quanto al diritto dell'Unione europea, nella decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (artt. 2, paragrafo 2; 3, paragrafo 3; 8, paragrafi 3 e 4), e indi nella direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (artt. 19, paragrafo 1; 22, paragrafo 4; 23)» (§ 5 della sentenza).

8. Da ultimo: per quanto il tema non sia stato trattato dalla sentenza n. 92 del 2018, corre l'obbligo di segnalare la difficoltà di conciliare il complesso sistema di tutela del dichiarante vulnerabile, lucidamente rilevato dalla Corte costituzionale, con l'**obbligo della rinnovazione dibattimentale** nei casi previsti dall'art. 603, comma 3 *bis*, cod. proc. pen. Difficoltà acuita dalle ammonizioni delle Sezioni unite, che hanno affermato che «è rimessa al giudice la valutazione circa l'indeffettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele ad un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria» (Cass., Sez. un., sent. n. 27620 del 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa Rivista*, 5 ottobre 2016, con nota di E. Lorenzetto, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 Cedu\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite](#)). Analoghe complesse valutazioni in ordine alla possibile rinnovazione sembrano peraltro incombere anche sul giudice d'appello che intenda riformare radicalmente una sentenza di condanna (l'invito a valutare la "possibilità" della rinnovazione della testimonianza decisiva viene ancora una volta dalle Sezioni Unite: Cass. Sez. un., sent. n. 14800 del 21 dicembre 2017, Troise, in *questa Rivista*, 4 maggio 2018, con nota di V. Aiuti, [Appello della condanna e rinnovazione istruttoria](#), fasc. 5/2018, p. 35 ss.).

Ebbene: la previsione di una fisiologica attività di **rinnovazione della testimonianza in appello**, in caso di progressione processuale non conforme, non sembra tenere conto della *ratio* che sorregge il sistema di protezione del testimone vulnerabile e del minore in particolare, che è invece mirato ad **evitare plurime audizioni**, ferma la salvaguardia della permanente possibilità di apprezzare i contenuti extraverbali della testimonianza attraverso la prudente predisposizione di **supporti video registrati**.